



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 2015 Vol. 1**

**1<sup>er</sup> cahier, 2015 Vol. 1**

Cited as [2015] 1 S.C.R. 3-330

Renvoi [2015] 1 R.C.S. 3-330

---

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 adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

### **Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General) ..... 3**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Scope of constitutional protection — Private associations of RCMP members challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from public service labour relations regime and imposing non-unionized regime — Legislatively imposed regime not independent from management and not providing for employee choice of association or input into selection of collective goals — Whether impugned legislation substantially interferes with right to meaningful process of collective bargaining and thereby infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 96 — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2(1) “employee” (d).

### **Meredith v. Canada (Attorney General) ..... 125**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Wage rollback — Statutory limit on wage increases in public sector — Treasury Board unilaterally reducing previously agreed-upon wage increases for RCMP members — Federal wage restraint legislation subsequently enacted in response to global financial crisis, giving statutory effect to Treasury Board decision with respect to RCMP members — Whether legislation infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Expenditure Restraint Act, S.C. 2009, c. 2, s. 393 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).

### **Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition) ..... 161**

Competition — Mergers — Review — Commissioner of Competition opposing merger on ground that merger likely to prevent competition substantially — Merged parties raising statutory efficiencies defence — Competition Tribunal rejecting defence and making divestiture order — Proper legal test for determining when merger gives rise to substantial prevention of competition under Competition Act — Proper approach to statutory efficiencies defence

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général) ..... 3**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Droit de négocier collectivement — Portée de la protection constitutionnelle — Contestation par des associations privées de membres de la GRC de la constitutionnalité de la législation qui exclut les membres de la GRC du régime de relations du travail de la fonction publique et impose un régime non syndical — Le régime imposé par la législation n’est pas indépendant de la direction et ne permet pas aux employés de choisir leur association ni de participer au choix des objectifs collectifs — La législation contestée entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et, du coup, viole-t-elle la garantie constitutionnelle relative à la liberté d’association? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361, art. 96 — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22, art. 2(1) « fonctionnaire » d).

### **Meredith c. Canada (Procureur général) ..... 125**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d’association — Droit de négocier collectivement — Réduction salariale — Loi restreignant les augmentations salariales dans le secteur public — Réduction unilatérale par le Conseil du Trésor des augmentations salariales déjà convenues pour les membres de la GRC — Loi fédérale sur le contrôle des salaires édictée subséquemment, en réaction à une crise financière mondiale, donnant un effet législatif à la décision du Conseil du Trésor relative aux membres de la GRC — La loi viole-t-elle la liberté d’association garantie par la Constitution? — Dans l’affirmative, la violation est-elle justifiable? — Loi sur le contrôle des dépenses, L.C. 2009, c. 2, art. 393 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).

### **Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence) ..... 161**

Concurrence — Fusionnements — Examen — Opposition de la commissaire de la concurrence à un fusionnement au motif qu’il aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence — Défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi invoquée par les parties fusionnées — Rejet de la défense par le Tribunal de la concurrence et prononcé d’une ordonnance de dessaisissement — Quel est le bon critère

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

— Content of Commissioner's burden for purposes of efficiencies defence — Whether merger likely to prevent competition substantially — Whether gains in efficiency resulting from merger greater than and offset anti-competitive effects of merger — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 92, 96.

Administrative law — Appeals — Standard of review — Competition Tribunal — Standard of review applicable to tribunal's determinations of questions of law arising under Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34 — Whether statutory language in appeal provision rebuts presumption that standard of reasonableness applies to tribunal's interpretation of own statute — Competition Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).

### **Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatchewan ..... 245**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of Association — Right to strike — Public Service Employees — Stare decisis — Whether right to strike is protected by s. 2(d) of Charter — Whether prohibition on essential services employees participating in strike action amounts to substantial interference with meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of Charter — If so, whether such violation is justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation changing certification process and provisions dealing with communications by employers with employees — Whether legislation violates s. 2(d) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.

## SOMMAIRE (Fin)

juridique pour déterminer si le fusionnement empêche sensiblement la concurrence aux termes de la Loi sur la concurrence? — Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi? — En quoi consiste le fardeau qui incombe à la commissaire relativement à la défense fondée sur les gains en efficacité? — Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence? — Les gains en efficacité résultant du fusionnement surpassent-ils et neutralisent-ils les effets anticoncurrentiels du fusionnement? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 92, 96.

Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal de la concurrence — Norme de contrôle applicable aux décisions du tribunal sur des questions de droit qui concernent la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34 — Le libellé de la disposition d'appel réfute-t-il la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le tribunal de sa loi constitutive? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 13(1).

### **Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan ..... 245**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Salariés de l'État — Stare decisis — L'article 2d) de la Charte protège-t-il le droit de grève? — L'interdiction faite aux salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient-elle ainsi à l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale modifiant le processus d'accréditation, et dispositions portant sur les communications de l'employeur avec ses salariés — Les mesures législatives contreviennent-elles à l'art. 2d) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 1, 2015**

**1<sup>er</sup> volume, 2015**



**Mounted Police Association of Ontario and British Columbia Mounted Police Professional Association, on their own behalf and on behalf of all members and employees of the Royal Canadian Mounted Police** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., Mounted Police Members' Legal Fund,  
Confédération des syndicats nationaux,  
Canadian Police Association,  
Canadian Labour Congress,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Public Service Alliance of Canada  
and British Columbia Civil Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: MOUNTED POLICE ASSOCIATION OF ONTARIO v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2015 SCC 1**

File No.: 34948.

2014: February 18; 2015: January 16.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Scope of constitutional protection — Private associations of RCMP members challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from public service labour relations regime and imposing non-unionized regime — Legislatively imposed regime not independent from management and not providing for employee choice*

**Association de la police montée de l'Ontario et British Columbia Mounted Police Professional Association, en leur propre nom et au nom de tous les membres et les employés de la Gendarmerie royale du Canada** *Appelantes*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta,  
Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie,  
Confédération des syndicats nationaux,  
Association canadienne des policiers,  
Congrès du travail du Canada,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Alliance de la Fonction publique du Canada  
et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION DE LA POLICE MONTÉE DE L'ONTARIO c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 1**

N° du greffe : 34948.

2014 : 18 février; 2015 : 16 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Portée de la protection constitutionnelle — Contestation par des associations privées de membres de la GRC de la constitutionnalité de la législation qui exclut les membres de la GRC du régime de relations du travail de la fonction publique et impose un régime non syndical — Le régime imposé par la législation n'est pas indépendant de*



*of association or input into selection of collective goals — Whether impugned legislation substantially interferes with right to meaningful process of collective bargaining and thereby infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 96 — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2(1) “employee” (d).*

RCMP members are not permitted to unionize or engage in collective bargaining. They have been excluded from the labour relations regime governing the federal public service since collective bargaining was first introduced in the federal public service, first, under the *Public Service Staff Relations Act* (“PSSRA”) and now under the *Public Service Labour Relations Act* (“PSLRA”). Instead, members of the RCMP are subject to a non-unionized labour relations scheme. At the time of the hearing of this appeal, that scheme was imposed upon them by s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988* (“RCMP Regulations”), since repealed and replaced by the substantially similar s. 56 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014*, SOR/2014-281.

The core component of the current RCMP labour relations regime is the Staff Relations Representative Program (“SRRP”). The SRRP is the primary mechanism through which RCMP members can raise labour relations issues (excluding wages), and the only form of employee representation recognized by management. The SRRP is governed by a National Executive Committee and is staffed by member representatives from various RCMP divisions and regions elected for a two-year term by both regular and civilian members of the RCMP. Two of its representatives act as the formal point of contact with the national management of the RCMP. The aim of the program is that, at each level of the hierarchy, members’ representatives and management consult on human resources initiatives and policies, with the understanding that the final word always rests with management.

A little over 15 years ago, the Court held that the exclusion of RCMP members from collective bargaining under the PSLRA’s predecessor legislation did not infringe s. 2(d) of the *Charter: Delisle v. Canada (Deputy*

*la direction et ne permet pas aux employés de choisir leur association ni de participer au choix des objectifs collectifs — La législation contestée entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et, du coup, viole-t-elle la garantie constitutionnelle relative à la liberté d’association? — Dans l’affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361, art. 96 — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22, art. 2(1) « fonctionnaire » d).*

Les membres de la GRC ne peuvent ni se syndiquer ni négocier collectivement. Ils sont exclus du régime de relations de travail qui s’applique à la fonction publique fédérale depuis que la négociation collective y a été instaurée, tout d’abord en application de la première *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* (« première LRTFP ») et aujourd’hui en application de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* actuellement en vigueur (« LRTFP actuelle »). Les membres de la GRC se trouvent plutôt assujettis à un régime non syndical de relations de travail. À la date de l’audition du présent pourvoi, ce régime leur était imposé par l’art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)* (« Règlement de la GRC »), abrogé depuis et remplacé par une disposition essentiellement similaire, l’art. 56 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014)*, DORS/2014-281.

Le Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF ») est au cœur du régime actuel de relations de travail de la GRC. Le PRRF constitue le principal mécanisme par lequel les membres de la GRC peuvent soulever des questions concernant les relations de travail (à l’exception de la solde), et l’unique forme de représentation des employés que reconnaît la direction. Le PRRF est dirigé par le Comité exécutif national (« CEN ») et il est composé de membres représentants provenant de diverses régions et divisions de la GRC et élus pour un mandat de deux ans par les membres réguliers et civils. Deux des représentants agissent comme point de contact officiel avec la direction nationale de la GRC. Le programme vise à permettre, à chaque niveau de la hiérarchie, la tenue de consultations entre les représentants des employés et la direction au sujet des initiatives et des politiques relatives aux ressources humaines, même s’il est entendu que la décision finale revient toujours à la direction.

Il y a un peu plus de 15 ans, la Cour a conclu que l’exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la première LRTFP alors en vigueur ne portait pas atteinte à l’al. 2d) de la *Charte : Delisle*

*Attorney General*), [1999] 2 S.C.R. 989. That case did not involve a direct challenge to the sufficiency of the entire RCMP labour relations scheme. Since that decision was rendered, the RCMP labour relations regime has undergone a number of changes that have increased the independence afforded to the SRRP, but none of those changes has substantially altered its purpose, place or function within the RCMP chain of command.

In May 2006, a constitutional challenge was initiated by two private associations of RCMP members whose goal is to represent RCMP members in Ontario and British Columbia on work-related issues, but who have never been recognized for the purpose of collective bargaining or consultation on workplace issues by RCMP management or the federal government. They sought a declaration that the combined effect of the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* and the imposition of the SRRP as a labour relations regime unjustifiably infringes members' freedom of association. A judge of the Ontario Superior Court of Justice concluded that s. 96 of the *RCMP Regulations*, which imposed the SRRP as a labour relations regime, substantially interfered with freedom of association and could not be justified under s. 1 of the *Charter*. However, the judge also held that the exclusion of RCMP members from the federal public service labour relations regime did not infringe s. 2(d) of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Attorney General of Canada's appeal and held that the current RCMP labour relations scheme does not breach s. 2(d) of the *Charter*.

*Held* (Rothstein J. dissenting): The appeal should be allowed. Section 96 of the *RCMP Regulations*, which was in effect at the time of the hearing of this appeal, infringed s. 2(d) of the *Charter*. Similarly, para. (d) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(d). Neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. Had s. 96 of the *RCMP Regulations* not been repealed, it would have been declared to be of no force or effect. The offending provision of the *PSLRA* is of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This declaration of invalidity is suspended for a period of 12 months.

*c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989. Dans cette affaire, la valeur constitutionnelle du régime de relations de travail de la GRC en entier n'était pas directement contestée. Depuis que ce jugement a été rendu, le régime de relations de travail de la GRC a connu plusieurs changements qui ont permis de rendre le PRRF plus indépendant, mais aucun de ces changements n'a eu pour effet de modifier sensiblement l'objectif qu'il poursuit, son rôle ou ses fonctions au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

En mai 2006, une contestation constitutionnelle a été intentée par deux associations privées de membres de la GRC dont l'objectif consiste à représenter des membres de la GRC en Ontario et en Colombie-Britannique quant aux questions relatives à leurs conditions de travail. Aucune n'a toutefois été reconnue à quelque moment que ce soit, par la direction de la GRC ou par le gouvernement fédéral, aux fins de négociations collectives ou de consultations au sujet d'enjeux relatifs au travail. Elles voulaient obtenir un jugement déclarant que l'effet combiné de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle et de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail viole la liberté d'association des membres d'une manière qui ne saurait se justifier. Un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que l'art. 96 du *Règlement de la GRC*, qui imposait le PRRF à titre de régime de relations de travail, entravait substantiellement la liberté d'association et ne pouvait se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Le juge était cependant également d'avis que l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail dans la fonction publique fédérale ne portait pas atteinte au droit garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le procureur général du Canada et a conclu que le régime actuel de relations de travail de la GRC ne violait pas l'al. 2d) de la *Charte*.

*Arrêt* (le juge Rothstein est dissident) : Le pourvoi est accueilli. L'article 96 du *Règlement de la GRC*, qui était en vigueur au moment de l'audition du présent pourvoi, violait l'al. 2d) de la *Charte*. De même, l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2d). Aucune de ces violations n'est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. N'eût été son abrogation, l'art. 96 du *Règlement de la GRC* aurait été déclaré inopérant. La disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle est inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de 12 mois.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The s. 2(d) guarantee of freedom of association protects a meaningful process of collective bargaining that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests. However, the current labour relations regime denies RCMP members that choice, and imposes on them a scheme that does not permit them to identify and advance their workplace concerns free from management's influence.

Section 2(d) protects three classes of activities: (1) the right to join with others and form associations; (2) the right to join with others in the pursuit of other constitutional rights; and (3) the right to join with others to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities. Viewed purposively, s. 2(d) guarantees the right of employees to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals. This guarantee includes a right to collective bargaining. Collective bargaining is a necessary precondition to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association. It is not a derivative right protected only if state action makes it effectively impossible to associate for workplace matters. That said, however, the right to collective bargaining is one that guarantees a process rather than an outcome or a particular model of labour relations.

The government cannot enact laws or impose a labour relations process that substantially interferes with the right of employees to associate for the purpose of meaningfully pursuing collective workplace goals. Just as a ban on employee association impairs freedom of association, so does a labour relations process that substantially interferes with the possibility of having meaningful collective negotiations on workplace matters. Similarly, a process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. Whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La liberté d'association garantie par l'al. 2d) protège l'existence d'un processus véritable de négociation collective qui offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre. Toutefois, le régime actuel de relations de travail prive les membres de la GRC de cette liberté de choix et leur impose un programme qui ne leur permet pas de définir et de faire valoir leurs préoccupations professionnelles à l'abri de l'influence de la direction.

L'alinéa 2d) protège trois catégories d'activités : (1) le droit de s'unir à d'autres et de constituer des associations; (2) le droit de s'unir à d'autres pour exercer d'autres droits constitutionnels; et (3) le droit de s'unir à d'autres pour faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force d'autres groupes ou entités. Considéré en fonction de son objet, l'al. 2d) garantit le droit des employés de véritablement s'associer en vue de réaliser des objectifs collectifs relatifs à leurs conditions de travail. Cette protection inclut un droit de négocier collectivement. La négociation collective est une condition qui doit nécessairement être réalisée pour permettre l'exercice véritable de la liberté d'association garantie par la Constitution. Il ne s'agit pas d'un droit dérivé protégé uniquement si l'acte de l'État rend effectivement impossible l'association en vue de régler des questions relatives au travail. Le droit à la négociation collective garantit toutefois un processus plutôt qu'un résultat ou qu'un modèle particulier de relations de travail.

Le gouvernement ne saurait adopter des lois ou imposer un processus de relations de travail qui entrave substantiellement le droit des employés de s'associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail. Tout comme l'interdiction pour des employés de s'associer porte atteinte à la liberté d'association, le modèle de relations de travail qui entrave substantiellement la possibilité d'engager de véritables négociations collectives sur des questions relatives au travail porte également atteinte à cette liberté. De même, un processus de négociation collective n'aura pas un caractère véritable s'il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. Quelle que soit la nature de la restriction, il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective.

A meaningful process of collective bargaining is a process that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine their collective interests and meaningfully pursue them. But choice and independence are not absolute: they are limited by the context of collective bargaining.

The degree of choice required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that enables employees to have effective input into the selection of the collective goals to be advanced by their association. Moreover, accountability to the members of the association plays an important role in assessing whether employee choice is present to a sufficient degree in any given labour relations scheme. A scheme that holds representatives accountable to the employees who chose them ensures that the association works towards the purposes for which the employees joined together.

In the same vein, the degree of independence required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that ensures that the activities of the association are aligned with the interests of its members. Although the function of collective bargaining is not served by a process which is dominated by or under the influence of management, like choice, independence in the collective bargaining context is not absolute. The degree of independence required is one that permits the activities of the association to be aligned with the interests of its members.

What is required to permit meaningful collective bargaining varies with the industry culture and workplace in question. As with all s. 2(d) inquiries, the required analysis is contextual. Choice and independence do not require adversarial labour relations; nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways. However, whatever the labour relations model, the *Charter* does not permit choice and independence to be eroded such that there is substantial interference with a meaningful process of collective bargaining.

This is not a case of a complete denial of the constitutional right to associate. Rather, it is a case of substantial interference with the right to associate for the purpose of addressing workplace goals through a meaningful process of collective bargaining, free from employer control.

Un processus véritable de négociation collective est tel qu'il offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de véritablement les réaliser. Cela dit, cette liberté de choix et cette indépendance ne sont pas absolues : elles sont limitées par le contexte de la négociation collective.

La liberté de choix requise par la *Charte* à des fins de négociation collective correspond à celle qui permet aux employés de participer véritablement au choix des objectifs collectifs que devra poursuivre leur association. En outre, l'obligation de l'association de rendre compte aux membres joue un rôle important pour apprécier la suffisance de la liberté de choix des employés dans un régime de relations de travail donné. Tout régime qui oblige les représentants à rendre compte aux employés qui les ont choisis garantit que l'association travaille à l'atteinte des objectifs pour lesquels les employés se sont associés.

Dans la même veine, l'indépendance exigée par la *Charte* à des fins de négociation collective se définit comme celle qu'assure une correspondance entre les activités de l'association et les intérêts de ses membres. Certes, l'objectif de la négociation collective n'est pas atteint si l'employeur domine ou influence le processus qui l'entoure, mais, à l'instar de la liberté de choix, l'indépendance dans le contexte de la négociation collective n'est pas absolue. L'indépendance requise est celle qui fait correspondre les activités de l'association aux intérêts de ses membres.

Les conditions nécessaires pour permettre une véritable négociation collective varient en fonction de la culture du secteur d'activité et du milieu de travail en question. Comme pour tous les examens fondés sur l'al. 2d), l'analyse requise est contextuelle. La liberté de choix et l'indépendance n'exigent pas des relations de travail de nature contradictoire; rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration. Sans égard au modèle de relations de travail, la *Charte* n'autorise cependant pas que la liberté de choix et l'indépendance soient affaiblies jusqu'au point où apparaît une entrave substantielle à l'existence d'un processus véritable de négociation collective.

En l'espèce, on ne se trouve pas devant un cas de négation complète du droit constitutionnel de s'associer. Il s'agit plutôt d'un cas d'entrave substantielle au droit de s'associer en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail au moyen d'un processus véritable de négociation

The flaws in the SRRP process do not permit meaningful collective bargaining, and are inconsistent with s. 2(d) of the *Charter*. That process fails to respect RCMP members' freedom of association in both its purpose and its effects.

Section 96 of the *RCMP Regulations* imposed the SRRP on RCMP members for the purpose of preventing collective bargaining through an independent association. Not only are members represented by an organization they did not choose and do not control, they must work within a structure that is part of the management organization of the RCMP and thus lacks independence from management. The SRRP process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining, and leaves members in a disadvantaged, vulnerable position.

The SRRP also infringes s. 2(d) in its effects. The relevant inquiry is directed at whether RCMP members can genuinely advance their own interests through the SRRP, without interference by RCMP management. On the record here, they cannot. Simply put, the SRRP is not an association in any meaningful sense, nor a form of exercise of the right to freedom of association. It is simply an internal human relations scheme imposed on RCMP members by management. The element of employee choice is almost entirely missing and the structure has no independence from management.

The second issue raised by the present constitutional challenge concerns the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* by para. (d) of the definition of "employee" in s. 2(1). This Court, in *Delisle*, held that the exclusion of the RCMP from the *PSSRA*, the *PSLRA*'s predecessor legislation, did not violate s. 2(d) of the *Charter*. Overturning precedents of this Court is not a step to be lightly taken. However, *Delisle* was decided before this Court's shift to a purposive and generous approach to labour relations and *Delisle* considered a different question and narrower aspects of the labour relations regime than those at issue here. It follows that the result in *Delisle* must be revisited.

The purpose of para. (d) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA*, viewed in its historical context, violates s. 2(d) of the *Charter*. The *PSSRA* and,

collective, à l'abri du contrôle de l'employeur. Les lacunes relevées dans le PRRF empêchent la tenue de véritables négociations collectives et violent l'al. 2d) de la *Charte*. Ce processus contrevient donc à la liberté d'association des membres de la GRC tant par son objet que par ses effets.

L'article 96 du *Règlement de la GRC* imposait aux membres de la GRC le PRRF afin d'empêcher la négociation collective au moyen d'une association indépendante. Non seulement les membres se trouvent représentés par un organisme qu'ils n'ont pas choisi et qu'ils ne contrôlent pas, mais ils sont tributaires d'une structure qui relève de l'organisme de gestion de la GRC et qui est ainsi dépourvue d'indépendance à l'égard de la direction. Les employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le PRRF n'établit pas, entre eux et l'employeur, l'équilibre essentiel à la tenue d'une véritable négociation collective.

Le PRRF viole également l'al. 2d) en raison de ses effets. La question qu'il faut poser est celle de savoir si les membres de la GRC peuvent faire véritablement valoir leurs propres intérêts, au moyen du PRRF, sans ingérence de la direction de la GRC. Le dossier de l'espèce démontre que tel n'est pas le cas. Autrement dit, le PRRF ne constitue pas une association au vrai sens du terme ni un exercice du droit à la liberté d'association. Il s'agit simplement d'un régime interne de relations humaines imposé aux membres de la GRC par la direction de celle-ci. La liberté de choix de l'employé devient donc pratiquement inexistante et la structure en question n'est pas indépendante de la direction.

La deuxième question que soulève la présente contestation constitutionnelle porte sur l'exclusion des membres de la GRC du régime établi par l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. Dans l'arrêt *Delisle*, la Cour a jugé que l'exclusion de cet organisme du régime de la première *LRTFP* ne violait pas l'al. 2d) de la *Charte*. Il faut se garder d'écarter un précédent de la Cour à la légère. Cependant, la décision rendue dans *Delisle* a précédé le changement d'orientation effectué par la Cour vers une interprétation généreuse et téléologique des relations de travail et elle portait sur une question différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce et sur des aspects plus restreints du régime de relations de travail que ceux en cause dans la présente affaire. En conséquence, il y a lieu de revoir la décision rendue dans *Delisle*.

Considéré dans son contexte historique, l'objet de l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle contrevient à l'al. 2d) de

later, the *PSLRA* established the general framework for labour relations and collective bargaining in the federal public sector. A class of employees, the members of the RCMP, has, since the initial enactment of this regime, been excluded from its application in order to prevent them from exercising their associational rights under s. 2(d). The purpose of excluding a specific class of employees from the labour relations regime in order to deny them the exercise of their freedom of association impermissibly breaches the constitutional rights of the affected employees.

Section 2(d) gives Parliament much leeway in devising a scheme of collective bargaining that satisfies the special demands of the RCMP. Beyond this, s. 1 of the *Charter* provides additional room to tailor a labour relations regime to achieve pressing and substantial objectives, provided it can show that these are justified. In the present case, the infringement of the guarantee of freedom of association cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Although the government's objective of maintaining an independent and objective police force constitutes a pressing and substantial objective, the infringing measures are not rationally connected to their objective. First, it is not apparent how the exclusion of RCMP members from a statutorily protected collective bargaining process ensures the neutrality, stability or even reliability of the Force. Second, it is not established that permitting meaningful collective bargaining for RCMP members would disrupt the stability of the police force or affect the public's perception of its neutrality.

While this conclusion is sufficient to dispose of the s. 1 analysis, denying RCMP members any meaningful process of collective bargaining is also more restrictive than necessary to maintain the Force's neutrality, stability and reliability. The RCMP is the only police force in Canada without a collective agreement to regulate the working conditions of its officers. It has not been shown how or why the RCMP is materially different from the police forces that have the benefit of collective bargaining regimes that provide basic bargaining protections. A material difference between the forces having not been shown, it is clear that total exclusion of RCMP members from meaningful collective bargaining cannot be minimally impairing.

la *Charte*. Les deux versions successives de la *LRTFP* ont établi le cadre général applicable aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique fédérale. Une catégorie d'employés, soit les membres de la GRC, est exclue de ce régime, et ce, depuis son adoption, afin de les empêcher d'exercer le droit à la liberté d'association que leur confère l'al. 2d) de la *Charte*. L'objet de l'exclusion d'une catégorie particulière d'employés du régime de relations de travail en vue de les priver de l'exercice de leur droit à la liberté d'association contrevient de façon inacceptable aux droits constitutionnels des employés touchés.

L'alinéa 2d) accorde au législateur une grande latitude dans l'établissement d'un régime de négociation collective qui satisfait aux exigences spéciales de la GRC. En outre, l'article premier de la *Charte* accorde à celui-ci une marge de manœuvre additionnelle qui lui permet d'établir un régime de relations de travail pour atteindre des objectifs urgents et réels, dans la mesure, toutefois, où il peut démontrer que ces objectifs sont justifiés. En l'espèce, la violation de la liberté d'association garantie n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Bien que l'objet du gouvernement de préserver une force policière indépendante et objective constitue un objectif urgent et réel, il n'existe pas de lien rationnel entre la mesure attentatoire et son objectif. D'une part, il est difficile de comprendre pourquoi l'exclusion des membres de la GRC d'un processus de négociation collective protégé par la loi peut assurer la neutralité, la stabilité ou même la fiabilité de cette force policière. D'autre part, il n'est pas établi que l'autorisation d'un véritable régime de négociation collective pour les membres de la GRC perturbera la stabilité de cette force policière ou influencera la perception du public quant à sa neutralité.

Bien que cette conclusion suffise pour mettre fin à l'analyse fondée sur l'article premier, le fait de priver les membres de la GRC d'un processus véritable de négociation collective est également plus restrictif que ce qui est nécessaire pour assurer la neutralité, la stabilité et la fiabilité de cette force policière. La GRC est la seule force policière au Canada n'ayant pas de convention collective qui régit les conditions de travail de ses agents. Il n'est établi ni comment ni pourquoi la GRC est substantiellement différente des forces policières qui bénéficient d'un régime de négociation collective leur accordant des protections fondamentales en matière de négociation. Une différence substantielle entre les forces policières n'ayant pas été établie, l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime véritable de négociation collective ne peut clairement pas constituer une atteinte minimale.

Having found that s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* infringe the freedom guaranteed to RCMP members under s. 2(d) of the *Charter*, and that these provisions cannot be saved under s. 1, the appropriate remedy is to strike down the offending provision of the *PSLRA* under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This declaration of invalidity is suspended for a period of 12 months. We would similarly strike down s. 96 of the *RCMP Regulations* were it not repealed. This conclusion does not mean that Parliament must include the RCMP in the *PSLRA* scheme. Section 2(d) of the *Charter* does not mandate a particular model of labour relations. Should it see fit to do so, Parliament remains free to enact any labour relations model it considers appropriate to address the specific context in which members of the RCMP discharge their duties, within the constitutional limits imposed by the guarantee enshrined in s. 2(d) and s. 1 of the *Charter*.

*Per* Rothstein J. (dissenting): The language used by the majority creates greater rights, and imposes greater restrictions on the government, than either a plain or generous reading of s. 2(d) of the *Charter* can logically provide. The interpretation of a *Charter* right must be principled and must not be so divorced from the text of the provision as to depart from the foundation of the right. When, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, this Court recognized a derivative right to collective bargaining stemming from the purpose of s. 2(d) of the *Charter*, it extended constitutional rights beyond what had previously been accepted.

Now, less than four years after *Fraser* was decided, the majority further expands freedom of association and retreats from the effective impossibility test stated in that case. It also enshrines an adversarial model of labour relations as a *Charter* right, reversing this Court’s findings in *Health Services* and in *Fraser* that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome.

Après avoir statué que l’art. 96 du *Règlement de la GRC* et l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle portent atteinte à la liberté que garantit l’al. 2d) de la *Charte* aux membres de la GRC et ne peuvent se justifier au regard de l’article premier, la réparation appropriée consiste à annuler la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La prise d’effet de cette déclaration d’invalidité est suspendue pour une période de 12 mois. N’eût été son abrogation, nous invaliderions également l’art. 96 du *Règlement de la GRC*. Cette conclusion signifie non pas que le législateur doit inclure la GRC dans le régime de la *LRTFP* actuelle. L’alinéa 2d) de la *Charte* n’impose pas un modèle particulier de relations du travail. S’il le juge à propos, le législateur demeure libre d’adopter tout modèle qu’il estime adapté au contexte particulier dans lequel les membres de cette organisation s’acquittent de leurs fonctions dans le respect des limites constitutionnelles imposées par la garantie prévue à l’al. 2d) et par l’article premier de la *Charte*.

*Le* juge Rothstein (dissident) : Les termes choisis par les juges majoritaires confèrent des droits plus étendus aux employés et restreignent encore davantage la marge de manœuvre du gouvernement que ce que le sens ordinaire ou une interprétation généreuse de l’al. 2d) de la *Charte* pourraient logiquement justifier. L’interprétation d’un droit protégé par la *Charte* doit reposer sur des principes et ne doit pas être dissociée du texte de la disposition au point de s’écarter du fondement du droit. En reconnaissant, dans *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, l’existence d’un droit dérivé à la négociation collective fondé sur l’objectif visé par l’al. 2d) de la *Charte*, la Cour a élargi la portée des droits constitutionnels au-delà de ce qui avait déjà été reconnu.

Or, moins de quatre ans après le prononcé de l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires élargissent encore la portée de la liberté d’association et abandonnent le critère de l’impossibilité effective de mener une véritable négociation collective établi dans cet arrêt. Ils inscrivent également un modèle de relations de travail contradictoire en tant que droit reconnu par la *Charte*, ce qui revient à répudier les conclusions tirées antérieurement par la Cour dans *Health Services* et dans *Fraser* selon lesquelles l’al. 2d) ne garantit ni l’application d’un modèle particulier de négociation collective, ni l’obtention d’un résultat donné.

Section 2(d) of the *Charter* protects the right to associate to make collective representations and to have employers consider those representations in good faith. The majority in *Fraser* unambiguously held that the test to find an infringement of s. 2(d) in the labour relations context is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals. The language in *Fraser* does not support the majority's revised — and lowered — s. 2(d) standard. There is no doubt that the majority in *Fraser* firmly established a high threshold for infringement of the derivative right to collective bargaining. Fairness and certainty require that where settled law exists, courts must apply it to determine the result in a particular case. They may not identify a desired result and then search for a novel legal interpretation to bring that result about.

The essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(d) rights are protected in the collective bargaining context and it is only where legislation impairs the right of employees to have their interests advanced honestly and fairly that legislation will be constitutionally deficient.

Neither the choice of the organization representing employees for bargaining purposes nor the independence of that association are necessary to ensure that meaningful collective bargaining can occur. Choice and independence are central to Wagner-style labour relations and, by selecting choice and independence as constitutional requirements for meaningful collective bargaining, the majority mandates an adversarial model of labour relations and precludes others which may be just as or more effective in contributing to meaningful collective bargaining.

A statutorily designated bargaining model can ensure that employees' interests will be effectively represented to management even where the employees do not choose their individual representatives or the system in which this representation takes place. Section 2(d) requires that

L'alinéa 2d) de la *Charte* protège le droit de s'associer en vue de présenter des revendications collectives à l'employeur et de les voir prises en considération de bonne foi par ce dernier. Les juges majoritaires dans l'arrêt *Fraser* déclarent sans équivoque que le test permettant de conclure à une violation de l'al. 2d) dans le contexte des relations de travail est celui de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail. La formulation de l'arrêt *Fraser* n'appuie pas la norme révisée — et abaissée — que les juges majoritaires appliquent à l'al. 2d). Il ne fait aucun doute que, dans *Fraser*, les juges majoritaires ont fixé un seuil exigeant pour pouvoir conclure à la violation du droit dérivé à la négociation collective. L'équité et la notion de certitude exigent que, lorsque la jurisprudence est déjà fixée, les tribunaux doivent l'appliquer pour arrêter la solution dans l'affaire dont ils sont saisis. Ils ne peuvent pas déterminer à l'avance le résultat souhaité pour chercher ensuite une nouvelle interprétation juridique permettant d'obtenir ce résultat.

La caractéristique essentielle d'un régime de relations de travail qui permet aux employés d'exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité. Celle-ci est l'impératif constitutionnel auquel il faut satisfaire pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2d) sont protégés dans le contexte de la négociation collective, et ce n'est que si elle porte atteinte au droit des employés de faire défendre leurs droits honnêtement et équitablement qu'une loi sera considérée comme lacunaire sur le plan constitutionnel.

Ni le choix de l'organisation qui représente les employés aux fins de la négociation collective ni son indépendance face à la direction ne sont des éléments nécessaires pour assurer la tenue d'une véritable négociation collective. La liberté de choix et l'indépendance sont des aspects cruciaux des relations de travail structurées selon le modèle Wagner. En considérant que la liberté de choix et l'indépendance constituent des impératifs constitutionnels à la tenue de véritables négociations collectives, les juges majoritaires imposent un modèle de relations de travail contradictoire et ils écartent d'autres modèles qui peuvent être aussi efficaces sinon plus pour contribuer à la tenue de telles négociations.

Un modèle de négociation désigné par la loi peut garantir que les intérêts des employés seront efficacement défendus auprès de la direction même lorsqu'ils ne choisissent pas leurs représentants individuels ou le système dans le cadre duquel cette représentation s'effectue.



the voice with which employees communicate with their employer as a collective be representative of their interests. Provided that the spokespersons through whom employees make representations to their employer have a duty to represent the interests of all employees and that there is a means to hold those representatives to account, the workers' constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith is met. Representativeness is what *Fraser* mandates and there is no justification to embark upon the imposition of unnecessary constitutional constraints.

As with choice, the notion of independence is not an inherent aspect of collective bargaining. Where concerns are raised with respect to the independence of a legislatively prescribed employee association, the relevant question is not whether the association or process is independent in the sense that it segregates employees from management, but whether the process prevents employees, such as RCMP members, from associating to advance their collective workplace goals. To reiterate, the touchstone is representativeness. So long as employees have recourse to ensure that their views are put forward to management and that their representatives are working in their interests, the labour relations process will not be dominated by management and employees will have the means to work towards their collective workplace goals. Any representative who limits representation based on what management permits or who places their own employment interests above the interests of all employees will be held accountable for his or her own actions.

In the case at bar, the context of a national police force led to the adoption of a statutory collaborative labour relations model, the SRRP. The correct standard against which the SRRP should be evaluated is whether the process renders meaningful collective bargaining effectively impossible. Whether the *Fraser*-mandated effective impossibility test or the majority's new substantial interference test is applied, it is clear that the SRRP does not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

That Parliament chose a collaborative model like the SRRP as a means of facilitating employer-employee engagement for the national police force does not mean that that model has rendered it effectively impossible for RCMP members to achieve collective workplace goals.

L'alinéa 2d) exige que le porte-parole qui s'adresse à leur employeur en leur nom à tous représente leurs intérêts. À condition que le porte-parole par l'entremise duquel les employés font des représentations auprès de leur employeur ait l'obligation de représenter les intérêts de l'ensemble des employés et qu'il existe un moyen d'obliger ce porte-parole à rendre des comptes, le droit constitutionnel des travailleurs de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi est respecté. C'est la représentativité qu'exige l'arrêt *Fraser* et rien ne justifie d'imposer des contraintes constitutionnelles inutiles.

À l'instar de la liberté de choix, le principe d'indépendance ne constitue pas un élément inhérent à la négociation collective. Lorsque l'indépendance d'une association d'employés prescrite par la loi est mise en doute, la vraie question n'est pas celle de savoir si l'association ou le processus est indépendant, en ce sens qu'il ou elle dissocie les employés de la direction, mais plutôt celle de savoir si cette association ou ce processus empêche des employés, comme les membres de la GRC, de s'associer en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Une fois de plus, la pierre angulaire, c'est la représentativité. Dès lors que les employés disposent de recours pour s'assurer que leur point de vue est relayé à la direction et que leurs représentants travaillent dans leur intérêt, le processus de relations de travail n'est pas dominé par la direction et les employés disposent de moyens leur permettant de travailler en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Le représentant qui restreint le cadre de son mandat en fonction de ce que lui permet la direction ou qui fait passer ses intérêts professionnels avant ceux de l'ensemble des employés devra répondre de ses gestes.

Dans le cas qui nous occupe, le contexte d'un corps policier national a conduit à l'adoption d'un modèle de relations de travail créé par la loi et axé sur la collaboration, le PRRF. La norme qu'il convient d'appliquer pour examiner le PRRF est celle de savoir si le processus mis en place rend effectivement impossible la tenue d'une véritable négociation collective. Qu'on applique le test de l'impossibilité effective prévu par l'arrêt *Fraser* ou le nouveau test de l'entrave substantielle proposé par les juges majoritaires, il est évident que le PRRF ne porte pas atteinte au droit protégé par l'al. 2d) de la *Charte*.

Le fait que le législateur ait retenu un modèle axé sur la collaboration comme le PRRF pour favoriser les relations employeur-employés dans l'intérêt du corps policier national que constitue la GRC ne signifie pas que, du fait de l'adoption de ce modèle, il est effectivement

Although RCMP members did not choose their associational framework for bargaining purposes, they are able to democratically elect their representatives and those representatives have a statutory duty to represent employee interests. They can be replaced if they fail to uphold that duty. Management also has a constitutional obligation to consider in good faith the representations made on behalf of RCMP members. In short, the evidence before this Court is that Staff Relations Representatives fairly advance employee interests to RCMP management and thus the SRRP meets the constitutional requirement of representativeness mandated under this Court's interpretation of s. 2(d).

The purpose of excluding RCMP members from the *PSLRA* is not to interfere with collective bargaining, but is driven by a legitimate concern that the model imposed under that legislation is ill suited to the national police force. The evolution in the legal understanding of s. 2(d) since *Delisle* bears no relation to the majority's finding in that case as to the purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSLRA*'s predecessor legislation, and thus cannot be used to support revisiting the issues settled in *Delisle*. Although *Delisle* was decided before *Health Services* and *Fraser* ushered in a more expansive approach to labour relations, the jurisprudential developments since do not allow this Court to conclude that the purpose of the exclusion is to deny RCMP members' associational rights. In fact, changes to the SRRP since *Delisle* have reinforced the understanding that the program's goal is to enhance representation of the interests of RCMP members without the imposition of an adversarial model.

Even if *Delisle* had been incorrectly decided and the purpose of the exclusion contained in the *PSSRA* in 1967 was to deny RCMP members meaningful collective bargaining, it does not follow that this continues to be the purpose of para. (d) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* today. By 2003, when the *PSSRA* was replaced by the *PSLRA*, the RCMP labour relations scheme was considerably changed from that which existed in 1967. The decision to continue the exclusion was made with the knowledge that doing so did not deny members collective bargaining rights. These individuals were subject to a parallel labour relations regime — the

devenu impossible pour les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Certes, les membres de la GRC n'ont pas choisi leur cadre associatif pour les besoins de la négociation, mais ils sont en mesure d'élire démocratiquement leurs représentants qui, du fait de la loi, sont tenus de défendre les intérêts des employés. Ils peuvent d'ailleurs être remplacés s'ils manquent à ce devoir. La direction a également l'obligation constitutionnelle de tenir compte de bonne foi des observations présentées au nom des membres de la GRC. Bref, suivant la preuve soumise à la Cour, les représentants des relations fonctionnelles défendent équitablement les intérêts des employés auprès de la direction de la GRC; le PRRF respecte donc l'exigence constitutionnelle de représentativité exigée selon l'interprétation que la Cour a donnée à l'al. 2d).

L'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle n'a pas pour objet de nuire à la négociation collective; elle est plutôt motivée par la crainte légitime que le modèle prévu par cette loi ne convienne pas au service de police national que constitue la GRC. L'évolution de l'interprétation juridique de l'al. 2d) depuis l'arrêt *Delisle* n'a rien à voir avec la conclusion tirée par les juges majoritaires dans cet arrêt en ce qui concerne l'objet de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la première *LRTFP*. On ne peut donc pas s'en servir pour revenir sur des questions qui ont été tranchées dans cet arrêt. Certes, l'arrêt *Delisle* a été rendu avant que les arrêts *Health Services* et *Fraser* ne marquent le début d'une nouvelle ère se caractérisant par une interprétation large dans le contexte des relations de travail. Cependant, l'évolution de la jurisprudence depuis ne permet pas à la Cour de conclure que l'exclusion en question vise à priver les membres de la GRC de la liberté d'association. En fait, les modifications apportées au PRRF depuis l'arrêt *Delisle* ont renforcé l'idée que le programme a pour objet d'améliorer la défense des intérêts des membres de la GRC sans imposer un modèle contradictoire.

Même si l'arrêt *Delisle* était mal fondé et que l'exclusion prévue à la première *LRTFP* dans sa rédaction en vigueur en 1967 avait pour objet de priver les membres de la GRC d'une véritable négociation collective, il ne s'ensuit pas pour autant qu'il s'agit toujours de l'objectif visé par l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. En 2003, lorsque l'ancienne loi a été remplacée par la *LRTFP* actuelle, le régime de relations de travail de la GRC a été modifié de fond en comble par rapport à celui qui existait en 1967. La décision de maintenir l'exclusion a été prise à la lumière du fait que cela n'avait pas pour effet

SRRP. To ignore the significantly different context in which the exclusion of RCMP members was re-enacted in the *PSLRA* disregards the current legislative reality.

Had para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* been found to breach s. 2(d) of the *Charter*, it would nonetheless constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society and would therefore be justified under s. 1 of the *Charter*. Parliament is entitled to address concerns that an adversarial RCMP members’ association might order its members to refuse to intervene in certain circumstances involving the labour disputes of others or that belonging to such associations could inhibit members from responding to such situations impartially. The RCMP is materially different from other Canadian police forces. The government must be permitted to organize the Force’s labour relations in view of its distinctive and essential role as our national police force.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

**Overruled:** *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; **applied:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **explained:** *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13, [2014] 1 S.C.R. 227; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001

de priver les membres de la GRC de leurs droits à la négociation collective. Ces individus étaient simplement assujettis à un régime de relations de travail parallèle : le PRRF. Ignorer le contexte radicalement différent dans lequel l’exclusion des membres de la GRC a été adoptée de nouveau dans la *LRTFP* actuelle revient à méconnaître la réalité législative actuelle.

Même si on concluait que l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle porte atteinte au droit protégé par l’al. 2d) de la *Charte*, cette atteinte constituerait néanmoins une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique au regard de l’article premier de la *Charte*. Le législateur a le droit de se préoccuper du fait qu’une association de membres de la GRC fondée sur un modèle contradictoire pourrait ordonner à ses membres de refuser d’intervenir dans certaines circonstances où il est question de conflits de travail d’autres groupes ou que le fait d’appartenir à de telles associations pourrait amener ses membres à hésiter à répondre à de telles situations de façon impartiale. La GRC est différente des autres forces policières canadiennes. Le gouvernement doit être habilité à organiser les relations de travail au sein de cette force policière en tenant compte du rôle particulier et essentiel de celle-ci en tant que service de police national.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

**Arrêt renversé :** *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; **arrêt appliqué :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêt expliqué :** *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2014

SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825.

By Rothstein J. (dissenting)

*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Dunmore v. Ontario*

CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Serbian Eastern Orthodox Diocese c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1

(Attorney General), 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting the Syndical Plan of the Sûreté du Québec*, CQLR, c. R-14.  
*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16.  
*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, Part I, s. 6.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2, 33.  
*Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)* [made pursuant to s. 21(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9; rep. SOR/2003-325].  
*Commissioner's Standing Orders (Representation)*, 1997, SOR/97-399, s. 3(b).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393.  
*Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C. 1948, c. 54.  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 44(f).  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 4.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§ 151-169).  
*Ontario Provincial Police Collective Bargaining Act, 2006*, S.O. 2006, c. 35, Sch. B.  
*Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 83 to 86.  
*Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], s. 2(1) "employee" (d), Part 3.  
*Public Service Staff Relations Act*, S.C. 1966-67, c. 72 [1970, c. P-35; 1985, c. P-35; rep. 2003, c. 22, s. 285], s. 2 "employee" (e), (g), (j).  
*Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10.  
*Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361 [rep. 2014-281, s. 58], s. 96 [ad. 89-581].  
*Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014*, SOR/2014-281, ss. 56, 58.  
*Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17.

R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2, 33.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, partie I, art. 6.  
*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 4.  
*Consignes de 1997 du commissaire (représentation)*, DORS/97-399, art. 3b).  
*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* [adoptées en vertu du par. 21(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9; abr. DORS/2003-325].  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 44f).  
*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16.  
*Loi de 2006 sur la négociation collective relative à la Police provinciale de l'Ontario*, L.O. 2006, c. 35, ann. B.  
*Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires*, L.O. 2014, c. 5.  
*Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, c. 206.  
*Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10.  
*Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393.  
*Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, RLRQ, c. R-14.  
*Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2], art. 2(1) « fonctionnaire » d), partie 3.  
*Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, c. 72 [1970, c. P-35; 1985, c. P-35; abr. 2003, c. 22, art. 285], art. 2 « fonctionnaire » e), g), j).  
*Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, c. 54.  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée au 29 U.S.C. §§ 151-169).

*School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, S.O. 2014, c. 5.

*War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206.

*Wartime Labour Relations Regulations*, P.C. 1003 (1944).

### Treaties and Other International Instruments

*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17, art. 9.

*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 8.

### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. “A Pernicious Euphoria: 50 Years of Wagnerism in Canada” (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321.

Adams, Roy J. “Public Employment Relations: Canadian Developments in Perspective”, in Gene Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001, 212.

Anderson, John C., and Thomas A. Kochan. “Collective Bargaining in the Public Service of Canada” (1977), 32 *Relat. ind.* 234.

Bogg, Alan, and Keith Ewing. “A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada” (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 379.

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Burkett, Brian W. “The Future of the *Wagner Act*: A Canadian-American Comparison” (2013), 38 *Queen’s L.J.* 363.

Canada. Advisory Committee on Labour Management Relations in the Federal Public Service. *Working Together in the Public Interest*. Ottawa: Treasury Board of Canada, 2001 (online: <http://www.tbs-sct.gc.ca/report/fryer/wtpi-teip-eng.pdf>).

Canada. Office of the Independent Investigator into RCMP Pension and Insurance Matters. *A Matter of Trust: Report of the Independent Investigator into Matters Relating to RCMP Pension and Insurance Plans*. Ottawa: The Office, 2007.

*Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, art. 83 à 86. *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361 [abr. 2014-281, art. 58], art. 96 [aj. 89-581].

*Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014)*, DORS/2014-281, art. 56, 58.

*Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre*, C.P. 1003 (1944).

*Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17.

### Traités et autres instruments internationaux

*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17, art. 9.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 8.

### Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321.

Adams, Roy J. « Public Employment Relations : Canadian Developments in Perspective », in Gene Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2001, 212.

Anderson, John C., and Thomas A. Kochan. « Collective Bargaining in the Public Service of Canada » (1977), 32 *Relat. ind.* 234.

Bogg, Alan, and Keith Ewing. « A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada » (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 379.

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Burkett, Brian W. « The Future of the *Wagner Act* : A Canadian-American Comparison » (2013), 38 *Queen’s L.J.* 363.

Canada. Bureau de l’enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d’assurances de la GRC. *Une question de confiance : Rapport de l’enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d’assurances de la GRC*, Ottawa, Le Bureau, 2007.

Canada. Comité consultatif sur les relations patronales-syndicales dans la fonction publique fédérale. *Travailler ensemble dans l’intérêt public*, Ottawa, Secrétariat

- Canada. Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service. *Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service*. Ottawa: Queen's Printer, 1965.
- Canada. Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP. *Rebuilding the Trust: Report of the Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP*. Ottawa: The Task Force, 2007.
- Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.
- Caron, Renée. *Employment in the Federal Public Service*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated by Emond Harnden LLP, August 2009, release 5).
- Carpenter, Dale. "Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale*: A Tripartite Approach" (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.
- Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.
- Doorey, David J. "Graduated Freedom of Association: Worker Voice Beyond the Wagner Model" (2013), 38 *Queen's L.J.* 511.
- Dorsey, James E. "Individuals and Internal Union Affairs: The Right to Participate", in Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1983, 193.
- Forcese, Dennis. "Police Unionism: Employee-Management Relations in Canadian Police Forces" (1980), 4 *Canadian Police College Journal* 79.
- Fudge, Judy. "Freedom of Association", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 527.
- Fudge, Judy. "Introduction: Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection", in Fay Faraday, Judy Fudge and Eric Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case*. Toronto: Irwin Law, 2012, 1.
- Hardy, J. Fred, and Allen Ponak. "Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police" (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87.
- Inazu, John D. *Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2012.
- Kahn-Freund's Labour and the Law*, 3rd ed. by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.
- Kaufman, Bruce E. "Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years: A Reassessment", in Bruce E. du Conseil du Trésor, 2001 (en ligne : <http://www.tbs-sct.gc.ca/report/fryer/wtpi-teip-fra.pdf>).
- Canada. Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique. *Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.
- Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1969.
- Canada. Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC. *Rétablir la confiance : Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC*, Ottawa, Le Groupe de travail, 2007.
- Caron, Renée. *Employment in the Federal Public Service*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated by Emond Harnden LLP, August 2009, release 5).
- Carpenter, Dale. « Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale* : A Tripartite Approach » (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.
- Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002.
- Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
- Doorey, David J. « Graduated Freedom of Association : Worker Voice Beyond the Wagner Model » (2013), 38 *Queen's L.J.* 511.
- Dorsey, James E. « Individuals and Internal Union Affairs : The Right to Participate », in Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 193.
- États-Unis. National Labor Relations Board. *Legislative History of the National Labor Relations Act 1935*, vol. 1, Washington (D.C.), The Board, 1949.
- Forcese, Dennis. « Le syndicalisme policier : relations de travail dans les forces policières canadiennes » (1980), 4 *Journal du Collège canadien de police* 85.
- Fudge, Judy. « Freedom of Association », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 527.
- Fudge, Judy. « Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection », in Fay Faraday, Judy Fudge and Eric Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada : Farm Workers and the Fraser Case*, Toronto, Irwin Law, 2012, 1.
- Gendarmerie royale du Canada. Représentants de relations fonctionnelles. *Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final*, janvier 2003.

- Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy*. Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 21.
- MacDowell, Laurel Sefton. “Company Unionism in Canada, 1915-1948”, in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy*. Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 96.
- MacKay, Robin. “The Royal Canadian Mounted Police and Unionization”. Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, Law and Government Division, September 3, 2003.
- Middleton, J. P. *A Study Report on Police Associations*. Ottawa: RCMP, 1974.
- Moon, Richard. “Freedom of Conscience and Religion”, in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 339.
- Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale: visage juridique actuel et futur*. Saint-Nicolas, Qué.: Presses de l’Université Laval, 1999.
- Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Royal Canadian Mounted Police. Staff Relations Representatives. *SRR Challenge 2000 Review: Final Report*, January 2003.
- Schabas, Paul B. “The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b)”, in Ryder Gilliland, ed., *The Charter at Thirty*. Toronto: Canada Law Book, 2012, 1.
- Taras, Daphne. “Reconciling Differences Differently: Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance” (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 167.
- Taras, Daphne Gottlieb. “Why Nonunion Representation Is Legal in Canada” (1997), 52 *Relat. ind.* 763.
- United States. National Labor Relations Board. *Legislative History of the National Labor Relations Act 1935*, vol. 1. Washington, D.C.: The Board, 1949.
- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal: Thémis, 2006.
- Walzer, Michael. “The Concept of Civil Society”, in Michael Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society*. Providence, R.I.: Berghahn Books, 1995, 7.
- Wellington, Harry H. *Labor and the Legal Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1968.
- Hardy, J. Fred, and Allen Ponak. « Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police » (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87.
- Inazu, John D. *Liberty’s Refuge : The Forgotten Freedom of Assembly*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2012.
- Kahn-Freund’s Labour and the Law*, 3rd ed. by Paul Davies and Mark Freedland, London, Stevens & Sons, 1983.
- Kaufman, Bruce E. « Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years : A Reassessment », in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy*, Armonk (N.Y.), M. E. Sharpe, 2000, 21.
- MacDowell, Laurel Sefton. « Company Unionism in Canada, 1915-1948 », in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy*, Armonk (N.Y.), M. E. Sharpe, 2000, 96.
- MacKay, Robin. « The Royal Canadian Mounted Police and Unionization ». Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, Division du droit et du gouvernement, 3 septembre 2003.
- Middleton, J. P. *Rapport d’étude sur les associations policières*, Ottawa, RCMP, 1974.
- Moon, Richard. « Freedom of Conscience and Religion », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5<sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 339.
- Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Saint-Nicolas (Qc), Presses de l’Université Laval, 1999.
- Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*, Toronto, Irwin Law, 2007.
- Schabas, Paul B. « The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b) », in Ryder Gilliland, ed., *The Charter at Thirty*, Toronto, Canada Law Book, 2012, 1.
- Taras, Daphne. « Reconciling Differences Differently : Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 167.
- Taras, Daphne Gottlieb. « Why Nonunion Representation Is Legal in Canada » (1997), 52 *Relat. ind.* 763.
- Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.
- Walzer, Michael. « The Concept of Civil Society », in Michael Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society*, Providence (R.I.), Berghahn Books, 1995, 7.
- Wellington, Harry H. *Labor and the Legal Process*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1968.



APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg and Juriansz JJ.A.), 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268, 292 O.A.C. 202, 350 D.L.R. (4th) 261, 260 C.R.R. (2d) 242, 220 L.A.C. (4th) 107, [2012] O.J. No. 2420 (QL), 2012 CarswellOnt 6781 (WL Can.), setting aside a decision of MacDonnell J., 96 O.R. (3d) 20, 188 C.R.R. (2d) 225, 2009 CLLC ¶220-027, 2009 CanLII 15149, [2009] O.J. No. 1352 (QL), 2009 CarswellOnt 1780 (WL Can.). Appeal allowed, Rothstein J. dissenting.

*Laura C. Young and Patric Senson*, for the appellants.

*Peter Southey, Donnaree Nygard and Kathryn Hucal*, for the respondent.

*Robin K. Basu and Michael Dunn*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jonathan Penner, Keith Evans and Karen Horsman*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Roderick S. Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*James R. K. Duggan and Alexander H. Duggan*, for the intervener Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.

*John D. R. Craig and Christopher D. Pigott*, for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund.

*Benoit Laurin and Éric Lévesque*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

*Ian J. Roland and Michael Fenrick*, for the intervener the Canadian Police Association.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg et Juriansz), 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268, 292 O.A.C. 202, 350 D.L.R. (4th) 261, 260 C.R.R. (2d) 242, 220 L.A.C. (4th) 107, [2012] O.J. No. 2420 (QL), 2012 CarswellOnt 6781 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge MacDonnell, 96 O.R. (3d) 20, 188 C.R.R. (2d) 225, 2009 CLLC ¶220-027, 2009 CanLII 15149, [2009] O.J. No. 1352 (QL), 2009 CarswellOnt 1780 (WL Can.). Pourvoi accueilli, le juge Rothstein est dissident.

*Laura C. Young et Patric Senson*, pour les appelantes.

*Peter Southey, Donnaree Nygard et Kathryn Hucal*, pour l'intimé.

*Robin K. Basu et Michael Dunn*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jonathan Penner, Keith Evans et Karen Horsman*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Roderick S. Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*James R. K. Duggan et Alexander H. Duggan*, pour l'intervenante l'Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.

*John D. R. Craig et Christopher D. Pigott*, pour l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie.

*Benoit Laurin et Éric Lévesque*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

*Ian J. Roland et Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Ranjan K. Agarwal and Ashley L. Paterson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Andrew Raven, Andrew Astritis and Morgan Rowe*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Lindsay M. Lyster*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LeBEL J. —

## I. Introduction

[1] In this appeal, we must decide whether excluding members of the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) from collective bargaining under the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (“PSLRA”), and imposing a non-unionized labour relations regime violates the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This requires us to review the nature and interpretation of the right guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, and to clarify the scope of the constitutional protection of collective bargaining recognized in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3.

[2] RCMP members are not permitted to unionize or engage in collective bargaining. They have been excluded from the *PSLRA* and its predecessor statute since collective bargaining was first introduced in the federal public service in the late 1960s. Instead, there exists a non-unionized labour relations regime with three core components. First, members

*Ranjan K. Agarwal et Ashley L. Paterson*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

*Andrew Raven, Andrew Astritis et Morgan Rowe*, pour l’intervenante l’Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Lindsay M. Lyster*, pour l’intervenante l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LeBEL —

## I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à décider si l’exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») du régime de négociation collective établi par la version actuelle de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2 (« *LRTFP* actuelle »), et si l’imposition d’un régime non syndical de relations du travail porte atteinte à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce faire, nous devons examiner la nature du droit protégé par l’al. 2d) de la *Charte* ainsi que l’interprétation qui en a été donnée, et préciser la portée de la protection constitutionnelle accordée à la négociation collective par les arrêts *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3.

[2] Les membres de la GRC ne peuvent ni se syndiquer ni négocier collectivement. Ils sont exclus de l’application de la *LRTFP* actuelle et de la loi antérieure à cette dernière depuis que la négociation collective a été instaurée dans la fonction publique fédérale à la fin des années 1960. Ils se trouvent plutôt assujettis à un régime non syndical de relations

can advance their workplace concerns through the Staff Relations Representative Program (“SRRP”). Second, members’ concerns regarding pay and benefits are communicated to management through the RCMP Pay Council process. Third, RCMP members have created the Mounted Police Members’ Legal Fund (“Legal Fund”), a not-for-profit corporation funded through membership dues, which provides legal assistance to RCMP members for employment-related issues.

[3] A little over 15 years ago, this Court held that exclusion of RCMP members from collective bargaining under the *PSLRA*’s predecessor legislation did not infringe s. 2(d): *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. On this appeal we are asked to reconsider that decision as it relates to the *PSLRA*. Unlike this appeal, however, *Delisle* did not involve a direct challenge to the sufficiency of the SRRP: *Delisle*, at para. 34.

[4] This case was heard together with a related appeal, brought by two Staff Relations Representatives (“SRRs”) on behalf of all members of the RCMP, challenging the constitutionality of federal wage restraint legislation: *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125. While the factual background of both appeals overlap, they raise different legal issues. *Meredith* addresses the question of whether a piece of legislation and its implementation unconstitutionally interfered with the existing RCMP labour relations scheme, but does not challenge that scheme as a whole as constitutionally deficient under s. 2(d). The present appeal is directed at the constitutionality of the scheme comprising both the *PSLRA* exclusion and the SRRP process.

de travail reposant sur trois éléments principaux. Tout d’abord, les membres peuvent faire valoir leurs préoccupations à propos de leurs conditions de travail par l’entremise du Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF »). Ensuite, leurs représentations quant aux questions de nature salariale et quant à leurs avantages sociaux sont transmises à la direction grâce au Conseil de la solde de la GRC. Enfin, les membres de la GRC ont créé le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie (« Fonds de recours juridique ») — société à but non lucratif financée par leurs cotisations — qui leur fournit de l’assistance juridique pour les questions relatives à leur emploi.

[3] Il y a un peu plus de 15 ans, la Cour a conclu que l’exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la première *LRTFP* alors en vigueur ne portait pas atteinte à l’al. 2d) (*Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989). Dans le présent pourvoi, nous devons réexaminer cette décision en ce qui a trait à la *LRTFP* actuelle, même si dans l’affaire *Delisle*, contrairement à ce qui est en cause en l’espèce, la valeur constitutionnelle du PRRF n’était pas directement contestée (*Delisle*, par. 34).

[4] La présente cause a été entendue en même temps que le pourvoi connexe, formé par deux représentants des relations fonctionnelles (« RRF ») au nom de tous les membres de la GRC, pour contester la constitutionnalité des dispositions législatives diminuant les augmentations salariales accordées aux employés de l’administration fédérale (*Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125). Même si les faits en cause se recoupent, les deux pourvois soulèvent des questions juridiques différentes. Dans l’affaire *Meredith*, la Cour est appelée à décider si une loi et sa mise en œuvre ont interféré de manière inconstitutionnelle avec le régime existant de relations de travail à la GRC, sans que soit contestée la portée constitutionnelle de l’ensemble du régime au regard de l’al. 2d). Le présent pourvoi porte plutôt sur la constitutionnalité du régime qui comprend à la fois l’exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle et le système fondé sur le PRRF.

[5] We conclude that the s. 2(d) guarantee of freedom of association protects a meaningful process of collective bargaining that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests. The current RCMP labour relations regime denies RCMP members that choice, and imposes on them a scheme that does not permit them to identify and advance their workplace concerns free from management's influence. Accordingly, we allow the appeal and find that s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361 (“*RCMP Regulations*”),<sup>1</sup> which was in effect at the time of the hearing of this appeal, is inconsistent with s. 2(d) of the *Charter*. We also find that the exclusion of RCMP members from collective bargaining under para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(d) of the *Charter*. Neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

## II. The Parties

[6] The appellants are voluntary, private associations of RCMP members organized at the initiative of members. The Mounted Police Association of Ontario (“MPAO”) is a non-profit corporation registered in Ontario, formed in 1998 from an amalgamation of two predecessor groups. It represents RCMP members in the National Division (the National Capital Region), Headquarters (RCMP national office in Ottawa) and “O” Division (Ontario, outside the National Capital Region). The British Columbia Mounted Police Professional Association (“BCMPPA”) is a non-profit society incorporated in British Columbia in 1994. Its members are principally drawn from “E” Division (British Columbia). A similar organization, the Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., intervenes in

<sup>1</sup> Repealed since the hearing of this appeal (SOR/2014-281, s. 58) and replaced by a substantially similar provision, s. 56 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014*, SOR/2014-281 (“*RCMP Regulations, 2014*”).

[5] Nous concluons que la liberté d’association garantie par l’al. 2d) protège l’existence d’un processus véritable de négociation collective qui offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre. Le régime actuel de relations de travail de la GRC prive les membres de cette liberté de choix et leur impose un programme qui ne leur permet pas de définir et de faire valoir leurs préoccupations professionnelles à l’abri de l’influence de la direction. Par conséquent, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi et nous concluons que l’art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361 (« *Règlement de la GRC* »)<sup>1</sup>, qui était en vigueur lorsque le pourvoi a été entendu, viole l’al. 2d) de la *Charte*. Nous sommes également d’opinion que l’exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective prévu à l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l’al. 2d) de la *Charte*. Enfin, selon nous, aucune de ces violations n’est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*.

## II. Les parties

[6] Les appelantes sont des associations de membres de la GRC, privées et volontaires, qui ont été mises sur pied par certains d’entre eux. L’Association de la police montée de l’Ontario (« APMO »), une société à but non lucratif immatriculée en Ontario, est issue de la fusion, en 1998, de deux groupes qui l’ont précédée. Elle représente des membres de la GRC appartenant à la Division nationale (de la région de la capitale nationale), à la Direction générale (du quartier général de la GRC à Ottawa) et à la Division « O » (de l’Ontario, excluant la région de la capitale nationale). La British Columbia Mounted Police Professional Association (« BCMPPA ») est une société à but non lucratif constituée en Colombie-Britannique en 1994. Ses membres proviennent principalement de la Division « E » (soit de

<sup>1</sup> Abrogé depuis l’audition du présent pourvoi (DORS/2014-281, art. 58) et remplacé par une disposition essentiellement similaire, l’art. 56 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014)*, DORS/2014-281 (« *Règlement de la GRC (2014)* »).

this appeal. It represents the majority of members of “C” Division (Quebec) as well as French-speaking members across Canada.

[7] The goal of all three associations is to represent RCMP members on work-related issues. The associations engage in political lobbying, educational efforts, and social activities. They provide advice and assistance to their members in discipline and grievance matters. Their operations are funded through membership dues, and the associations have no full-time staff. None of the associations has ever been recognized for the purpose of collective bargaining or consultation on workplace issues by RCMP management or the federal government.

[8] The respondent, the Attorney General of Canada, joined by a number of provincial Attorneys General, opposes the appellants’ contention that the current labour relations scheme violates the guarantee of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*.

### III. The Current Process

[9] The labour relations system currently in place at the RCMP is composed of three bodies: the SRRP, the Pay Council and the Legal Fund. The core component of the scheme is the SRRP.

[10] The SRRP is the primary mechanism through which RCMP members can raise labour relations issues (excluding wages), and the only form of employee representation recognized by management. The program is the result of consultations that took place as early as 1974. It was formalized in s. 96 of the *RCMP Regulations*:

**96.** (1) The Force shall have a Division Staff Relations Representative Program to provide for representation of

la Colombie-Britannique). Une organisation semblable, l’Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., agit à titre d’intervenante dans le présent pourvoi. Elle représente la majorité des membres de la Division « C » (du Québec) de même que les membres francophones de l’ensemble du pays.

[7] Les trois associations ont pour objectif de représenter des membres de la GRC quant aux questions relatives à leurs conditions de travail. Elles participent à des activités de lobby politique et de sensibilisation, ainsi qu’à des activités sociales. Elles conseillent leurs membres et leur prêtent assistance en matière de discipline et de griefs. Leurs activités sont financées à même les cotisations des membres et elles n’ont aucun employé à temps plein. Aucune des associations n’a été reconnue à quelque moment que ce soit, par la direction de la GRC ou par le gouvernement fédéral, aux fins de négociations collectives ou de consultations au sujet d’enjeux relatifs au travail.

[8] L’intimé, le procureur général du Canada, auquel se sont joints plusieurs procureurs généraux des provinces, conteste la prétention des appelantes voulant que le régime actuel de relations de travail porte atteinte à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*.

### III. Le processus actuel

[9] Le régime de relations de travail actuellement en vigueur au sein de la GRC s’articule autour de trois organismes : le PRRF, qui est au cœur du régime, le Conseil de la solde et le Fonds de recours juridique.

[10] Le PRRF constitue le principal mécanisme par lequel les membres de la GRC peuvent soulever des questions concernant les relations de travail (à l’exception de la solde), et l’unique forme de représentation des employés que reconnaît la direction. Le programme résulte de consultations menées dès 1974. Son existence était officialisée par l’art. 96 du *Règlement de la GRC* :

**96.** (1) La Gendarmerie établit un programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles

the interests of all members with respect to staff relations matters.

(2) The Division Staff Relations Representative Program shall be carried out by the division staff relations representatives of the members of the divisions and zones who elect them.

[11] The SRRP process is amplified by the RCMP Staff Relations Representative Program Constitution (“SRRP Constitution”), unilaterally adopted by the SRRP, and by an agreement between the National Executive Committee of the SRRP and the RCMP Commissioner addressing matters such as the composition of the program (the “Agreement”). The SRRP Constitution states the purpose of the program is to “promote mutually beneficial relations between Force management and the wider membership” (s. 2). To this end, the SRRP seeks to provide RCMP members “with fair and equitable representation in staff relations matters and to facilitate their participation in the development and implementation of Force policies and programs” (*ibid.*).

[12] The SRRP was designed to resolve issues at the lowest possible level within the RCMP hierarchy. The aim is that at each level (divisional, regional and national), members’ representatives and management consult on human resources initiatives and policies, with the understanding that the final word always rests with management.

[13] Both the current and former RCMP regulations (s. 96, *RCMP Regulations*; s. 56, *RCMP Regulations, 2014*) provide for SRRP staffing by elected representatives known as the Staff Relations Representatives or SRRs. Thirty-four SRRs are elected by both regular and civilian members of the RCMP for a two-year term and serve in this capacity full-time. Additionally, 150 part-time sub-representatives are elected but continue to perform their regular duties while acting as representatives.

qui a pour objet d’assurer la représentation des membres en matière de relations fonctionnelles.

(2) Le programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles est mis en application par les représentants divisionnaires des relations fonctionnelles qu’élisent les membres des divisions et des secteurs.

[11] Le PRRF est complété à la fois par les Statuts du Programme des représentants des relations fonctionnelles de la GRC (les « Statuts du PRRF »), adoptés unilatéralement par le PRRF, et par une entente intervenue entre le Comité exécutif national du PRRF et le commissaire de la GRC qui précise, entre autres, la structure du programme (« Entente entre le commissaire et le PRRF »). Selon les Statuts du PRRF, le programme vise à « promouvoir des relations mutuellement avantageuses entre la direction et les membres de la Gendarmerie » (art. 2). À cette fin, il a pour objet d’offrir aux membres de la GRC « une représentation juste et équitable en matière de relations fonctionnelles et [de] faciliter leur participation à l’élaboration et à la mise en application des politiques et des programmes de la Gendarmerie » (*ibid.*).

[12] Le PRRF a été conçu pour régler les problèmes à l’échelon le plus bas possible de la hiérarchie de la GRC. Il vise à permettre, à chaque niveau (divisionnaire, régional et national), la tenue de consultations entre les représentants des membres et la direction au sujet des initiatives et des politiques relatives aux ressources humaines, même s’il est entendu que la décision finale revient toujours à la direction.

[13] Suivant à la fois l’ancien et l’actuel règlement de la GRC (l’art. 96 du *Règlement de la GRC*; l’art. 56 du *Règlement de la GRC (2014)*), le PRRF est appliqué par des représentants élus, connus sous le nom de représentants des relations fonctionnelles ou RRF. Trente-quatre RRF sont élus par les membres réguliers et civils de la GRC pour un mandat de deux ans et ils exercent cette fonction à temps plein. Le programme compte de plus 150 sous-représentants à temps partiel, qui sont élus, mais qui continuent d’exercer leurs fonctions courantes pendant leur mandat.

[14] The SRRP is organized regionally and divisionally (generally corresponding to a province or territory) to align with the RCMP's nation-wide structure. The National Caucus is the collective body of elected SRRs. Regional Caucuses comprise all SRRs in a region, while Divisional Caucuses comprise all SRRs and sub-representatives in a province or territory. Regional and Divisional Caucuses provide the formal point of contact between membership and regional and divisional management.

[15] The National Executive Committee ("NEC") is the governing body of the SRRP, as well as the presiding body of the National Caucus. The National Caucus elects two SRRs to fulfill a three-year term as full-time members of the NEC. In addition, one SRR is elected to the NEC by each of the five Regional Caucuses for a one-year term. The two full-time members of the NEC are the formal point of contact for the National Caucus with the national management of the RCMP (Commissioner, senior management, and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness). As such, they attend meetings of the RCMP's Senior Executive Committee, where strategic decisions are made.

[16] To fully understand the SRRP's role and function, it is necessary, as the application judge and the Court of Appeal did, to take a step back and review the history of labour relations at the RCMP and the origins of the SRRP. As we shall see, the SRRP has undergone a number of changes since its inception. None of them, however, has substantially altered its purpose, place or function within the RCMP chain of command.

#### A. *Origins of the Staff Relations Representative Program*

[17] RCMP members were forbidden from unionizing for much of the last century. From 1918 to 1974, *all* associational activities were prohibited on pain of instant dismissal, by virtue of Orders in Council P.C. 1918-2213 and later P.C. 174/1981 (1945). This policy was believed to be necessary to

[14] Le PRRF est organisé en régions et en divisions (qui correspondent pour ainsi dire aux provinces et aux territoires) de manière à refléter la structure de la GRC à l'échelle nationale. Son Caucus national est formé de l'ensemble des RRF. Les caucus régionaux comprennent tous les RRF d'une région, tandis que les caucus divisionnaires regroupent tous les RRF et sous-représentants d'une province ou d'un territoire. Les caucus régionaux et divisionnaires agissent comme point de contact officiel entre les membres et la direction régionale et divisionnaire.

[15] Le Comité exécutif national (« CEN ») constitue l'organe directeur du PRRF. En outre, il préside le Caucus national. Ce dernier élit deux RRF qui siègent à temps plein au CEN pour un mandat de trois ans, tandis qu'un RRF est élu par chacun des cinq caucus régionaux pour y siéger durant un mandat d'un an. Les deux membres à temps plein du CEN agissent comme point de contact officiel entre le Caucus national et la direction nationale de la GRC (le commissaire, la haute direction et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile). À ce titre, ils participent aux réunions de l'État-major supérieur de la GRC, lieu de prises des décisions stratégiques.

[16] Pour bien comprendre le rôle et la fonction du PRRF, il faut revenir sur l'histoire des relations de travail à la GRC et sur les origines du PRRF, comme l'ont fait le juge saisi de la demande et la Cour d'appel. Comme nous le verrons, le PRRF a connu plusieurs changements depuis sa création. Cependant, aucun d'entre eux n'a eu pour effet de modifier sensiblement l'objectif qu'il poursuit, son rôle ou ses fonctions au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

#### A. *Origines du Programme de représentants des relations fonctionnelles*

[17] Pendant une grande partie du siècle dernier, il était interdit aux membres de la GRC de se syndiquer. Entre 1918 et 1974, les décrets C.P. 1918-2213 et plus tard C.P. 174/1981 (1945) interdisaient *toute* activité associative, sous peine de congédiement immédiat. Cette politique était jugée nécessaire pour

preserve the loyalty of RCMP members and their obedience to superior orders, which could have been disturbed by allegiance to fellow workers: *Delisle*, at paras. 92-96, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting.

[18] Collective bargaining in the federal public service in Canada was implemented in 1967, with the adoption of the *Public Service Staff Relations Act*, S.C. 1966-67, c. 72 (“PSSRA”). Members of the RCMP were excluded from bargaining under that Act, as they continue to be excluded under the *PSLRA*. Prior to the enactment of the *PSSRA* in 1967, a committee struck by the government to examine whether and how to implement collective bargaining in the federal public service had expressed concerns related to loyalty and obedience within the Force. The concerns were of the same nature as the ones which had led to Orders in Council prohibiting all associational activities by RCMP members. In what is known as the Heeney Report, the committee recommended excluding RCMP members from the labour relations regime proposed by it: *Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service* (1965), at p. 27; *Delisle*, at paras. 97-98, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting. The Woods Report of 1968, however, recommended that federal law enforcement officials have the right to organize and engage in collective bargaining, subject to certain limitations (*Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1969), at para. 440).

[19] Later, in the early 1970s, dissatisfaction within the RCMP led members to take steps towards the formation of a members’ association to advance their interests (J. F. Hardy and A. Ponak, “Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police” (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87, at pp. 89-90). An exploratory committee was established in 1972 in the hopes of establishing an association, and, by early 1974, well-attended meetings to consider forming an association were being held in Montréal, Toronto, Ottawa, Vancouver, and smaller

garantir la loyauté des membres de la GRC et leur obéissance aux ordres de leurs supérieurs, et ainsi éviter les conflits qu’aurait pu provoquer leur allégeance à la cause d’autres travailleurs (*Delisle*, par. 92-96, les juges Cory et Iacobucci, dissidents).

[18] L’existence d’un régime de négociation collective dans la fonction publique au Canada remonte à 1967, avec l’adoption de la première version de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, c. 72 (« première *LRTFP* »). Cette loi excluait les membres de la GRC du régime de négociation collective, un principe maintenu par la *LRTFP* actuelle. Avant l’adoption de la première *LRTFP* en 1967, le comité mis sur pied par le gouvernement pour examiner l’opportunité et la manière de mettre en œuvre un régime de négociation collective dans la fonction publique fédérale avait exprimé des inquiétudes sur la loyauté et l’obéissance au sein de la Gendarmerie. Le comité exprimait alors des préoccupations similaires à celles qui avaient mené à la prise des décrets interdisant aux membres de la GRC de se livrer à des activités associatives. Dans ce qui est connu sous le nom de Rapport Heeney, le comité recommandait l’exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail qu’il proposait (*Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique* (1965), p. 27; *Delisle*, par. 97-98, les juges Cory et Iacobucci, dissidents). Le Rapport Woods de 1968 proposait toutefois d’accorder aux agents fédéraux responsables de l’application de la loi le droit de s’associer et de négocier collectivement, sous réserve de certaines limites (*Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1969), par. 440).

[19] Plus tard, au début des années 1970, le mécontentement qui se faisait sentir au sein de la GRC a incité ses membres à entreprendre de former une association pour défendre leurs intérêts (J. F. Hardy et A. Ponak, « Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police » (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87, p. 89-90). Un comité exploratoire a été créé en 1972 dans l’espoir de créer une association, et, au début de l’année 1974, des rencontres sur l’opportunité de constituer une association, qui ont attiré un grand nombre de participants, ont eu lieu à



centres (*SRR Challenge 2000 Review: Final Report* (January 2003), at pp. 10-11). In or around the same time, RCMP management began to show greater openness to members' concerns. The then-Commissioner began a series of annual meetings with members' representatives from each division. It is worth noting that those "representatives" were in some cases elected by the members, but in most cases, were simply appointed by their commanding officers and mandated to attend meetings in addition to their other full-time duties. Consultation occurred, but no agreement was reached on the issues that were raised.

[20] In May 1974, newly appointed RCMP Commissioner Maurice Jean Nadon met with representatives of RCMP members and proposed a plan to formalize labour relations within the RCMP. A referendum was held on the plan, and it was approved by members in all divisions except "C" Division (Quebec), where it was rejected. The Division Staff Relations Representative Program ("DSRRP") was, accordingly, implemented by Commissioner's Standing Order, which formed the program's legal basis from 1974 to 2003 (*Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)* (repealed by *Commissioner's Standing Orders Repealing the Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representatives Program)*, SOR/2003-325)). It featured full-time, elected representatives and it was to be funded by Divisional Commanding Officers from within divisional budgets. The DSRRP was led by a program director appointed by the RCMP Commissioner.

[21] The program was progressively implemented within the RCMP. In 1987, a joint committee composed of management representatives and Division Staff Relations Representatives ("DSRRs") was formed to review the program. It concluded that many features of the labour relations plan proposed by the Commissioner in 1974 had never been

Montréal, à Toronto, à Ottawa, à Vancouver et dans de petits centres (*Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final* (janvier 2003), p. 10-11). À la même époque, la direction de la GRC a commencé à manifester plus d'ouverture à l'égard des préoccupations des membres et le commissaire alors en poste a entamé une série de réunions annuelles avec les représentants des membres de chaque division. Il convient toutefois de souligner que, si ces « représentants » étaient dans certains cas élus par les membres, ils étaient, dans la plupart des cas, simplement nommés par leur commandant et devaient participer aux réunions en plus d'exercer leurs fonctions à temps plein. Des consultations eurent ainsi lieu, mais aucune entente ne fut conclue sur les questions soulevées.

[20] En mai 1974, le nouveau commissaire, Maurice Jean Nadon, a rencontré les représentants des membres de la GRC et a proposé un plan en vue d'établir un régime formel de relations de travail au sein de la GRC. Le plan a fait l'objet d'un référendum et les membres de toutes les divisions l'approuvèrent, sauf la Division « C » (du Québec). Le Programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles (« PRDRF ») a donc été mis en œuvre par les Consignes du commissaire, qui en ont constitué le fondement juridique de 1974 à 2003 (*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* (abrogées par les *Consignes du commissaire abrogeant les Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)*, DORS/2003-325)). Le programme comptait des représentants élus qui exerçaient leurs fonctions à temps plein et devait être financé par les commandants divisionnaires à même les budgets de division. Le PRDRF était dirigé par un directeur nommé par le commissaire de la GRC.

[21] Le programme a été mis en œuvre progressivement au sein de la GRC. En 1987, un comité mixte composé de représentants de la direction et de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles (« RDRF ») a été formé pour en faire l'examen. Ce comité a conclu que de nombreux éléments du plan de relations de travail proposé par

formally implemented, and were in fact unknown to many RCMP members. At the recommendation of the committee, a chapter dedicated to the DSRRP was then inserted in the RCMP administration manual as a first step towards the program's formal recognition.

#### B. *The SRR Challenge 2000 Review*

[22] In 1999, a review of the inadequacies and shortcomings of the DSRRP was undertaken, partly in response to the constitutional challenge in *Delisle*. The SRR Challenge 2000 Review was the first review of the program to be undertaken at the initiative of the DSRRs. The Caucus of the DSRRP approached the Commissioner to discuss three key principles: independence and accountability; consultation and efficiency; and exclusive agency and caucus discipline (*SRR Challenge 2000 Review: Final Report*, at pp. 29-32).

[23] The SRR Challenge 2000 Review triggered two changes to the functioning of the program (whose name was changed to the SRRP and whose members are known as SRRs). The first change was the adoption by the SRRs of the SRRP Constitution as a governance scheme to replace Commissioner's Standing Orders that had until that time governed the program. The Constitution formalized matters such as the purpose of the program, its composition and its organization. The second change was the execution of the Agreement by the RCMP Commissioner and the NEC of the SRRP. Both changes were implemented in 2002.

[24] As a result of these changes, the Government of Canada repealed the redundant *Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*. However, some Commissioner's Standing Orders and provisions of the RCMP administrative manual remained in place, to cover matters not addressed by the SRRP Constitution. For instance, s. 3(b) of the *Commissioner's Standing Orders (Representation)*, 1997, SOR/97-399, still limits the member representatives' rights to represent members in grievances, proceedings, preparations

le commissaire en 1974 n'avaient jamais été officiellement appliqués et que, en fait, les membres de la GRC en ignoraient même l'existence. Par suite de la recommandation du comité, un chapitre sur le PRDRF a alors été incorporé au Manuel d'administration de la GRC; il s'agissait d'une première étape vers une reconnaissance formelle de ce programme.

#### B. *L'Examen Défi 2000 du programme des RRF*

[22] En 1999, un examen des lacunes du PRDRF a été entrepris par suite, notamment, de la contestation constitutionnelle dans l'affaire *Delisle*. L'Examen Défi 2000 était le premier examen du programme entrepris à l'initiative des RDRF. Le caucus du PRDRF a communiqué avec le commissaire pour discuter de trois principes clés : l'indépendance et l'obligation de rendre compte, la consultation et l'efficacité, ainsi que le statut d'unique agent négociateur et la discipline au sein du Caucus (*Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final*, p. 29-32).

[23] L'Examen Défi 2000 a provoqué deux changements dans le fonctionnement du programme (dont le nom a été changé pour le PRRF et dont les membres portent le titre de RRF). Le premier a été l'adoption par les RRF des Statuts du PRRF à titre de régime de gouvernance pour remplacer les Consignes du commissaire qui avaient jusqu'alors régi le programme. Les Statuts ont officialisé, entre autres, l'objet du programme, sa composition et son organisation. Le deuxième a été la signature de l'entente par le commissaire de la GRC et le CEN du PRRF. Ces deux changements sont survenus en 2002.

[24] Par suite de ces changements, le gouvernement du Canada a abrogé les *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* devenues redondantes. Cependant, certaines des Consignes du Commissaire et des dispositions du Manuel d'administration de la GRC sont demeurées en vigueur, car elles couvrent des sujets non abordés dans les Statuts du PRRF. Par exemple, l'al. 3b) des *Consignes de 1997 du commissaire (représentation)*, DORS/97-399, limite encore le droit des représentants des membres d'agir

or appeals under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, where that representation “could impair the efficiency, administration or good government of the Force”.

[25] Undoubtedly, the SRR Challenge 2000 Review increased the independence afforded to the SRRP. Pursuant to the Agreement, the NEC now names the SRR Program Director. It also administers its annual budget. However, the reform left the SRRP largely unchanged with respect to its role within the RCMP chain of command.

#### IV. The Present Constitutional Challenge

[26] The current challenge to the SRRP and *PSLRA* was commenced in May 2006. The appellants’ application was heard in the Ontario Superior Court of Justice by MacDonnell J., who rendered his decision before this Court’s judgment in *Fraser*: (2009), 96 O.R. (3d) 20. Applying the then-existing framework, he concluded that s. 96 of the *RCMP Regulations* substantially interfered with freedom of association because (i) the SRRP is not an independent association formed or chosen by members of the RCMP, and (ii) the interaction between the SRRP and management could not reasonably be described as a process of collective bargaining.

[27] The Court of Appeal for Ontario (Doherty, Rosenberg and Juriansz JJ.A.), in a decision rendered after this Court’s decision in *Fraser*, reversed MacDonnell J.’s decision: 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268. The court, per Juriansz J.A., focused on *Fraser*’s description of collective bargaining as a “derivative right” (para. 109, citing *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815) and concluded that “a positive obligation to engage in good faith collective bargaining will only be imposed on an employer when it is effectively impossible for the workers to act collectively to achieve workplace goals” (para. 111).

au nom de ces derniers lors des griefs, des procédures, de la préparation d’observations ou d’appels visés par la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10, lorsque la représentation « pourrait nuire à l’efficacité et à la bonne administration de la Gendarmerie ».

[25] Il ne fait aucun doute que l’Examen Défi 2000 a permis de rendre le PRRF plus indépendant. En effet, conformément à l’entente, le CEN nomme désormais le directeur du PRRF et administre le budget annuel du programme. Toutefois, la réforme n’a eu que peu d’incidence sur le rôle du PRRF au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

#### IV. La présente contestation constitutionnelle

[26] La présente contestation du PRRF et de la *LRTFP* actuelle a été engagée en mai 2006. La demande des appelantes a été entendue par le juge MacDonnell de la Cour supérieure de justice de l’Ontario, qui a rendu sa décision avant que notre Cour se prononce dans l’affaire *Fraser* : (2009), 96 O.R. (3d) 20. Après avoir appliqué le cadre d’analyse alors reconnu, le juge MacDonnell a conclu que l’art. 96 du *Règlement de la GRC* entravait substantiellement la liberté d’association, parce que (i) le PRRF ne constituait pas une association indépendante formée ou choisie par les membres de la GRC, et que (ii) l’interaction entre le PRRF et la direction ne pouvait pas être raisonnablement qualifiée de processus de négociation collective.

[27] Dans un jugement postérieur à l’arrêt *Fraser* de notre Cour, la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Rosenberg et Juriansz) a infirmé la décision du juge MacDonnell (2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268). La Cour d’appel, sous la plume du juge Juriansz, s’est concentrée sur la notion de « droit dérivé », terme employé par notre Cour dans l’arrêt *Fraser* pour décrire la négociation collective (par. 109, citant *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers’ Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815), et a conclu que [TRADUCTION] « l’obligation positive de s’engager de bonne foi dans une négociation collective ne sera imposée à l’employeur que s’il est effectivement impossible pour les employés d’agir collectivement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail » (par. 111).

[28] The Court of Appeal held that it is not “effectively impossible” for RCMP members to meaningfully exercise their s. 2(d) right (para. 121) because of (1) the existence of voluntary associations such as the appellants; (2) the members’ Legal Fund, which assists members; and (3) the SRRP. The Court of Appeal recognized that the SRRP was “created by regulation”, was “not institutionally independent”, and did not allow members of the RCMP to choose “a bargaining agent in a Wagner labour regime” (para. 128). It nevertheless concluded that RCMP members could act collectively through the SRRP to pursue workplace issues in a meaningful way. Accordingly, it held that the current labour relations scheme does not breach s. 2(d) of the *Charter*.

#### V. Issues

[29] On February 20, 2013, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does para. (d) of the definition of “employee” at s. 2(1) of *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[28] La Cour d’appel a estimé qu’il n’est pas « effectivement impossible » pour les membres de la GRC d’exercer véritablement leur droit garanti par l’al. 2d) (par. 121) en raison de l’existence : (1) d’associations volontaires telles que les appelantes; (2) du Fonds de recours juridique qui fournit de l’assistance à ses membres; et (3) du PRRF. La Cour d’appel a reconnu que le PRRF a été [TRADUCTION] « créé par règlement », qu’il n’était pas « indépendant d’un point de vue institutionnel » et qu’il ne permettait pas aux membres de la GRC de choisir « un agent négociateur dans un régime de relations de travail de type Wagner » (par. 128). Elle a néanmoins conclu que les membres de la GRC pouvaient agir collectivement au moyen du PRRF, et ainsi faire valoir, de façon utile, toute préoccupation relative à leurs conditions de travail. En conséquence, selon la Cour d’appel, le régime actuel de relations de travail ne violait pas l’al. 2d) de la *Charte*.

#### V. Questions en litige

[29] Le 20 février 2013, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L’article 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361, viole-t-il l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, viole-t-il l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

## VI. Analysis

### A. *Evolution of Section 2(d) Jurisprudence Toward a Purposive and Contextual Approach*

[30] The jurisprudence on freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* — which developed mainly with respect to labour relations (J. Fudge, “Freedom of Association”, in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), 527, at pp. 527-28) — falls into two broad periods. The first period is marked by a restrictive approach to freedom of association. The second period gradually adopts a generous and purposive approach to the guarantee.

[31] In what has come to be known as the Labour Trilogy, a majority of this Court held that s. 2(d) does not protect the right to bargain collectively or the right to strike: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

[32] The reasoning is set out most fully in the three opinions issued in the *Alberta Reference*. There Le Dain J., in brief reasons supported by Beetz and La Forest JJ., endorsed an interpretation of s. 2(d) that would protect “the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal” (p. 391). However, he described collective bargaining and the right to strike as “modern rights” created by statute, and hence not protected by s. 2(d) (*ibid.*).

[33] McIntyre J. reached the same conclusion, but for somewhat different reasons. In his view, freedom of association rested on the following proposition: “. . . the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others” (p. 395). Accordingly, McIntyre J. held that freedom

## VI. Analyse

### A. *Évolution de la jurisprudence sur l’al. 2d) vers une interprétation téléologique et contextuelle*

[30] La jurisprudence sur la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte* — qui s’est principalement développée en matière de relations de travail (J. Fudge, « Freedom of Association », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5<sup>e</sup> éd. 2013), 527, p. 527-528) — se divise en deux périodes importantes. La première s’est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d’association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l’objet de la garantie constitutionnelle.

[31] Dans ce qu’on appelle désormais la « trilogie en droit du travail », la Cour a conclu à la majorité que l’al. 2d) ne garantit ni le droit de négocier collectivement ni celui de faire la grève (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460).

[32] Le raisonnement sous-tendant cette conclusion est expliqué en détail par les trois opinions formulées dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*. Dans de brefs motifs, auxquels ont souscrit les juges Beetz et La Forest, le juge Le Dain a retenu une interprétation de l’al. 2d) qui protégeait « la liberté de travailler à la constitution d’une association, d’appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l’objet d’une peine ou de représailles » (p. 391). Toutefois, il a qualifié le droit de négocier collectivement et de faire la grève de « droits contemporains » créés par la loi et, partant, non protégés par l’al. 2d) (*ibid.*).

[33] Le juge McIntyre a conclu de la même manière, mais pour des motifs quelque peu différents. À son avis, la liberté d’association reposait sur la proposition selon laquelle : « . . . pour l’individu, la réalisation de certains objectifs par l’exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l’aide et la coopération d’autrui » (p. 395). Par

of association protected a right to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual:

The only basis on which it is contended that the *Charter* enshrines a right to strike is that of freedom of association. Collective bargaining is a group concern, a group activity, but the group can exercise only the constitutional rights of its individual members on behalf of those members. If the right asserted is not found in the *Charter* for the individual, it cannot be implied for the group merely by the fact of association. It follows as well that the rights of the individual members of the group cannot be enlarged merely by the fact of association. [pp. 398-99]

[34] After reviewing six possible approaches to the scope of s. 2(d), McIntyre J. concluded that freedom of association encompassed the right to form and join associations, the right to exercise other constitutional freedoms collectively, and the right to do in concert with others what an individual may lawfully do alone (p. 409). On the particular question before the Court, he found that an individual could not lawfully refuse to work, and that there was no individual equivalent of a strike conducted in accordance with labour legislation (p. 410). Accordingly, he concluded that the right to strike was not protected (p. 412).

[35] Dickson C.J., dissenting (Wilson J. concurring), would have allowed the appeal. He identified three possible approaches to s. 2(d). The first, which he termed the “constitutive” approach, protects the freedom to belong to or form an association (p. 362). The second, the “derivative” approach, goes beyond the constitutive approach to protect associational activity that relates specifically to other constitutional freedoms enumerated in s. 2 (p. 364). Dickson C.J. rejected these alternatives as too restrictive and opted for a third approach. In his view, a purposive approach to freedom of association was needed. He identified the purpose and scope of s. 2(d) as follows, at pp. 365-66:

conséquent, selon lui, la liberté d’association garantissait le droit de s’adonner collectivement à des activités protégées par la Constitution pour chaque individu :

La liberté d’association est le seul motif invoqué à l’appui de la prétention que la *Charte* consacre le droit de grève. La négociation collective constitue une affaire de groupe, une activité de groupe, mais le groupe ne peut exercer, au nom de ses membres, que les droits constitutionnels dont ils jouissent individuellement. Si le droit revendiqué n’est pas prévu par la *Charte* au profit de l’individu, il ne saurait exister implicitement pour le groupe du simple fait de l’association. Il s’ensuit aussi que les droits dont jouissent individuellement les membres du groupe ne sauraient être élargis du simple fait de l’association. [p. 398-399]

[34] Après avoir examiné six interprétations possibles de la portée de l’al. 2d), le juge McIntyre a conclu que la liberté d’association englobait le droit de constituer une association et d’y adhérer, le droit d’exercer collectivement d’autres libertés constitutionnelles et celui d’accomplir de concert avec d’autres ce que l’individu peut licitement accomplir seul (p. 409). À propos de la question particulière dont la Cour était saisie, il a estimé qu’un individu ne peut licitement refuser de travailler et qu’il n’existait pas d’équivalent individuel à la grève menée conformément à la législation en matière de travail (p. 410). Il a donc décidé que le droit de faire la grève n’était pas garanti par la Constitution (p. 412).

[35] Le juge en chef Dickson, dissident (avec l’appui de la juge Wilson), était d’avis d’accueillir le pourvoi. Il a relevé trois approches pouvant être appliquées à l’al. 2d). La première, qu’il a appelée l’approche « constitutive », protégerait la liberté d’appartenir à une association ou de la constituer (p. 362). La deuxième, l’approche « déductive », irait au-delà de l’approche constitutive et viserait à protéger les actes de l’association qui sont liés précisément à d’autres libertés constitutionnelles énumérées à l’art. 2 (p. 364). Le juge en chef Dickson a écarté ces approches parce qu’elles étaient trop restrictives. À son avis, il fallait adopter une troisième approche et aborder la liberté d’association sous l’angle téléologique ou de l’objet visé. Il a exposé comme suit l’objet et la portée de l’al. 2d) :

The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends. . . .

As social beings, our freedom to act with others is a primary condition of community life, human progress and civilized society. Through association, individuals have been able to participate in determining and controlling the immediate circumstances of their lives, and the rules, mores and principles which govern the communities in which they live. . . .

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. . . .

What freedom of association seeks to protect is not association activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage.

[36] Dickson C.J. recognized as a starting point that s. 2(d) protected the right to do collectively what one may do as an individual. But he would also have held that the *Charter* protected some collective activities that have no true individual equivalents, including the right to strike.

[37] The approach to freedom of association endorsed by the majority in the Labour Trilogy was affirmed three years later in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (“*PIPSC*”). In that case, the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974,

À mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d’association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l’individu contre tout isolement imposé par l’état dans la poursuite de ses fins. . . .

En tant qu’êtres sociaux, notre liberté d’agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d’une société civilisée. En s’associant, les individus ont été en mesure de participer à la détermination et au contrôle des conditions immédiates de leur vie et des règles, mœurs et principes qui régissent les collectivités dans lesquelles ils vivent. . . .

La liberté d’association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l’individu risque d’être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L’association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d’atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. . . .

Ce que la liberté d’association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l’association en tant qu’activités particulières, mais la liberté des individus d’interagir avec d’autres êtres humains, de les aider et d’être aidés par eux dans les diverses activités qu’ils choisissent d’exercer. [p. 365-366]

[36] Le juge en chef Dickson a reconnu, comme point de départ, que l’al. 2d) protégeait le droit de faire collectivement ce qu’il est permis de réaliser comme individu. Il était toutefois également d’avis que la *Charte* protégeait certaines activités collectives qui n’avaient pas d’équivalent individuel, notamment le droit de faire la grève.

[37] L’interprétation de la liberté d’association qu’ont adoptée les juges majoritaires dans la trilogie en droit du travail a été confirmée trois ans plus tard dans l’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »). Cette

c. P-13, subjected the employees' choice of bargaining agent to approval by the legislature of the Northwest Territories. Like the present appeal, *PIPSC* involved a challenge to a labour relations scheme that imposed a framework for collective bargaining on a group of public service employees, limiting their ability to represent themselves through a freely chosen association. But the association itself remained entirely independent from management (p. 408).

[38] The seven judges who heard the case wrote five separate opinions. The majority agreed with Sopinka J. who concluded that s. 2(d) protected only the ability to form and join unions, but did not protect the right to collective bargaining. Famously, he outlined four principles concerning the scope of s. 2(d) drawn from the *Alberta Reference*, at p. 402:

... first, that s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(d) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(d) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(d) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

[39] Sopinka J.'s disposition of the case was supported by Dickson C.J., La Forest J. and L'Heureux-Dubé J., but only L'Heureux-Dubé J. endorsed the third and fourth propositions as limiting principles under s. 2(d). Dickson C.J. and La Forest J. each found that the appeal could be resolved by application of the Labour Trilogy's conclusion that s. 2(d) did not protect collective bargaining, without deciding the broader question of its scope.

[40] Cory J. (Wilson and Gonthier JJ. concurring), dissented on the scope of freedom of association. In his view, freedom of association permits individuals

affaire portait sur la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, qui subordonnait le choix d'un agent négociateur par les employés à l'approbation de la législature des Territoires du Nord-Ouest. Tout comme en l'espèce, la Cour était alors saisie d'une contestation relative à un régime de relations de travail qui imposait un cadre de négociation collective à un groupe de fonctionnaires et qui limitait ainsi leur capacité d'être représentés par l'intermédiaire d'une association librement choisie. Cela dit, l'association comme telle demeurait tout à fait indépendante de la direction (p. 408).

[38] Les sept juges qui ont entendu le pourvoi ont rédigé cinq opinions distinctes. Les juges majoritaires ont convenu avec le juge Sopinka qui a conclu que l'al. 2d) protégeait uniquement la capacité de constituer un syndicat et d'y adhérer, et non le droit de négocier collectivement. Il a en outre formulé comme suit, à la p. 402, sa célèbre description des quatre principes dégagés du *Renvoi relatif à l'Alberta* sur la portée de l'al. 2d) :

... premièrement, l'al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2d) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2d) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

[39] Le juge en chef Dickson ainsi que les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont souscrit au dispositif du juge Sopinka, mais seule la juge L'Heureux-Dubé a confirmé l'effet restrictif des troisième et quatrième principes au regard de la portée de l'al. 2d). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont conclu, dans des motifs distincts, que le pourvoi pouvait être tranché en appliquant la conclusion formulée dans la trilogie en droit du travail selon laquelle l'al. 2d) ne protégeait pas la négociation collective, sans se prononcer sur la question plus large de sa portée.

[40] Le juge Cory (avec l'accord des juges Wilson et Gonthier) était dissident sur la portée de la liberté d'association. À son avis, cette liberté permet aux



to work together for the purpose of achieving common goals. This freedom is fundamental to a free and democratic society and extends into the workplace. He succinctly stated one aspect of freedom of association in the workplace:

Whenever people labour to earn their daily bread, the right to associate will be of tremendous significance. Wages and working conditions will always be of vital importance to an employee. It follows that for an employee the right to choose the group or association that will negotiate on his or her behalf with regard to those wages and working conditions is of fundamental importance. The association will play a very significant role in almost every aspect of the employee's life at work, acting as advisor, as spokesperson in negotiations, and as a shield against wrongful acts of the employer. If collective bargaining is to function properly, employees must have confidence in their representative. That confidence will be lost if the individual employee is unable to choose the association. [Emphasis added; p. 380.]

[41] To recap, and notwithstanding noteworthy dissents, the majority of this Court in this early period maintained a narrow view of freedom of association, which protected only the bare formation of the association and the collective exercise of individual freedoms. This view prevailed for some time. Outside the labour relations context, the same approach was applied in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157. And in the labour relations context, this approach resulted in the majority of this Court holding that the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* did not violate s. 2(d) in the 1999 case of *Delisle*.

[42] Parallel to these cases, the Court considered the “negative” aspect of freedom of association — the freedom not to associate: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; affirmed in *Bernard*

individus de collaborer pour réaliser des objectifs communs. Il s'agit d'un droit fondamental dans une société libre et démocratique et il s'applique dans le contexte du travail. Le juge Cory a exposé brièvement un des aspects de la liberté d'association dans ce contexte :

Partout où des personnes travaillent pour gagner leur vie, le droit d'association a une importance énorme. Le salaire et les conditions de travail auront toujours une importance vitale pour un employé. Il s'ensuit que pour un employé, le droit de choisir le groupe ou l'association qui négociera pour son compte ce salaire et ces conditions de travail a une importance fondamentale. L'association jouera un rôle très important dans à peu près tous les aspects de la vie de l'employé dans son lieu de travail, en faisant fonction de conseiller, de porte-parole dans les négociations et de rempart contre les actes illicites de l'employeur. Pour que les négociations collectives donnent des résultats, les employés doivent avoir confiance en leurs représentants. Cette confiance n'existera pas si l'employé à titre individuel n'est pas en mesure de choisir l'association. [Nous soulignons; p. 380.]

[41] Pour résumer, et malgré des dissidences notables, on peut affirmer que, pendant cette première période, les juges majoritaires de la Cour ont donné à la liberté d'association une interprétation étroite qui ne protégeait que la simple constitution de l'association et l'exercice collectif des libertés individuelles. Cette interprétation a prédominé pendant un certain temps. Ainsi, dans un contexte autre que celui des relations de travail, elle a été appliquée dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Puis, de nouveau dans le domaine des relations de travail, elle a amené les juges majoritaires de la Cour à conclure, dans l'arrêt *Delisle* rendu en 1999, que l'exclusion des membres de la GRC de l'application de la première *LRTFP* ne portait pas atteinte à l'al. 2d).

[42] Parallèlement aux affaires mentionnées précédemment, la Cour a examiné « l'envers » de la liberté d'association, soit celle de ne pas s'associer : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC

*v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13, [2014] 1 S.C.R. 227. But, *Lavigne* and *Advance Cutting* are significant because they applied a purposive approach to s. 2(d). In *Lavigne*, at p. 318, La Forest J. suggested that, in keeping with democratic ideals, the guarantee of freedom of association should be interpreted as protecting “the individual’s potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it”. (See also *Lavigne*, at p. 344, per McLachlin J.; and *Advance Cutting*, at paras. 15-17, per Bastarache J., and at paras. 170-71, per LeBel J.) Both judgments emphasized the importance of a purposive interpretation of s. 2(d).

[43] These cases marked the beginning of a more generous, purposive approach to s. 2(d) — an approach that was resoundingly affirmed in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016. In that case, agricultural workers challenged their exclusion from the collective bargaining regime created by the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A. Bastarache J., for the majority, began his analysis with a review of the existing case law, concluding that Sopinka J.’s four principles could not capture all of the potential scope of s. 2(d). Justice Bastarache wrote, at para. 16:

In my view, while the four-part test for freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(d). In particular, there will be occasions where a given activity does not fall within the third and fourth rules set forth by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, but where the state has nevertheless prohibited that activity solely because of its associational nature. These occasions will involve activities which (1) are not protected under any other constitutional freedom, and (2) cannot, for one reason or another, be understood as the lawful activities of individuals.

[44] This renewed focus on the collective aspect of freedom of association and on its purposive

70, [2001] 3 R.C.S. 209; confirmé par *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227. Or, les arrêts *Lavigne* et *Advance Cutting* sont importants parce qu’ils ont appliqué à l’al. 2d) l’interprétation téléologique. Dans *Lavigne*, le juge La Forest a suggéré que, conformément aux idéaux démocratiques, la garantie de la liberté d’association devrait être interprétée de manière à protéger « la possibilité pour l’individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l’association volontaire la développera » (p. 318). (Voir aussi *Lavigne*, p. 344, la juge McLachlin; et *Advance Cutting*, par. 15-17, le juge Bastarache, et par. 170-171, le juge LeBel.) Les deux arrêts ont souligné l’importance de donner une interprétation téléologique à l’al. 2d).

[43] Ces décisions ont marqué l’amorce du virage de la Cour vers une interprétation plus généreuse et fondée sur l’objet visé de l’al. 2d), interprétation confirmée de manière catégorique dans l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016. Dans cette affaire, des travailleurs agricoles contestaient leur exclusion du régime de négociation collective créé par la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l’Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache a commencé son analyse par un examen de la jurisprudence et a conclu que les quatre principes énoncés par le juge Sopinka ne rendaient pas compte de toute la portée potentielle de l’al. 2d). Le juge Bastarache a écrit ces commentaires, au par. 16 :

À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d’association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d’activités protégées par l’al. 2d). En particulier, il y a des cas où une activité n’est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l’État l’interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s’agit d’activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d’un individu.

[44] En raison de l’importance accrue qui avait été accordée à l’aspect collectif de la liberté d’association

interpretation led to the express recognition of a s. 2(d) right to collective bargaining in *Health Services*. All seven judges who heard that appeal agreed that a purposive interpretation of s. 2(d) required constitutional protection for the right of employees to engage in a process of collective bargaining:

Based on the principles developed in *Dunmore* and in this historical and international perspective, the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment.

(Para. 89, per McLachlin C.J. and LeBel J.; see also para. 174, per Deschamps J.)

[45] Finally, in *Fraser*, this Court reaffirmed that s. 2(d) confers the right to a process of collective bargaining, understood as meaningful association in pursuit of workplace goals. This process includes the employees' rights to join together, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith:

What s. 2(d) guarantees in the labour relations context is a meaningful process. A process which permits an employer not even to consider employee representations is not a meaningful process. . . . Without such a process, the purpose of associating in pursuit of workplace goals would be defeated, resulting in a significant impairment of the exercise of the right to freedom of association. One way to interfere with free association in pursuit of workplace goals is to ban employee associations. Another way, just as effective, is to set up a system that makes it impossible to have meaningful negotiations on workplace matters. [para. 42]

[46] In summary, after an initial period of reluctance to embrace the full import of the freedom of association guarantee in the field of labour relations,

et à son interprétation téléologique, l'arrêt *Health Services* a expressément reconnu que l'al. 2d) garantit le droit de négocier collectivement. Les sept juges qui ont entendu ce pourvoi ont tous convenu que, selon une interprétation téléologique de l'al. 2d), le droit des employés de participer à un processus de négociation collective devait bénéficier d'une protection constitutionnelle :

Selon les principes élaborés dans *Dunmore* et dans cette perspective historique et internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.

(Par. 89, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel; voir aussi le par. 174, la juge Deschamps.)

[45] Enfin, dans l'arrêt *Fraser*, la Cour a réaffirmé que l'al. 2d) confère le droit de participer à un processus de négociation collective, c'est-à-dire de former une association véritable en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Ce droit à un processus véritable s'entend des droits des employés de s'associer, de formuler des revendications collectives auprès de l'employeur et de les voir prises en considération de bonne foi :

En effet, [l'al. 2d)] garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable. Dans cette optique, on ne saurait tenir pour véritable un processus qui permet à l'employeur de ne même pas prendre en compte les observations de ses employés. [. . .] À défaut d'un tel processus, l'association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail perd sa raison d'être, ce qui entrave substantiellement l'exercice de la liberté d'association. On peut entraver l'exercice de la liberté d'association voué à la réalisation d'objectifs liés au travail en frappant d'interdiction la formation d'associations d'employés. On peut le faire tout aussi efficacement en établissant un système qui rend impossible la négociation véritable de questions liées au travail. [par. 42]

[46] En résumé, après une période initiale marquée par une réticence à reconnaître toute la portée de la liberté d'association en matière de relations de

the jurisprudence has evolved to affirm a generous approach to that guarantee. This approach is centred on the purpose of encouraging the individual's self-fulfillment and the collective realization of human goals, consistent with democratic values, as informed by "the historical origins of the concepts enshrined" in s. 2(d): *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

B. *Defining the Scope of the Section 2(d) Guarantee*

(1) A Purposive, Generous and Contextual Approach

[47] As is the case with other *Charter* rights, the jurisprudence establishes that s. 2(d) must be interpreted in a purposive and generous fashion, having regard to "the larger objects of the *Charter* . . . , to the language chosen to articulate the . . . freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*": *Big M Drug Mart*, at p. 344. In a phrase, in order to determine whether a restriction on the right to associate violates s. 2(d) by offending its purpose, we must look at the associational activity in question in its full context and history. Neither the text of s. 2(d) nor general principles of *Charter* interpretation support a narrow reading of freedom of association.

[48] This interpretative approach to freedom of association is consistent with the approach to other basic rights connected with human activities and needs. The scope of freedom of religion, for example, is derived from its history and the range of activities to which it applies — holding, proclaiming and transmitting beliefs in the bosom of a secular state (R. Moon, "Freedom of Conscience and Religion", in Mendes and Beaulac, 339). Similarly, the scope of freedom of expression is defined by the different forms it takes and the different interests it protects — including, notably, "the quest for truth, self-fulfillment, and an embracing marketplace of ideas": *Saskatchewan (Human Rights Commission)*

travail, la jurisprudence a évolué vers une approche généreuse de cette liberté. Cette approche visait essentiellement à encourager l'épanouissement individuel et la réalisation collective des objectifs humains, dans le respect des valeurs démocratiques, à la lumière des « origines historiques des concepts enchâssés » dans l'al. 2d) (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344).

B. *Définir la portée du droit garanti par l'al. 2d)*

(1) Une interprétation téléologique, généreuse et contextuelle

[47] Comme dans le cas d'autres droits protégés par la *Charte*, la jurisprudence a établi que l'al. 2d) doit recevoir une interprétation généreuse et téléologique, qui tient compte des « objectifs plus larges de la *Charte* [. . .], des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, [. . .] du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M Drug Mart*, p. 344). Bref, pour déterminer si une restriction au droit d'association viole l'al. 2d) du fait qu'elle contrevient à l'objet de cette disposition, nous devons considérer l'activité associative en cause dans son contexte global et en fonction de son histoire. En effet, ni le libellé de l'al. 2d) ni les principes généraux d'interprétation de la *Charte* ne favorisent une lecture restrictive de la liberté d'association.

[48] Cette interprétation de la liberté d'association correspond à celle donnée à d'autres droits fondamentaux relatifs aux activités et aux besoins de l'être humain. La portée de la liberté de religion, par exemple, tient à son historique et à la gamme d'activités auxquelles elle s'applique — avoir, manifester et transmettre des croyances au sein d'un État laïc (R. Moon, « Freedom of Conscience and Religion », dans Mendes et Beaulac, 339). De même, la portée de la liberté d'expression se définit par ses différentes manifestations et les intérêts divers qu'elle protège — notamment, « la recherche de la vérité, [. . .] l'épanouissement personnel ou [. . .] la tenue d'un débat d'idées riche et ouvert » (le juge

v. *Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 171, per Rothstein J. for the Court; see also *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 766; P. B. Schabas, “The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b)”, in R. Gilliland, ed., *The Charter at Thirty* (2012), 1; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 1060. An activity-based contextual approach is equally essential for freedom of association. Freedom of association, like the other s. 2 freedoms — freedom of expression, conscience and religion, and peaceful assembly — protects rights fundamental to Canada’s liberal democratic society.

[49] Freedom of association is not derivative of these other rights. It stands as an independent right with independent content, essential to the development and maintenance of the vibrant civil society upon which our democracy rests.

[50] The purposes underlying *Charter* rights and freedoms may be framed at varying levels of abstraction. At the broadest level, a purposive interpretation must be consistent with the “larger objects of the *Charter*”, including “basic beliefs about human worth and dignity” and the maintenance of “a free and democratic political system”: *Big M Drug Mart*, at pp. 344 and 346; see also *Health Services*, at para. 81. At the same time, however, while *Charter* rights and freedoms should be given a broad and liberal interpretation, a purposive analysis also requires courts to consider the most concrete purpose or set of purposes that underlies the right or freedom in question, based on its history and full context. That is the task to which we now turn with respect to s. 2(d).

Rothstein au nom de la Cour dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 171; voir aussi *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 766; P. B. Schabas, « The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b) », dans R. Gilliland, dir., *The Charter at Thirty* (2012), 1; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1060). Il est tout aussi essentiel d’adopter une interprétation contextuelle fondée sur les activités visées à l’égard de la liberté d’association. À l’instar des autres libertés garanties par l’art. 2 — la liberté d’expression, la liberté de conscience et de religion, et la liberté de réunion pacifique —, la liberté d’association protège des droits de nature fondamentale dans une société libérale et démocratique que forme le Canada.

[49] Le droit d’association ne représente pas un droit simplement dérivé des autres droits et libertés garantis par la Constitution. Au contraire, il constitue un droit distinct doté d’un contenu autre, un droit essentiel au développement et au maintien de la société civile dynamique sur laquelle repose notre démocratie.

[50] Par ailleurs, les objectifs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte* peuvent atteindre divers niveaux d’abstraction. Au niveau le plus élevé, une interprétation téléologique doit être compatible avec les « objectifs plus larges de la *Charte* », y compris les « convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l’être humain » et le maintien d’un « système politique libre et démocratique » (*Big M Drug Mart*, p. 344 et 346; voir aussi *Health Services*, par. 81). Cela dit, s’il faut certes donner aux droits et libertés protégés par la *Charte* une interprétation large et libérale, une analyse téléologique exige aussi que les tribunaux examinent l’objectif le plus concret — ou l’ensemble des objectifs les plus concrets — qui sous-tend le droit ou la liberté en cause, eu égard à son historique et à son contexte global. C’est la tâche à laquelle nous allons maintenant nous livrer au sujet de l’al. 2d).

(2) The Content of Section 2(d) Protection

[51] In his dissenting reasons in the *Alberta Reference*, Dickson C.J. identified three possible approaches to the interpretation of s. 2(d) — constitutive, derivative and purposive. We conclude that s. 2(d) protects each of the aspects of freedom of association with which these approaches are concerned.

[52] The narrowest approach, the “constitutive”, would protect only the bare right to belong to or form an association. The state would thus be prohibited from interfering with individuals meeting or forming associations, but would be permitted to interfere with the *activities* pursued by the associations people form. This protection, while narrow, is not trivial; history is replete with examples of states that have banned associations or prevented people from associating, either absolutely or in terms of restrictions on the number of people who can associate for a particular purpose.

[53] The “derivative” approach would protect not only the right to associate, but also the right to associational *activity* that specifically relates to other constitutional freedoms. This approach prevails in the United States, where freedom of association is recognized insofar as it supports other constitutional rights, like freedom of religion and the political rights. Beyond this, however, associational activities would not be constitutionally protected.

[54] The purposive approach, adopted by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, defines the content of s. 2(d) by reference to the purpose of the guarantee of freedom of association: “. . . to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends” (*Alberta Reference*, at p. 365). The object of Dickson C.J.’s words is a concrete one, not an abstract expression of a desire for a better life. Elaborating on this interpretive approach, Dickson C.J. states that the purpose

(2) Le contenu de la protection conférée par l’al. 2d)

[51] Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge en chef Dickson, dissident, a énoncé trois approches possibles quant à l’interprétation de l’al. 2d) : l’approche constitutive, l’approche déductive et l’approche téléologique. Nous concluons que l’al. 2d) protège chacun des aspects de la liberté d’association visés par ces approches.

[52] L’approche la plus restrictive, soit l’approche « constitutive », ne protège que le simple droit d’appartenir à une association ou de la constituer. L’État n’aurait donc pas le droit d’empêcher les gens de se réunir ou de constituer des associations, mais il pourrait intervenir dans les *activités* exercées par les associations ainsi formées. Cette protection, bien qu’étroite, n’est pas négligeable. L’histoire donne de nombreux exemples d’États qui ont interdit les associations ou empêché les citoyens de s’associer, soit de façon absolue, soit en restreignant le nombre de personnes autorisées à se regrouper dans un but précis.

[53] L’approche « déductive » protège non seulement le droit de s’associer, mais aussi celui d’exercer des *activités* associatives qui s’attachent expressément à d’autres libertés constitutionnelles. Cette approche est appliquée aux États-Unis, où la liberté d’association est reconnue dans la mesure où elle renforce d’autres droits constitutionnels comme la liberté de religion et les droits politiques. Sous cette réserve, les activités associatives ne jouissent pas d’une protection constitutionnelle.

[54] L’approche téléologique, adoptée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, définit le contenu de l’al. 2d) au regard de l’objet de la protection du droit d’association, soit de : « . . . reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et [de] protéger l’individu contre tout isolement imposé par l’État dans la poursuite de ses fins » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 365). L’objet auquel réfère le juge en chef Dickson est concret; il ne correspond pas à l’expression abstraite d’un désir d’une vie meilleure. Lorsqu’il a

of the freedom of association encompasses the protection of (1) individuals joining with others to form associations (the constitutive approach); (2) collective activity in support of other constitutional rights (the derivative approach); and (3) collective activity that enables “those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict”: *Alberta Reference*, at p. 366.

[55] The purposive approach thus recognizes that freedom of association is empowering, and that we value the guarantee enshrined in s. 2(d) because it empowers groups whose members’ individual voices may be all too easily drowned out. This conclusion is rooted in “the historical origins of the concepts enshrined” in s. 2(d) (*Big M Drug Mart*, at p. 344).

[56] The historical emergence of association as a fundamental freedom — one which permits the growth of a sphere of civil society largely free from state interference — has its roots in the protection of religious minority groups: M. Walzer, “The Concept of Civil Society”, in M. Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society* (1995), 7, at p. 20. More recent history also illustrates how the freedom to associate has contributed to the women’s suffrage and gay rights movements: J. D. Inazu, *Liberty’s Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly* (2012), at p. 45; and D. Carpenter, “Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale*: A Tripartite Approach” (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.

[57] Historically, those most easily ignored and disempowered as individuals have staked so much on freedom of association precisely because association was the means by which they could gain a voice in society. As Dickson C.J. put it in the *Alberta Reference*:

exploré plus en détail cette interprétation, le juge en chef Dickson a précisé que l’objet de la liberté d’association englobe la protection (1) de la capacité des individus de se joindre à d’autres pour former des associations (l’approche constitutive); (2) de l’activité collective à l’appui d’autres droits constitutionnels (l’approche déductive); et (3) de l’activité collective qui permet à « ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagiss[ent] et, peut-être même, entr[ent] en conflit » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 366).

[55] L’approche téléologique reconnaît donc que la liberté d’association est constitutive de pouvoirs. En effet, nous attachons de l’importance à la garantie inscrite à l’al. 2d) parce qu’elle accorde des pouvoirs à des groupes dont les membres, pris individuellement, pourraient trop facilement ne pas réussir à se faire entendre. Cette conclusion se fonde sur les « origines historiques des concepts enchâssés » à l’al. 2d) (*Big M Drug Mart*, p. 344).

[56] L’émergence historique du droit d’association en tant que liberté fondamentale — une liberté qui permet à une sphère de la société civile de se développer largement à l’abri de l’ingérence de l’État — puise son origine dans la protection des minorités religieuses (M. Walzer, « The Concept of Civil Society », dans M. Walzer, dir., *Toward a Global Civil Society* (1995), 7, p. 20). L’histoire plus récente illustre également l’apport de la liberté d’association au vote des femmes et aux mouvements en faveur des droits des homosexuels (J. D. Inazu, *Liberty’s Refuge : The Forgotten Freedom of Assembly* (2012), p. 45; et D. Carpenter, « Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale* : A Tripartite Approach » (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515).

[57] Si les personnes les plus facilement ignorées et désavantagées ont toujours misé autant sur la liberté d’association, c’est précisément parce que l’association est le moyen de faire entendre leur voix dans la société. Comme l’a affirmé le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* :

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. [Emphasis added; pp. 365-66.]

[58] This then is a fundamental purpose of s. 2(d) — to protect the individual from “state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends”: *Alberta Reference*, at p. 365. The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society.

[59] The flip side of the purposive approach to freedom of association under s. 2(d) is that the guarantee will not necessarily protect all associational activity. Section 2(d) of the *Charter* is aimed at reducing social imbalances, not enhancing them. For this reason, some collective activity lies outside the *Charter*’s protection. For example, associational activity that constitutes violence is not protected by s. 2(d): *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 107.

[60] Whether there are other categories of activity in addition to violence that are by their very nature entirely excluded from s. 2(d) protection need not be canvassed here. It suffices to note that a purposive interpretation of s. 2(d) confers *prima facie* protection on a broad range of associational activity, subject to limits justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

La liberté d’association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l’individu risque d’être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L’association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d’atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. [Nous soulignons; p. 365-366.]

[58] Un des objets fondamentaux de l’al. 2d) est donc de protéger l’individu contre « tout isolement imposé par l’État dans la poursuite de ses fins » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 365). Cette garantie permet de protéger les individus contre des entités plus puissantes. En s’unissant pour réaliser des objectifs communs, des personnes sont capables d’empêcher des entités plus puissantes de faire obstacle aux buts et aux aspirations légitimes qu’elles peuvent avoir. Le droit à la liberté d’association confère donc certains pouvoirs aux groupes vulnérables et les aide à corriger les inégalités au sein de la société. Il protège ainsi les groupes marginalisés et favorise la formation d’une société plus équitable.

[59] L’application de l’approche téléologique à la liberté d’association garantie par l’al. 2d) a toutefois pour revers que cette garantie ne protégera pas nécessairement toutes les activités associatives. En effet, puisque cette disposition vise à réduire les inégalités sociales, et non à les accentuer, certaines activités collectives échappent à la protection de la *Charte*. C’est le cas, par exemple, des activités associatives violentes (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107).

[60] En l’espèce, il n’est pas nécessaire de déterminer si, en plus de la violence, d’autres catégories d’activités sont entièrement exclues de la protection conférée par l’al. 2d) en raison de leur nature même. Il suffit de souligner qu’une interprétation téléologique de l’al. 2d) protège à première vue un vaste éventail d’activités associatives, sous réserve des limites justifiées au regard de l’article premier de la *Charte*.



[61] The nature of a given associational activity and its relation to the underlying purpose of s. 2(d) may also be relevant to the s. 1 analysis, in the same way that the nature of particular expression is relevant in s. 2(b) cases. For instance, as Rothstein J. explains in *Whatcott*, at paras. 112 and 114:

Violent expression and expression that threatens violence does not fall within the protected sphere of s. 2(b) of the *Charter*: *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at para. 70. However, apart from that, not all expression will be treated equally in determining an appropriate balancing of competing values under a s. 1 analysis. That is because different types of expression will be relatively closer to or further from the core values behind the freedom, depending on the nature of the expression. This will, in turn, affect its value relative to other *Charter* rights, the exercise or protection of which may infringe freedom of expression.

Hate speech is at some distance from the spirit of s. 2(b) because it does little to promote, and can in fact impede, the values underlying freedom of expression. As noted by Dickson C.J. in *Keegstra*, expression can be used to the detriment of the search for truth (p. 763). As earlier discussed, hate speech can also distort or limit the robust and free exchange of ideas by its tendency to silence the voice of its target group. It can achieve the self-fulfillment of the publisher, but often at the expense of that of the victim. These are important considerations in balancing hate speech with competing *Charter* rights . . . [Emphasis added.]

[62] Section 2(d), we have seen, protects associational activity for the purpose of securing the individual against state-enforced isolation and empowering individuals to achieve collectively what they could not achieve individually. It follows that the associational rights protected by s. 2(d) are not

[61] La nature de l'activité associative et sa relation à l'objet sous-jacent de l'al. 2d) peuvent également devenir pertinentes pour les besoins d'une analyse fondée sur l'article premier, tout comme la nature d'une forme particulière d'expression l'est dans les affaires pertinentes relatives à l'al. 2b). À titre d'exemple, comme l'a expliqué le juge Rothstein dans *Whatcott* :

L'alinéa 2b) de la *Charte* ne protège pas l'écrit ou le discours qui exprime la violence ou la menace de recourir à la violence : *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 70. À cette exception près, les écrits et les discours ne seront pas traités sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre des valeurs concurrentes dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Cette situation tient au fait que, selon leur nature, les divers types d'écrits et de discours se rapprochent ou s'éloignent relativement des valeurs fondamentales à la base de la liberté, ce qui à son tour influe sur la valeur de l'écrit ou du discours en question par rapport aux autres droits garantis par la *Charte* dont l'exercice ou la protection peut porter atteinte à la liberté d'expression.

Le propos haineux est quelque peu éloigné de l'esprit de l'al. 2b) parce qu'il contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et qu'il peut en fait les entraver. Le juge en chef Dickson a fait observer dans l'arrêt *Keegstra* qu'un écrit ou un discours peut être utilisé au détriment de la recherche de la vérité (p. 763). Comme nous l'avons déjà expliqué, le propos haineux peut également fausser ou restreindre l'échange sain et libre d'idées en raison de sa tendance à réduire au silence les membres du groupe visé. Il peut permettre à son auteur de s'épanouir, mais il le fait souvent aux dépens de la victime. Il s'agit là de considérations importantes lorsqu'on recherche l'équilibre entre le discours haineux et les droits opposés garantis par la *Charte* . . . [Nous soulignons; par. 112 et 114.]

[62] Comme nous l'avons vu, l'al. 2d) protège l'activité associative afin de prémunir les individus contre l'isolement provoqué par l'État et de leur permettre de réaliser collectivement ce qu'ils ne pourraient pas accomplir seuls. En conséquence, les droits d'association protégés par l'al. 2d) ne

merely a bundle of individual rights, but collective rights that inhere in associations. L'Heureux-Dubé J. put it well in *Advance Cutting*:

In society, there is an element of synergy when individuals interact. The mere addition of individual goals will not suffice. Society is more than the sum of its parts. Put another way, a row of taxis do not a bus make. An arithmetic approach to *Charter* rights fails to encompass the aspirations imbedded in it. [para. 66]

[63] It has been suggested that collective rights should not be recognized because they are inconsistent with the *Charter's* emphasis on individual rights, and because this would give groups greater rights than individuals. In our view, neither criticism is well founded.

[64] First, the *Charter* does not exclude collective rights. While it generally speaks of individuals as rights holders, its s. 2 guarantees extend to groups. The right of peaceful assembly is, by definition, a group activity incapable of individual performance. Freedom of expression protects both listeners and speakers: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 28. The right to vote is meaningless in the absence of a social context in which voting can advance self-government: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 31. The Court has also found that freedom of religion is not merely a right to hold religious opinions but also an individual right to establish communities of faith (see *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567). And while this Court has not dealt with the issue, there is support for the view that “the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection” of freedom of religion (*Hutterian Brethren*, at para. 131, per Abella J., dissenting, citing *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII (First Section), at para. 118). See also

constituent pas simplement un ensemble de droits individuels, mais également des droits collectifs inhérents aux associations. La juge L'Heureux-Dubé a rappelé avec justesse dans *Advance Cutting* :

L'interaction des individus entraîne un élément de synergie dans la société. La simple addition d'objectifs individuels ne suffit pas. La société est plus que la somme de ses parties. Autrement dit, une rangée de taxis n'équivaut pas à un autobus. L'application d'une méthode mathématique à l'égard des droits garantis par la *Charte* ne tient pas compte des aspirations qu'elle enchâsse. [par. 66]

[63] On a soutenu que les droits collectifs ne devraient pas être reconnus parce qu'ils seraient incompatibles avec la *Charte*, qui met l'accent sur les droits individuels, et parce que les groupes bénéficieraient ainsi de droits plus étendus que les individus. À notre avis, aucun de ces arguments n'est fondé.

[64] D'abord, la *Charte* n'exclut pas les droits collectifs. Bien que les titulaires de droit auxquels elle renvoie soient en général des particuliers, les garanties prévues par l'art. 2 s'appliquent également aux groupes. La liberté de réunion pacifique vise, par définition, une activité collective qui n'est pas susceptible d'être accomplie par une seule personne. La liberté d'expression protège tant les auditeurs que les orateurs (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 28). Le droit de vote ne signifie rien sans un contexte social où son exercice peut favoriser la gouvernance démocratique (*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 31). La Cour a également reconnu que la liberté de religion ne se limite pas au droit de posséder des croyances religieuses, mais qu'elle inclut aussi le droit individuel d'établir des communautés organisées autour d'une même foi (voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). Bien que la Cour n'ait pas examiné cette question, un courant de jurisprudence appuie par ailleurs l'idée que « l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se

*Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

[65] It has also been suggested that recognition of a collective aspect to s. 2(d) rights will somehow undermine individual rights and the individual aspect of s. 2(d). We see no basis for this contention. Recognizing group or collective rights complements rather than undercuts individual rights, as the examples just cited demonstrate. It is not a question of *either* individual rights *or* collective rights. Both are essential for full *Charter* protection.

[66] In summary, s. 2(d), viewed purposively, protects three classes of activities: (1) the right to join with others and form associations; (2) the right to join with others in the pursuit of other constitutional rights; and (3) the right to join with others to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities.

C. *The Right to a Meaningful Collective Bargaining Process*

[67] Applying the purposive approach just discussed to the domain of labour relations, we conclude that s. 2(d) guarantees the right of employees to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals, affirming the central holdings of *Health Services* and *Fraser*. This guarantee includes a right to collective bargaining. However, that right is one that guarantees a process rather than an outcome or access to a particular model of labour relations.

trouve donc au cœur même de la protection » de la liberté de religion (*Hutterian Brethren*, par. 131, la juge Abella, dissidente, citant *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII (1<sup>re</sup> Section), par. 118). Voir aussi *Serbian Eastern Orthodox Diocese c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

[65] On a également laissé entendre que la reconnaissance d'aspects collectifs aux droits protégés par l'al. 2d) porterait en quelque sorte atteinte aux droits individuels eux-mêmes ainsi qu'à l'aspect individuel de cette disposition. Cette prétention est dépourvue de tout fondement. La reconnaissance des droits collectifs complète, mais n'efface pas, les droits individuels, comme le démontrent les exemples que nous venons de citer. Il ne s'agit pas de reconnaître *soit* les droits individuels *soit* les droits collectifs. Ces deux catégories de droits sont essentielles pour que la *Charte* puisse offrir une protection complète.

[66] En résumé, considéré en fonction de son objet, l'al. 2d) protège trois catégories d'activités : (1) le droit de s'unir à d'autres et de constituer des associations; (2) le droit de s'unir à d'autres pour exercer d'autres droits constitutionnels; et (3) le droit de s'unir à d'autres pour faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force d'autres groupes ou entités.

C. *Le droit à un processus véritable de négociation collective*

[67] Après avoir appliqué l'approche téléologique que nous venons d'examiner au contexte des relations du travail, nous reconnaissons que l'al. 2d) garantit le droit des employés de véritablement s'associer en vue de réaliser des objectifs collectifs relatifs aux conditions de travail. Ce constat confirme les conclusions fondamentales tirées dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*. Cette protection inclut un droit de négocier collectivement. Ce droit garantit toutefois un processus plutôt qu'un résultat ou que l'accès à un modèle particulier de relations de travail.

[68] Just as a ban on employee association impairs freedom of association, so does a labour relations process that substantially interferes with the possibility of having meaningful collective negotiations on workplace matters. Without the right to pursue workplace goals collectively, workers may be left essentially powerless in dealing with their employer or influencing their employment conditions. This idea is not new. As the United States Supreme Court stated in *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:

Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment . . . . [Emphasis added.]

[69] Similarly, this Court recently affirmed the importance of freedom of expression in redressing the imbalance inherent in the employer-employee relationship in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at paras. 31-32:

A person's employment and the conditions of their workplace can inform their identity, emotional health, and sense of self-worth . . . .

Free expression in the labour context can also play a significant role in redressing or alleviating the presumptive imbalance between the employer's economic power and the relative vulnerability of the individual worker . . . . It is through their expressive activities that unions are able to articulate and promote their common interests, and, in the event of a labour dispute, to attempt to persuade the employer. [Citations omitted.]

[70] The same reasoning applies to freedom of association. As we have seen, s. 2(d) functions to

[68] Tout comme l'interdiction pour des employés de s'associer, le modèle de relations de travail qui entrave substantiellement la possibilité d'engager de véritables négociations collectives sur des questions relatives au travail porte atteinte à la liberté d'association. Les employés privés du droit de poursuivre collectivement des objectifs relatifs aux conditions de travail pourraient se retrouver essentiellement impuissants dans leurs échanges avec leur employeur ou pour influencer leurs conditions d'emploi. L'idée n'est pas nouvelle. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a souligné dans l'arrêt *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) :

[TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuné quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste . . . [Nous soulignons; p. 33.]

[69] De même, dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, la Cour a récemment confirmé l'importance de la liberté d'expression dans l'élimination de l'inégalité inhérente à la relation employeur-employé :

L'emploi d'une personne et ses conditions de travail sont susceptibles de façonner son identité, sa santé psychologique et sa perception de sa valeur personnelle . . . .

Dans le contexte du travail, la liberté d'expression peut également jouer un rôle important pour éliminer ou atténuer l'inégalité présumée entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur [. . .] C'est grâce à leurs activités expressives que les syndicats sont en mesure de formuler et de promouvoir leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, de tenter d'infléchir l'employeur. [Renvois omis; par. 31-32.]

[70] Le même raisonnement s'applique à la liberté d'association. Comme nous l'avons vu, l'al. 2d)

prevent individuals, who alone may be powerless, from being overwhelmed by more powerful entities, while also enhancing their strength through the exercise of collective power. Nowhere are these dual functions of s. 2(d) more pertinent than in labour relations. Individual employees typically lack the power to bargain and pursue workplace goals with their more powerful employers. Only by banding together in collective bargaining associations, thus strengthening their bargaining power with their employer, can they meaningfully pursue their workplace goals.

[71] The right to a meaningful process of collective bargaining is therefore a necessary element of the right to collectively pursue workplace goals in a meaningful way (*Health Services; Fraser*). Yet a process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. As this Court stated in *Health Services*: “One of the fundamental achievements of collective bargaining is to palliate the historical inequality between employers and employees . . .” (para. 84). A process that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining by reducing employees’ negotiating power is therefore inconsistent with the guarantee of freedom of association enshrined in s. 2(d).

[72] The balance necessary to ensure the meaningful pursuit of workplace goals can be disrupted in many ways. Laws and regulations may restrict the subjects that can be discussed, or impose arbitrary outcomes. They may ban recourse to collective action by employees without adequate countervailing protections, thus undermining their bargaining power. They may make the employees’ workplace goals impossible to achieve. Or they may set up a process that the employees cannot effectively control or influence. Whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve,

visé à la fois à empêcher que des personnes — qui, isolées, demeureraient impuissantes — soient opprimées par des entités plus puissantes et à accroître leur influence par l’exercice d’un pouvoir collectif. Or, cette double fonction de l’al. 2d) ne peut être plus évidente que dans le cadre des relations de travail. En effet, les employés, agissant individuellement, ne disposent habituellement pas du pouvoir de négocier et de poursuivre des objectifs relatifs à leurs conditions de travail avec un employeur plus puissant. Seul le regroupement en association en vue de négocier collectivement — qui augmente ainsi leur pouvoir de négociation — permet à des employés de poursuivre véritablement leurs objectifs relatifs à leurs conditions de travail.

[71] Le droit à un processus véritable de négociation collective constitue donc un élément nécessaire du droit de poursuivre collectivement et de manière véritable des objectifs relatifs au travail (*Health Services; Fraser*). Un processus de négociation collective n’aura toutefois pas un caractère véritable s’il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. Comme l’a affirmé la Cour dans *Health Services*, « un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective est de pallier l’inégalité qui a toujours existé entre employeur et employés . . . » (par. 84). Ainsi, le mécanisme qui porte substantiellement atteinte à un processus véritable de négociation collective en réduisant le pouvoir de négociation des employés ne respecte pas la liberté d’association garantie par l’al. 2d).

[72] L’équilibre nécessaire à la poursuite véritable d’objectifs relatifs au travail peut être rompu de maintes façons. Des lois et des règlements peuvent restreindre les sujets susceptibles de faire l’objet de négociation ou imposer des résultats arbitraires. Ils peuvent interdire l’action collective des employés sans offrir de mesures de protection adéquate en compensation et réduire ainsi leur pouvoir de négociation. Ils peuvent rendre impossible la réalisation des objectifs des employés relatifs aux conditions de travail. Ou encore, des lois et des règlements pourraient établir un processus que les employés seraient incapables de contrôler ou d’influencer. Quelle que soit la nature de la restriction, il faut

so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining: *Health Services*, at para. 90.

[73] Against this conception, the Attorney General of Canada, relying on *Fraser*, argues that collective bargaining is at best a “derivative right” from the basic or “core” right to associate (the constitutive approach). It follows, according to the Attorney General, that collective bargaining is protected only if state action makes it *effectively impossible* to associate for workplace matters. Here that impossibility is lacking, the Attorney General asserts, because the SRRP process is a means by which RCMP members can associate for workplace purposes. The Court of Appeal accepted this position. We disagree. We will address the terms “effectively impossible” and “derivative right” in turn.

[74] The reference in *Fraser* to the effective impossibility of achieving workplace goals must be understood with reference to the legislative schemes at issue. For instance, in discussing *Dunmore*, the majority in *Fraser* explained that Bastarache J. had “concluded that the absence of legislative protection for farm workers to organize in order to achieve workplace goals made meaningful association to achieve workplace goals impossible and therefore constituted a substantial interference with the right to associate guaranteed by s. 2(d) of the Charter” (para. 31 (emphasis added)). Similarly, the majority in *Fraser* explained that the legislation impugned in *Health Services* — legislation that unilaterally nullified terms concerning seniority and lay-offs in existing collective agreements and precluded future bargaining over those matters — “rendered the meaningful pursuit of [workplace] goals impossible and effectively nullified the right to associate of its employees” (para. 38).

essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective (*Health Services*, par. 90).

[73] À l'encontre de cette conception, le procureur général du Canada soutient, en se fondant sur l'arrêt *Fraser*, que la négociation collective est tout au plus un « droit dérivé » du droit fondamental ou « essentiel » de s'associer (l'approche constitutive). Il s'ensuit, selon lui, que la négociation collective n'est protégée que si l'acte de l'État rend *effectivement impossible* l'association en vue de régler des questions relatives au travail. En l'espèce, affirme le procureur général, cette impossibilité n'existe pas, parce que le PRRF constitue un moyen pour les membres de s'associer à des fins relatives au travail. La Cour d'appel a accepté cette thèse. Nous ne sommes pas d'accord. Nous examinerons maintenant à tour de rôle les termes « effectivement impossible » et « droit dérivé ».

[74] La mention dans *Fraser* de l'impossibilité effective de réaliser des objectifs relatifs au travail doit être interprétée eu égard aux régimes législatifs en cause. À titre d'exemple, lorsqu'ils se sont penchés sur l'arrêt *Dunmore*, les juges majoritaires dans *Fraser* ont expliqué que le juge Bastarache avait « décid[é] [. . .] que l'omission du législateur de protéger les travailleurs agricoles désireux de s'associer pour réaliser des objectifs liés au travail rend[ait] à toutes fins utiles impossible l'association à cette fin et entrav[ait] de ce fait substantiellement l'exercice du droit garanti à l'al. 2d) de la Charte » (par. 31 (nous soulignons)). De même, les juges majoritaires dans *Fraser* ont souligné que la loi contestée dans *Health Services* — une loi qui annulait unilatéralement certaines conditions relatives à l'ancienneté et à la mise en disponibilité dans des conventions collectives existantes et qui interdisait toute négociation ultérieure sur ces questions — « rend[ait] impossible la poursuite véritable [d']objectifs [relatifs au travail] et [. . .] supprim[ait] dans les faits le droit de ses employés de s'associer » (par. 38).

[75] These passages from *Fraser* and *Health Services* use terms like “impossible” and “effectively nullified” to describe the effect of legislative schemes (including legislative exclusions), not the legal test for infringement of s. 2(d). Explaining the reasoning in *Dunmore*, the majority in *Fraser* states that: “The effect of a process that renders impossible the meaningful pursuit of collective goals is to substantially interfere with the exercise of the right to free association . . .” (para. 33 (emphasis in original)). In *Fraser*, the majority further explains that there cannot “be any doubt that legislation (or the absence of a legislative framework) that makes achievement” of collective workplace goals “substantially impossible, constitutes a limit on the exercise of freedom of association” (para. 32 (emphasis added)). It is clear that such passages do not adopt “substantial impossibility” as the threshold test for finding an infringement of freedom of association. Rather, the passages demonstrate that the majority in *Fraser* adopts substantial interference as the *legal test* for infringement of freedom of association.

[76] Dissenting in the case at bar, Rothstein J. highlights the fact that the majority reasons in *Fraser* “referred to the test of impossibility — either effective or substantial impossibility — *no less than 12 times*, tracing its origins in the decisions of *Dunmore* and *Health Services* . . . see *Fraser*, at paras. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 and 98” (para. 213 (emphasis in original)). In virtually every case (see paras. 31-33, 38, 42, 46-48, 62 and 98), the “impossibility” in question refers explicitly to the effect of legislation or the absence of a legislative framework. A test of substantial interference or substantial impairment is also explicitly stated as the standard for finding a s. 2(d) infringement at paras. 31, 33, 47-48 and 62. Finally, the majority in *Fraser* reaffirmed the holding in *Health Services* that “[t]he fundamental inquiry is whether the state action would *substantially impair* the ability of ‘union

[75] Dans ces passages des arrêts *Fraser* et *Health Services*, la Cour utilise des termes comme « impossible » et « supprimer dans les faits » pour décrire l’effet de certains régimes législatifs (notamment les exclusions prévues par la loi) et non pas le critère juridique permettant de conclure à une violation de l’al. 2d). En expliquant le raisonnement suivi dans *Dunmore*, les juges majoritaires dans *Fraser* ont affirmé que « [l]e processus qui rend impossible la poursuite véritable d’objectifs collectifs a pour effet d’entraver substantiellement l’exercice du droit de libre association . . . » (par. 33 (en italique dans l’original)). Comme l’ont expliqué en outre les juges majoritaires dans *Fraser*, on ne peut « douter que la loi (ou l’absence d’un cadre législatif) qui rendait essentiellement impossible » l’atteinte d’objectifs collectifs relatifs au travail « restreignait l’exercice de la liberté d’association » (par. 32 (nous soulignons)). Manifestement, de tels passages ne fixent pas comme seuil pour conclure à l’existence d’une atteinte à la liberté d’association, la démonstration qu’il soit « essentiellement impossible » de poser certains gestes. Ces passages démontrent plutôt que les juges majoritaires dans *Fraser* ont adopté le *test juridique* de l’entrave substantielle pour conclure à une atteinte au droit d’association.

[76] En dissidence dans la présente affaire, le juge Rothstein souligne que les juges majoritaires dans *Fraser* « mentionnent le critère de l’impossibilité — substantielle ou effective — *à pas moins de douze reprises*, en en retraçant les origines aux arrêts *Dunmore* et *Health Services* [. . .] (voir *Fraser*, par. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 et 98) » (par. 213 (en italique dans l’original)). Dans presque tous les cas (voir les par. 31-33, 38, 42, 46-48, 62 et 98), l’« impossibilité » renvoie expressément à l’effet de la loi ou à l’absence d’un cadre législatif. Aux paragraphes 31, 33, 47-48 et 62, les juges majoritaires affirment expressément que le critère d’entrave ou d’atteinte substantielle constitue la norme applicable pour conclure à une violation de l’al. 2d). Enfin, les juges majoritaires dans *Fraser* ont confirmé la conclusion de *Health Services* selon laquelle « [l]a question fondamentale en jeu demeure

members to pursue shared goals in concert’ (para. 96 (emphasis added))”: para. 64 (emphasis in original); see *Health Services*, at paras. 92 and 96.

[77] This said, we agree that some of the passages in *Fraser* seem to unnecessarily complicate the analysis by referring to both effective impossibility (as the effect of certain state action) and substantial interference or impairment (as the test for infringement of s. 2(d)). For the reasons just discussed, however, such references should be understood consistently with the majority reasons in *Fraser*, read in their entirety, and with this Court’s precedents in *Dunmore* and *Health Services*. More generally, they must be understood consistently with this Court’s purposive and generous approach to s. 2(d), as explained above.

[78] We turn now to use of the term “derivative right” in *Fraser*. On the Court of Appeal’s interpretation of *Fraser*, the right to a meaningful process of collective bargaining is “derivative” in the sense that it exists only where employees establish that it is effectively impossible for them to act collectively to achieve workplace goals (paras. 110-11 and 135). However, in *Fraser*, the majority explained that “collective bargaining is a derivative right” in the sense that it is “a ‘necessary precondition’ to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association”: para. 66. The majority cited *Criminal Lawyers’ Association* where the Court stated, at para. 30: “Access [to information in government hands] is a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government” (emphasis added). The Court of Appeal understood this to mean that the right to collective bargaining similarly *may arise* as a necessary precondition to meaningful association in the workplace only where some other condition is first met. The Court of Appeal

celle de déterminer si l’acte de l’État *entraverait substantiellement* la capacité des “syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs” (par. 96 (nous soulignons)) » (par. 64 (souligné dans l’original); voir *Health Services*, par. 92 et 96).

[77] Cela dit, nous convenons que certains passages de *Fraser* semblent compliquer inutilement l’analyse en renvoyant à la fois à l’impossibilité effective (en tant qu’effet de certaines mesures gouvernementales) et à l’entrave ou atteinte substantielle (en tant que critère applicable pour conclure à une violation de l’al. 2d)). Cependant, pour les motifs que nous venons d’exposer, ces renvois devraient être interprétés conformément aux motifs des juges majoritaires dans *Fraser*, lus dans leur intégralité, ainsi qu’aux précédents établis par la Cour dans *Dunmore* et *Health Services*. De façon plus générale, leur interprétation doit respecter l’interprétation téléologique et généreuse donnée par la Cour à l’al. 2d), et qui a été expliquée précédemment.

[78] Penchons-nous maintenant sur l’utilisation du terme « droit dérivé » dans *Fraser*. Selon l’interprétation que la Cour d’appel a donnée à cet arrêt, le droit à un processus véritable de négociation collective est un droit « dérivé », en ce sens qu’il n’existe que si les employés établissent qu’il est effectivement impossible pour eux d’agir collectivement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail (par. 110-111 et 135). Or, les juges majoritaires dans *Fraser* ont expliqué que « la négociation collective est un droit dérivé », définie comme « une “condition qui doit nécessairement être réalisée” pour permettre l’exercice véritable de la liberté d’association garantie par la Constitution » : par. 66. À ce propos, ils ont cité l’arrêt *Criminal Lawyers’ Association* où la Cour affirme au par. 30 que : « L’accès [à des renseignements détenus par le gouvernement] est un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu’il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu’il soit possible de s’exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (nous



took that condition to be the effective impossibility of acting collectively to achieve workplace goals.

[79] However, the majority in *Fraser* did not qualify the right to collective bargaining in this way. It held that collective bargaining is “a ‘necessary precondition’ to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association”: para. 66. Similarly, at para. 99, “the right of an employees’ association to make representations to the employer and have its views considered in good faith” is described as “a derivative right under s. 2(d) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association” (emphasis added). To the extent the term “derivative right” suggests that the right to a meaningful process of collective bargaining only applies where the guarantee under s. 2(d) is otherwise frustrated, use of that term should be avoided. Furthermore, any suggestion that an aspect of a *Charter* right may somehow be secondary or subservient to other aspects of that right is out of keeping with the purposive approach to s. 2(d).

[80] To recap, s. 2(d) protects against substantial interference with the right to a meaningful process of collective bargaining. Historically, workers have associated in order “to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict”, namely, their employers: *Alberta Reference*, at p. 366. The guarantee entrenched in s. 2(d) of the *Charter* cannot be indifferent to power imbalances in the labour relations context. To sanction such indifference would be to ignore “the historical origins of the concepts enshrined” in s. 2(d): *Big M Drug Mart*, at p. 344. It follows that the right to a meaningful process of collective bargaining will not be satisfied by a legislative scheme that strips employees of adequate protections in their interactions with management so as

soulignons). Pour la Cour d’appel, cela signifie que le droit de négocier collectivement *peut* de façon similaire *intervenir* comme une condition nécessaire à l’exercice véritable de la liberté d’association au travail seulement si une autre condition est tout d’abord réalisée. De l’avis de la Cour d’appel, cette condition consiste en l’impossibilité effective d’agir collectivement pour réaliser des objectifs relatifs au travail.

[79] Or, les juges majoritaires dans *Fraser* n’ont pas restreint ainsi le droit de négocier collectivement. Pour eux, la négociation collective est « une “condition qui doit nécessairement être réalisée” pour permettre l’exercice véritable de la liberté d’association garantie par la Constitution » (par. 66). De même, au par. 99 : « . . . le droit d’une association d’employés de présenter des observations à l’employeur et de les voir prises en compte de bonne foi » est décrit comme un droit « dérivé de la liberté garantie à l’al. 2d) de la *Charte* et [. . .] nécessaire à l’exercice véritable du droit de libre association » (nous soulignons). Dans la mesure où l’expression « droit dérivé » laisse entendre que le droit à un processus véritable de négociation collective ne s’applique que s’il a été autrement porté atteinte à la garantie prévue à l’al. 2d), il convient de l’éviter. De plus, toute suggestion selon laquelle un aspect d’un droit protégé par la *Charte* serait d’une manière ou d’une autre secondaire ou accessoire à d’autres aspects de ce droit n’est pas compatible avec l’interprétation téléologique de l’al. 2d).

[80] Pour récapituler, l’al. 2d) protège contre une entrave substantielle au droit à un processus véritable de négociation collective. Historiquement, les travailleurs se sont associés pour « faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit », c’est-à-dire leur employeur (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 366). La garantie prévue à l’al. 2d) de la *Charte* ne peut faire abstraction du déséquilibre des forces en présence dans le contexte des relations du travail. Le permettre reviendrait à ne pas tenir compte « des origines historiques des concepts enchâssés » à l’al. 2d) (*Big M Drug Mart*, p. 344). Portera donc atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective tout régime législatif qui prive

to substantially interfere with their ability to meaningfully engage in collective negotiations.

D. *Essential Features of a Meaningful Process of Collective Bargaining Under Section 2(d)*

[81] We have concluded that s. 2(d) protects the right of employees to associate for the purpose of meaningfully pursuing collective workplace goals. The government therefore cannot enact laws or impose a labour relations process that substantially interferes with that right. This raises the question — what are the features essential to a meaningful process of collective bargaining under s. 2(d)? In this section, we conclude that a meaningful process of collective bargaining is a process that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine their collective interests and meaningfully pursue them.

[82] Collective bargaining constitutes a fundamental aspect of Canadian society which “enhances the human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby gain some control over a major aspect of their lives, namely their work” (*Health Services*, at para. 82). Put simply, its purpose is to preserve collective employee autonomy against the superior power of management and to maintain equilibrium between the parties. This equilibrium is embodied in the degree of choice and independence afforded to the employees in the labour relations process.

[83] But choice and independence are not absolute: they are limited by the context of collective bargaining. In our view, the degree of choice required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that enables employees to have effective input into the selection of the collective goals to be advanced by their association. In the same vein, the degree of independence required by the *Charter* for

les employés de protections adéquates dans leurs interactions avec l’employeur de manière à créer une entrave substantielle à leur capacité de véritablement mener des négociations collectives.

D. *Caractéristiques essentielles d’un processus véritable de négociation collective au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 2d)*

[81] Nous avons conclu que l’al. 2d) protège le droit des employés de s’associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail. Le gouvernement ne saurait donc adopter des lois ou imposer un processus de relations de travail qui entrave substantiellement ce droit. Il faut alors rechercher les caractéristiques essentielles d’un processus véritable de négociation collective au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 2d). Dans la présente partie, nous reconnaissons qu’un processus véritable de négociation collective est tel qu’il offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de véritablement les réaliser.

[82] La négociation collective représente un aspect fondamental de la société canadienne qui « favorise la dignité humaine, la liberté et l’autonomie des travailleurs en leur donnant l’occasion d’exercer une influence sur l’adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d’exercer un certain contrôle sur un aspect d’importance majeure de leur vie, à savoir leur travail » (*Health Services*, par. 82). En termes simples, son objectif consiste à protéger l’autonomie collective des employés contre le pouvoir supérieur de l’administration et à maintenir un équilibre entre les parties. Cet équilibre s’établit grâce à la liberté de choix et à l’indépendance accordées aux employés dans le cadre de ce processus de relations de travail.

[83] Cela dit, cette liberté de choix et cette indépendance ne sont pas absolues : elles sont limitées par le contexte de la négociation collective. À notre avis, la liberté de choix requise par la *Charte* à des fins de négociation collective correspond à celle qui permet aux employés de participer véritablement au choix des objectifs collectifs que devra poursuivre leur association. Dans la même

collective bargaining purposes is one that ensures that the activities of the association are aligned with the interests of its members.

[84] In the following subsections, we lay out the theoretical underpinnings of choice and independence and we explain how they are inherent to the nature and purpose of collective bargaining. We then explain how the requirements of choice and independence can be respected by a variety of labour relations models, as long as such models allow collective bargaining to be pursued in a meaningful way.

(1) Choice and Independence Are Inherent to the Nature and Purpose of Collective Bargaining

(a) *Employee Choice*

[85] The function of collective bargaining is not served by a process which undermines employees' rights to choose what is in their interest and how they should pursue those interests. The degree of choice required by the *Charter* is one that enables employees to have effective input into the selection of their collective goals. This right to participate in the collective is crucial to preserve employees' ability to advance their own interests, particularly in schemes which involve trade-offs of individual rights to gain collective strength (J. E. Dorsey, "Individuals and Internal Union Affairs: The Right to Participate", in K. P. Swan and K. E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law* (1983), 193).

[86] Hallmarks of employee choice in this context include the ability to form and join new associations, to change representatives, to set and change collective workplace goals, and to dissolve existing associations. Employee choice may lead to a diversity of associational structures and to competition between associations, but it is a form of exercise of freedom of association that is essential to the existence of employee organizations and to the

veine, l'indépendance exigée par la *Charte* à des fins de négociation collective se définit comme celle qui assure une correspondance entre les activités de l'association et les intérêts de ses membres.

[84] Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons les fondements théoriques de la liberté de choix et de l'indépendance, et nous expliquerons à quel point celles-ci sont inhérentes à la nature et à l'objet de la négociation collective. Nous exposerons ensuite comment cette liberté de choix et cette indépendance peuvent s'inscrire dans les différents modèles de relations du travail, dans la mesure où ils permettent une véritable négociation collective.

(1) La liberté de choix et l'indépendance sont inhérentes à la nature et à l'objectif de la négociation collective

a) *Liberté de choix de l'employé*

[85] L'objectif de la négociation collective n'est pas atteint si le processus qui l'entoure entrave le droit des employés de choisir ce qui est dans leur intérêt et comment ils devraient défendre ce dernier. La liberté de choix requise par la *Charte* doit permettre aux employés de participer réellement au choix de leurs objectifs collectifs. Ce droit de participer au processus collectif s'avère essentiel pour protéger la capacité des employés de faire valoir leurs propres intérêts, surtout dans les régimes où ces derniers sont appelés à faire des compromis sur leurs droits individuels pour accroître leur pouvoir collectif (J. E. Dorsey, « Individuals and Internal Union Affairs : The Right to Participate », dans K. P. Swan et K. E. Swinton, dir., *Studies in Labour Law* (1983), 193).

[86] Parmi les caractéristiques de la liberté de choix des employés dans un tel contexte figurent la capacité de constituer de nouvelles associations et d'y adhérer, celle de changer de représentants, celle d'établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail et celle de dissoudre les associations existantes. Certes, la liberté de choix des employés peut susciter une diversité de structures associatives et une concurrence entre les associations, mais

maintenance of the confidence of members in them (*PIPSC*, at p. 380, per Cory J., in dissent; P. Davies and M. Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), at p. 200).

[87] Accountability to the members of the association plays an important role in assessing whether employee choice is present to a sufficient degree in any given labour relations scheme. Employees choose representatives on the assumption that *their* voice will be conveyed to the employer by the people *they* choose (A. Bogg and K. Ewing, “A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada” (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 379, at p. 405). A scheme that holds representatives accountable to the employees who chose them ensures that the association works towards the purposes for which the employees joined together. Accountability allows employees to gain control over the selection of the issues that are put forward to the employer, and the agreements concluded on their behalf as a result of the process of collective bargaining.

(b) *Independence From Management*

[88] The function of collective bargaining is not served by a process which is dominated by or under the influence of management. This is why a meaningful process of collective bargaining protects the right of employees to form and join associations that are independent of management (*Delisle*, at paras. 32 and 37). Like choice, independence in the collective bargaining context is not absolute. The degree of independence required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that permits the activities of the association to be aligned with the interests of its members.

[89] Just as with choice, independence from management ensures that the activities of the association reflect the interests of the employees, thus respecting the nature and purpose of the collective bargaining process and allowing it to function properly. Conversely, a lack of independence means that

cette forme d’exercice de la liberté d’association est essentielle à l’existence des associations de travailleurs et au maintien de la confiance des membres à l’égard de ces dernières (*IPFPC*, p. 380, le juge Cory, dissident; P. Davies et M. Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3<sup>e</sup> éd. 1983), p. 200).

[87] L’obligation de rendre compte aux membres de l’association joue un rôle important pour apprécier la suffisance de la liberté de choix des employés dans un régime de relations de travail donné. Ces derniers choisissent leurs représentants en tenant pour acquis que *leur* point de vue sera transmis à l’employeur par les gens qu’ils ont choisis (A. Bogg et K. Ewing, « A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada » (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol’y J.* 379, p. 405). Tout régime qui oblige les représentants à rendre compte aux employés qui les ont choisis garantit que l’association travaille à l’atteinte des objectifs pour lesquels les employés se sont associés. L’obligation de rendre compte assure aux employés un meilleur contrôle sur le choix des questions soumises à l’attention de l’employeur et sur les ententes conclues en leur nom à l’issue du processus de négociation collective.

b) *Indépendance à l’égard de la direction*

[88] L’objectif de la négociation collective n’est pas atteint si l’employeur domine ou influence le processus qui l’entoure. C’est pourquoi un processus véritable de négociation collective protège le droit des employés de former des associations qui sont indépendantes de la direction, et d’y adhérer (*Delisle*, par. 32 et 37). À l’instar de la liberté de choix, l’indépendance dans le contexte de la négociation collective n’est pas absolue. L’indépendance requise par la *Charte* aux fins de la négociation collective est celle qui fait correspondre les activités de l’association aux intérêts de ses membres.

[89] Tout comme le choix, l’indépendance à l’égard de l’employeur garantit que les activités de l’association reflètent les intérêts des employés, ce qui respecte la nature et l’objet du processus de négociation collective et en assure le bon fonctionnement. À l’inverse, un manque d’indépendance

employees may not be able to advance their own interests, but are limited to picking and choosing from among the interests management permits them to advance. Relevant considerations in assessing independence include the freedom to amend the association's constitution and rules, the freedom to elect the association's representatives, control over financial administration and control over the activities the association chooses to pursue.

[90] Independence and choice are complementary principles in assessing the constitutional compliance of a labour relations scheme. *Charter* compliance is evaluated based on the *degrees* of independence and choice guaranteed by the labour relations scheme, considered with careful attention to the entire context of the scheme. The degrees of choice and independence afforded should not be considered in isolation, but must be assessed globally always with the goal of determining whether the employees are able to associate for the purposes of meaningfully pursuing collective workplace goals.

[91] We now turn to the practical implications of choice and independence for labour relations models.

(2) Labour Relations Models Must Permit Collective Bargaining to Be Pursued in a Meaningful Way

[92] A variety of labour relations models may provide sufficient employee choice and independence from management to permit meaningful collective bargaining. As discussed, choice and independence are not absolute in the context of collective bargaining. By necessity, a collective framework not only serves employees' interests, but imposes limits on individual entitlements in order to permit the pursuit of collective goals. Collective bargaining is "an exercise in solidarity in which individual interests are not simply aggregated but transformed in the process of democratic deliberation" (J. Fudge, "Introduction: Farm Workers, Collective Bargaining

signifie que les employés ne sont peut-être pas en mesure de faire valoir leurs propres intérêts, mais qu'ils doivent choisir parmi ceux que l'employeur les autorise à défendre. Au nombre des facteurs à considérer dans l'examen de l'indépendance, mentionnons la liberté de modifier l'acte constitutif et les règles de l'association, la liberté de choisir les représentants de celle-ci ainsi que le contrôle sur l'administration financière et sur les activités que l'association décide de mener.

[90] L'indépendance et la liberté de choix forment des règles complémentaires pour déterminer si un régime de relations de travail respecte les exigences de la Constitution. Le respect de la *Charte* s'évalue en fonction des *degrés* d'indépendance et de liberté de choix garantis par le régime de relations de travail, en portant une attention particulière au contexte global du régime. Les degrés de liberté de choix et d'indépendance accordés ne devraient pas être examinés isolément, mais plutôt globalement, toujours dans le but de déterminer si les employés sont en mesure de s'associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail.

[91] Nous examinerons maintenant les conséquences pratiques de la liberté de choix et de l'indépendance sur les modèles de relations de travail.

(2) Les modèles de relations de travail doivent permettre une véritable négociation collective

[92] Divers modèles de relations de travail peuvent offrir aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes à l'égard de l'employeur pour permettre une véritable négociation collective. En effet, comme nous l'avons vu, la liberté de choix et l'indépendance ne sont pas absolues dans le contexte de la négociation collective. Forcément, un cadre collectif sert non seulement les intérêts des employés, mais impose aussi des limites aux droits individuels afin de permettre la poursuite d'objectifs collectifs. La négociation collective demeure [TRADUCTION] « un exercice de solidarité où les intérêts individuels ne sont pas

Rights, and the Meaning of Constitutional Protection”, in F. Faraday, J. Fudge and E. Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case* (2012), 1, at p. 17; see also G. Murray and P. Verge, *La représentation syndicale: visage juridique actuel et futur* (1999), at pp. 2-3; Dorsey, at pp. 195 and 219). As Professor Wellington states: “Accommodating the interests of the dissenter and those of the majority is always difficult. The hallmark of a truly democratic society is its unwillingness to give up easily either majority rule or individual freedom” (*Labor and the Legal Process* (1968), at p. 129).

[93] This Court has consistently held that freedom of association does not guarantee a particular model of labour relations (*Delisle*, at para. 33; *Health Services*, at para. 91; *Fraser*, at para. 42). What is required is not a particular model, but a regime that does not substantially interfere with meaningful collective bargaining and thus complies with s. 2(d) (*Health Services*, at para. 94; *Fraser*, at para. 40). What is required in turn to permit meaningful collective bargaining varies with the industry culture and workplace in question. As with all s. 2(d) inquiries, the required analysis is contextual.

[94] The Wagner Act model of labour relations in force in most private sector and many public sector workplaces offers one example of how the requirements of choice and independence ensure meaningful collective bargaining. That model permits a sufficiently large sector of employees to *choose* to associate themselves with a particular trade union and, if necessary, to decertify a union that fails to serve their needs. The principles of majoritarianism and exclusivity, the mechanism of “bargaining units” and the processes of certification and decertification — all under the supervision of an independent labour relations board — ensure that an employer deals with the association most representative of its employees: G. W. Adams, *Canadian*

simplement regroupés, mais transformés au cours d’un processus de délibération démocratique » (J. Fudge, « Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection », dans F. Faraday, J. Fudge et E. Tucker, dir., *Constitutional Labour Rights in Canada : Farm Workers and the Fraser Case* (2012), 1, p. 17; voir aussi G. Murray et P. Verge, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur* (1999), p. 2-3; Dorsey, p. 195 et 219). Comme le dit le professeur Wellington : [TRADUCTION] « Il est toujours difficile de concilier les intérêts du dissident et ceux de la majorité. La marque d’une société véritablement démocratique tient à son refus de renoncer facilement tant à la règle de la majorité qu’à la liberté individuelle » (*Labor and the Legal Process* (1968), p. 129).

[93] La Cour a constamment affirmé que la liberté d’association n’imposait pas un modèle particulier de relations de travail (*Delisle*, par. 33; *Health Services*, par. 91; *Fraser*, par. 42). Aucun modèle particulier n’est requis; seulement un régime qui n’entrave pas substantiellement la tenue d’une véritable négociation collective et qui respecte donc les exigences de l’al. 2d) (*Health Services*, par. 94; *Fraser*, par. 40). En revanche, les conditions nécessaires pour permettre une véritable négociation collective varient en fonction de la culture du secteur d’activité et du milieu de travail en question. Comme pour tous les examens fondés sur l’al. 2d), l’analyse requise est contextuelle.

[94] La loi Wagner, appliquée dans la grande majorité du secteur privé et dans plusieurs lieux de travail du secteur public, constitue un exemple de la façon dont les exigences de la liberté de choix et de l’indépendance assurent la conduite d’une véritable négociation collective. Ce modèle permet à un secteur d’employés suffisamment important de *choisir* de s’associer à un syndicat en particulier et, au besoin, d’obtenir le retrait d’accréditation d’un agent négociateur qui ne répond pas à leurs besoins. Les principes de la majorité et de l’exclusivité, le mécanisme des « unités de négociation » et les processus d’accréditation et de retrait d’accréditation — le tout sous la supervision d’une commission indépendante des relations de travail

*Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 2.3800 to 2.4030; D. D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at pp. 286-87; P. Verge, G. Trudeau and G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), at pp. 41-42.

[95] The Wagner Act model, however, is not the only model capable of accommodating choice and independence in a way that ensures meaningful collective bargaining. The designated bargaining model (see, e.g., *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, S.O. 2014, c. 5) offers another example of a model that may be acceptable. Although the employees' bargaining agent under such a model is designated rather than chosen by the employees, the employees appear to retain sufficient choice over workplace goals and sufficient independence from management to ensure meaningful collective bargaining. This is but one example; other collective bargaining regimes may be similarly capable of preserving an acceptable measure of employee choice and independence to ensure meaningful collective bargaining.

[96] Labour schemes are responsive to the interests of the parties involved and the particular workplace context. Different models have emerged to meet the specific needs of diverse industries and workplaces. The result has been ongoing debate on the desirability of various forms of workplace representation and cooperation and on their coexistence: D. J. Doorey, "Graduated Freedom of Association: Worker Voice Beyond the Wagner Model" (2013), 38 *Queen's L.J.* 511; B. W. Burkett, "The Future of the Wagner Act: A Canadian-American Comparison" (2013), 38 *Queen's L.J.* 363; D. Taras, "Reconciling Differences Differently: Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167; Adams, at paras. 1.290 to 1.340.

— garantissent que l'employeur négocie avec l'association la plus représentative des travailleurs qui en sont membres (G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), par. 2.3800 à 2.4030; D. D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2002), p. 286-287; P. Verge, G. Trudeau et G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), p. 41-42).

[95] La loi Wagner n'est cependant pas le seul modèle capable de concilier la liberté de choix et l'indépendance d'une façon qui permette une véritable négociation collective. Le modèle faisant appel à un agent négociateur désigné (voir, par ex., la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires*, L.O. 2014, c. 5) offre un autre exemple de régime qui pourrait être acceptable. Bien que, suivant ce modèle, l'agent négociateur représentant les employés soit désigné plutôt que choisi par les employés, ces derniers semblent conserver la liberté de choisir les objectifs relatifs à leurs conditions de travail et une indépendance à l'égard de l'employeur qui suffisent à assurer la tenue d'une véritable négociation collective. Ce n'est qu'un exemple; d'autres régimes de négociation collective peuvent aussi assurer à l'employé un degré acceptable de liberté de choix et d'indépendance qui permet une véritable négociation collective.

[96] Les divers régimes de relations du travail tiennent compte des intérêts des parties concernées et du contexte particulier du milieu de travail en cause. On a d'ailleurs vu apparaître différents modèles destinés à répondre aux besoins particuliers des divers secteurs et milieux de travail, d'où le débat actuel sur l'opportunité de différentes formes de représentation et de collaboration en milieu de travail et sur leur coexistence (D. J. Doorey, « Graduated Freedom of Association : Worker Voice Beyond the Wagner Model » (2013), 38 *Queen's L.J.* 511; B. W. Burkett, « The Future of the Wagner Act : A Canadian-American Comparison » (2013), 38 *Queen's L.J.* 363; D. Taras, « Reconciling Differences Differently : Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167; Adams, par. 1.290 à 1.340).

[97] The search is not for an “ideal” model of collective bargaining, but rather for a model which provides sufficient employee choice and independence to permit the formulation and pursuit of employee interests in the particular workplace context at issue. Choice and independence do not *require* adversarial labour relations; nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways. This said, genuine collective bargaining cannot be based on the suppression of employees’ interests, where these diverge from those of their employer, in the name of a “non-adversarial” process. Whatever the model, the *Charter* does not permit choice and independence to be eroded such that there is substantial interference with a meaningful process of collective bargaining. Designation of collective bargaining agents and determination of collective bargaining frameworks would therefore not breach s. 2(d) where the structures that are put in place are free from employer interference, remain under the control of employees and provide employees with sufficient choice over the workplace goals they wish to advance.

[98] The respondent argues that this view of s. 2(d) would require an employer, even a government employer, to recognize and bargain with every association chosen by employees, whatever the size. In our view, this result does not follow. Freedom of association requires, among other things, that no government process can substantially interfere with the autonomy of employees in creating or joining associations of their own choosing, even if in so doing they displace an existing association. It also requires that the employer consider employees’ representations in good faith, and engage in meaningful discussion with them. But s. 2(d) does not require a process whereby *every* association will ultimately *gain* the recognition it seeks (see M. Coutru et al., *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2nd ed. 2013), vol. 1, *Le régime général*, at para. 98). As we said, s. 2(d) can also accommodate a model based on majoritarianism and exclusivity (such as the Wagner Act model) that imposes

[97] Il ne s’agit pas de trouver le régime « idéal » de négociation collective, mais plutôt un modèle qui offre à l’employé une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour exprimer et défendre ses intérêts dans le contexte particulier du milieu de travail en cause. La liberté de choix et l’indépendance n’*exigent* pas des relations de travail de nature contradictoire; rien dans la *Charte* n’empêche une association d’employés de s’engager librement avec l’employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration. Cela dit, une véritable négociation collective ne saurait être fondée sur la négation des intérêts des employés, lorsqu’ils divergent de ceux de l’employeur, au nom d’un processus « non contradictoire ». Sans égard au modèle, la *Charte* n’autorise pas que la liberté de choix et l’indépendance soient affaiblies jusqu’au point où apparaît une entrave substantielle à l’existence d’un processus véritable de négociation collective. La désignation d’agents négociateurs et l’établissement d’un cadre de négociation collective ne porteraient donc pas atteinte à l’al. 2d) si la structure qui est créée reste à l’abri de l’ingérence de l’employeur, demeure sous le contrôle des employés et offre à ces derniers une liberté de choix suffisante quant aux objectifs qu’ils entendent poursuivre au sujet de leurs conditions de travail.

[98] L’intimé soutient que cette façon d’interpréter l’al. 2d) imposerait à l’employeur, même au gouvernement employeur, l’obligation de reconnaître chaque association choisie par les employés, quelle que soit sa taille, et de négocier avec elle. À notre avis, ce n’est pas le cas. La liberté d’association suppose, entre autres choses, qu’aucun processus gouvernemental ne puisse entraver substantiellement la liberté des employés de créer une association ou d’adhérer à une association de leur choix, même si, de ce fait, ils écartent une association existante. Elle suppose également que l’employeur examine les observations des employés de bonne foi et qu’il s’engage avec ces derniers dans une véritable discussion. L’alinéa 2d) n’impose cependant pas un processus où *chaque* association finira par *obtenir* la reconnaissance qu’elle cherche (voir M. Coutru et autres, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2<sup>e</sup> éd. 2013), vol. 1, *Le régime général*, par. 98). Comme



restrictions on individual rights to pursue collective goals.

[99] In summary, a meaningful process of collective bargaining is a process that gives employees meaningful input into the selection of their collective goals, and a degree of independence from management sufficient to allow members to control the activities of the association, having regard to the industry and workplace in question. A labour relations scheme that complies with these requirements and thus allows collective bargaining to be pursued in a meaningful way satisfies s. 2(d).

[100] Before turning to the application of these principles to the constitutional questions raised in this case, we address Rothstein J.'s dissenting reasons. In Rothstein J.'s view, "[t]he essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness: the voice that speaks on behalf of employees must represent their interests and be ultimately accountable to them. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(d) rights are protected in the collective bargaining context, nothing more" (para. 172).

[101] So stated, the notions of choice and independence, on the one hand, and representativeness, on the other, overlap considerably. However, we consider choice and independence best suited for the constitutional analysis at issue. If employees cannot choose the voice that speaks on their behalf, that voice is unlikely to speak up for their interests. It is precisely employee choice of representative that guarantees a representative voice. Similarly, if employees must "have confidence in their spokespersons" (Rothstein J.'s reasons, at para. 219), the way to ensure such confidence is through a sufficient degree of employee choice in the selection of representatives.

nous l'avons dit, il peut aussi être satisfait à l'al. 2d) en présence d'un modèle reposant sur la majorité et l'exclusivité (tel que le modèle fondé sur la loi Wagner) qui impose des restrictions aux droits des individus afin de réaliser des objectifs communs.

[99] En résumé, un processus véritable de négociation collective donne aux employés l'occasion de véritablement participer au choix de leurs objectifs collectifs et leur assure une indépendance suffisante par rapport à la direction pour qu'ils puissent contrôler les activités de l'association, eu égard au secteur d'activités et au milieu de travail en cause. Tout régime de relations de travail qui satisfait à ces conditions et qui permet donc la tenue d'une véritable négociation collective satisfait à l'al. 2d).

[100] Avant de passer à l'application de ces principes aux questions constitutionnelles soulevées en l'espèce, examinons les motifs dissidents du juge Rothstein. À son avis, « [l]a caractéristique essentielle d'un régime de relations de travail qui permet aux employés d'exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité : le porte-parole des employés doit défendre leurs intérêts et, ultimement, leur rendre des comptes. La représentativité est l'impératif constitutionnel auquel il faut satisfaire, sans plus, pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2d) sont protégés dans le contexte de la négociation collective » (par. 172).

[101] Exprimées ainsi, les notions de liberté de choix et d'indépendance, d'une part, et celle de représentativité, d'autre part, se chevauchent considérablement. La liberté de choix et l'indépendance sont toutefois celles qui, à notre avis, se prêtent le mieux à l'analyse constitutionnelle nécessaire en l'espèce. Si les employés ne peuvent choisir leur porte-parole, il est peu probable que celui-ci défende leurs intérêts. Or c'est précisément la liberté de se choisir un représentant qui garantit aux employés la possibilité de se faire entendre. De même, si les employés doivent « avoir confiance en leurs porte-parole » (motifs du juge Rothstein, par. 219), le moyen d'assurer cette confiance consiste à leur accorder une liberté de choix suffisante dans la sélection de leurs représentants.

[102] Justice Rothstein argues that “the touchstone is representativeness” (para. 195). He acknowledges, however, that employees must be able to hold their representatives “to account” (paras. 193 and 222). Yet employees will be unable to hold representatives accountable if those employees lack sufficient choice in selecting their representatives or if their representatives are dependent on management (for instance, in determining the acceptable subject matter of employee grievances, or the relative priority of employee concerns).

[103] Representativeness and accountability rest on choice and independence. We conclude that the latter two principles are the most appropriate in assessing s. 2(d) compliance in the context of labour relations. That said, these principles are tools in an analysis that must in each case determine whether the right to the meaningful pursuit of collective workplace goals is respected. In our view, the disagreement between majority and Rothstein J. on the terminology of “choice and independence” versus “representativeness” is more semantic than real. The real difference lies in how the concepts are understood and applied.

[104] Against this background, we therefore turn to the constitutional questions raised in the case at bar, that is whether the imposition of the SRRP and the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* violate s. 2(d) of the *Charter*, and if so, whether the violation is a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

E. *Whether the Imposition of the SRRP Infringes Section 2(d) of the Charter*

[105] This is not a case of a complete denial of the constitutional right to associate and of its related constitutional guarantees. It is rather a case of substantial interference with the right to associate for the purpose of addressing workplace goals through

[102] Le juge Rothstein soutient que « la pierre angulaire, c’est la représentativité » (par. 195). Il reconnaît toutefois que les employés doivent pouvoir demander à leurs représentants de leur « rendre des comptes » (par. 193 et 222). Or, ces derniers ne seront pas en mesure de le faire s’ils ne disposent pas d’une liberté de choix suffisante dans la sélection de ceux-ci ou si ces représentants dépendent de la direction (par exemple, pour déterminer l’objet acceptable des griefs des employés, ou la priorité relative des préoccupations des employés).

[103] La représentativité et l’obligation de rendre compte reposent sur la liberté de choix et l’indépendance. À notre avis, ces deux derniers principes sont ceux qui se prêtent le mieux à l’analyse de la conformité constitutionnelle d’un modèle à l’al. 2d) dans le contexte des relations de travail. Cela dit, ces principes servent d’outils dans une analyse qui doit, dans chaque cas, permettre de déterminer si l’on respecte le droit à un processus véritable de recherche d’objectifs collectifs relatifs au travail. À notre avis, le désaccord entre la majorité et le juge Rothstein au sujet des termes « liberté de choix et indépendance » et « représentativité » demeure davantage sémantique que réel. Le point de divergence véritable porte plutôt sur la façon dont les concepts sont interprétés et appliqués.

[104] Nous examinerons donc, sur cette toile de fond, les questions constitutionnelles soulevées en l’espèce, soit celles de savoir si l’imposition du PRRF et l’exclusion des membres de la GRC du champ d’application de la *LRTFP* actuelle violent l’al. 2d) de la *Charte* et, le cas échéant, si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique suivant l’article premier de la *Charte*.

E. *L’imposition du PRRF viole-t-elle l’al. 2d) de la Charte?*

[105] En l’espèce, on ne se trouve pas devant un cas de négation complète du droit constitutionnel de s’associer et des garanties constitutionnelles qui y sont connexes. Il s’agit plutôt d’un cas d’entrave substantielle au droit de s’associer en vue de réaliser

a meaningful process of collective bargaining, free from employer control, as understood by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*. We conclude that the flaws in the SRRP process do not permit meaningful collective bargaining, and are inconsistent with s. 2(d). The SRRP process fails to respect RCMP members' freedom of association in both its purpose and its effects.

[106] Section 96 of the *RCMP Regulations* imposed the SRRP on RCMP members as the sole means of presenting their concerns to management. Section 56 of the current-day *RCMP Regulations, 2014* continues to impose the SRRP under nearly identical terms. RCMP members are represented by an organization they did not choose and do not control. They must work within a structure that lacks independence from management. Indeed, this structure and process are part of the management organization of the RCMP. The process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining, and leaves members in a disadvantaged, vulnerable position.

(1) The Purpose of the Imposition of the SRRP Infringes Section 2(d)

[107] We earlier described the history of RCMP labour relations. This history evidences a long-standing hostility on the part of RCMP management and successive Canadian governments to unionization in the Force. In the early 20th century, the federal government deployed one of the RCMP's predecessor bodies — the Royal Northwest Mounted Police — to confront labour unrest, most famously in breaking the Winnipeg General Strike of 1919. At a time when municipal police forces in Canada were beginning to unionize, the Canadian government issued Order in Council P.C. 1918-2213, which prohibited members of the Dominion Police and the Royal Northwest Mounted Police from becoming “a member of or in any wise associated with any Trades Union Organization . . . or with any Union, Society

des objectifs relatifs au travail au moyen d'un processus véritable de négociation collective, à l'abri du contrôle de l'employeur, comme l'entendait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*. Selon nous, les lacunes relevées dans le PRRF empêchent la tenue de véritables négociations collectives et violent l'al. 2d). Le PRRF contrevient donc à la liberté d'association des membres de la GRC tant par son objet que par ses effets.

[106] En effet, l'art. 96 du *Règlement de la GRC* imposait aux membres de la GRC le PRRF comme seul moyen de faire valoir leurs préoccupations à la direction. L'article 56 du *Règlement de la GRC (2014)*, actuellement en vigueur, continue à imposer le PRRF à des conditions pratiquement identiques. Les membres de la GRC se trouvent représentés par un organisme qu'ils n'ont pas choisi et qu'ils ne contrôlent pas. Ils sont tributaires d'une structure dépourvue d'indépendance à l'égard de la direction. De fait, cette structure et ce programme relèvent de l'organisme de gestion de la GRC. Les employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le programme n'établit pas, entre eux et l'employeur, l'équilibre essentiel à la tenue d'une véritable négociation collective.

(1) L'objet de l'imposition du PRRF viole l'al. 2d)

[107] Nous avons décrit précédemment l'histoire des relations de travail à la GRC. Celui-ci recèle une attitude d'hostilité envers la syndicalisation au sein de la Gendarmerie tant de la part de la direction de la GRC que des gouvernements qui se sont succédé, et ce, depuis longtemps. Au début du 20<sup>e</sup> siècle, le gouvernement fédéral a demandé à un des organismes qui ont précédé la GRC — la Police à cheval du Nord-Ouest (« P.C.N.-O. ») — d'intervenir dans des conflits de travail, notamment pour briser la grève générale de Winnipeg de 1919. À l'époque où les services de police municipaux au Canada commençaient à se syndiquer, le gouvernement canadien a pris le décret C.P. 1918-2213, qui interdisait aux membres de la Police fédérale et de la P.C.N.-O. [TRADUCTION] « d'adhérer ou de

or Association . . . connected or affiliated therewith” on penalty of immediate dismissal.

[108] This stance was softened in the early 1970s, with the repeal of P.C. 1918-2213 (P.C. 1974-1339), but the federal government continued to resist the formation of independent RCMP members’ associations. The DSRRP, precursor to the present SRRP, was openly presented as an alternative to unionization. The year it was created, RCMP Commissioner Nadon commissioned a report on the effects of police associations and the advantages and disadvantages of implementing such an association in the RCMP: J. P. Middleton, *A Study Report on Police Associations* (1974). The Middleton report was largely supportive of the formation of an RCMP members’ association or union. In circulating the report, however, Commissioner Nadon included a brief foreword, in which he stated:

At the outset I wish to make the Force’s position very clear; the Force is opposed to the formation of an association or union of members and this position has been made known to our Minister. [p. i]

[109] Section 3(2) of the *Commissioner’s Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*, which formed the legal basis of the DSRRP from 1974 to 2003, prohibited DSRRs from promoting “*alternate programs in conflict with the non-union status of the Division Staff Relations Representative Program*”.

[110] Even before this Court, the Attorney General of Canada does not contend that the current-day SRRP provides RCMP members with an independent association. Indeed, the Attorney General appears to concede that the SRRP continues to be imposed on members of the RCMP for the purpose of preventing collective bargaining through an independent association. Its position is rather that s. 2(d)

s’associer de quelque façon à une organisation syndicale [. . .] ou à un syndicat, à une société ou à une association qui y est lié ou affilié » sous peine de congédiement immédiat.

[108] Cette position s’est assouplie au début des années 1970, avec l’abrogation du décret C.P. 1918-2213 (C.P. 1974-1339), mais le gouvernement fédéral a continué de s’opposer à la constitution d’associations indépendantes par les membres de la GRC. Le PRDRF, précurseur du PRRF actuel, a été ouvertement présenté comme une solution de rechange à la syndicalisation. Au cours de l’année où ce programme a été créé, le commissaire Nadon de la GRC a commandé un rapport sur les effets des associations de policiers et sur les avantages et les désavantages de créer une telle association au sein de la GRC (J. P. Middleton, *Rapport d’étude sur les associations policières* (1974)). Le rapport Middleton appuyait largement la formation d’une association ou d’un syndicat des membres de la GRC. Toutefois, lorsqu’il a diffusé le rapport, le commissaire Nadon a inclus un bref avant-propos débutant comme suit :

Précisons d’abord la position de la Gendarmerie : comme elle l’a fait savoir à son ministre, elle s’oppose à la formation d’une association ou d’un syndicat et ce, pour bien des raisons. [p. i]

[109] Le paragraphe 3(2) des *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* — qui ont constitué le fondement juridique du PRDRF de 1974 à 2003 — interdisait aux RDRF de contribuer « à d’autres programmes qui sont en opposition avec le caractère non syndicaliste du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles ».

[110] Même devant la Cour, le procureur général du Canada n’affirme pas que le PRRF actuel permette aux membres de la GRC de constituer une association indépendante. En fait, il semble que le procureur général admette que le PRRF continue d’être imposé aux membres de la GRC afin d’empêcher la négociation collective au moyen d’une association indépendante. Il plaide plutôt

does not guarantee RCMP members a right to form and bargain through an association of their own choosing. We have rejected this view. Accordingly, it follows that the purpose of the imposition of the SRRP, to prevent the formation of independent RCMP members' associations for the purposes of collective bargaining, is unconstitutional.

(2) The Effects of the Imposition of the SRRP Infringe Section 2(d)

[111] While it would be sufficient to find a violation of s. 2(d) solely on the basis of the purposes of the imposition of the SRRP as a labour relations regime (*Big M Drug Mart*), we also find that imposing this regime infringes s. 2(d) in its effects. Our inquiry here is directed at whether RCMP members can genuinely advance their own interests through the SRRP, without interference by RCMP management. We are satisfied, on the record before us, that they cannot.

[112] The organizational structure of the SRRP has evolved significantly since its predecessor was first established in 1974. These changes are detailed above. While these changes have expanded the SRRPs' freedom to direct the program, they nonetheless fall short of respecting RCMP members' right to join associations that are of their choosing and independent of management, to advance their interests.

[113] At the level of institutional structure, the SRRP is plainly not independent of RCMP management. Rather, it is squarely under its control. It is a part of the labour-management structure of the RCMP. In 1989, the Government of Canada formalized the SRRP (then known as the DSRRP) by adding s. 96 to the *RCMP Regulations: SOR/89-581*. The Regulatory Impact Analysis Statement that accompanied the amendment to the *RCMP Regulations* expressly stated that the DSRRP was "co-ordinated and monitored at R.C.M.P. Headquarters" and "subject to biannual reviews at R.C.M.P. Divisions

que l'al. 2d) ne garantit pas aux membres de la GRC le droit de former des associations et de négocier par l'entremise d'une association qu'ils ont choisie. Nous avons rejeté ce point de vue. En conséquence, l'objet de l'imposition du PRRF, soit d'empêcher les membres de la GRC de former des associations indépendantes en vue de négocier collectivement, est inconstitutionnel.

(2) Les effets de l'imposition du PRRF violent l'al. 2d)

[111] Bien qu'il soit suffisant de conclure à une violation de l'al. 2d) sur le seul fondement des objets de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail (*Big M Drug Mart*), nous déclinons également que l'imposition de ce régime viole l'al. 2d) en raison de ses effets. Nous examinerons maintenant si les membres de la GRC peuvent faire véritablement valoir leurs propres intérêts, au moyen du PRRF, sans ingérence de la direction de la GRC. Le dossier dont nous sommes saisis démontre que tel n'est pas le cas.

[112] Certes, la structure organisationnelle du PRRF a beaucoup évolué depuis la création en 1974 du programme qui l'a précédé. Les changements en question ont été exposés en détail précédemment. Bien qu'ils aient permis d'élargir le pouvoir des RRF quant à la gestion du programme, ils ne respectent cependant pas le droit des membres de la GRC d'adhérer à l'association de leur choix et, indépendamment de la direction, de faire valoir leurs intérêts.

[113] Au niveau de la structure institutionnelle, le PRRF n'est manifestement pas indépendant de la direction de la GRC. Au contraire, il se trouve carrément sous le contrôle de cette dernière. Le programme appartient à la structure de la GRC relative aux relations entre les employés et l'employeur. En 1989, le gouvernement du Canada a officialisé le PRRF (alors appelé le PRDRF) en ajoutant l'art. 96 au *Règlement de la GRC (DORS/89-581)*. Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagnait la modification apportée énonçait expressément que le PRDRF était « coordonné et

with reports to the Commissioner from the Internal Communications Officer”. Although not determinative nor exhaustive of a regulation’s purpose or interpretation, regulatory impact analysis statements are a useful tool to understand how regulations are intended to work: see *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 33; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 352-53.

[114] The lack of independence of the current-day SRRP is further emphasized by the 2007 Brown Report: *Rebuilding the Trust: Report of the Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP* (2007). In June 2007, an independent investigator raised issues regarding the RCMP’s handling of reports of mismanagement or irregularities in the administration of the RCMP’s pension and insurance plans in a report that was submitted to the Minister of Public Safety and the President of the Treasury Board: *A Matter of Trust: Report of the Independent Investigator into Matters Relating to RCMP Pension and Insurance Plans* (2007). The investigator recommended that the Government of Canada establish a task force to examine issues pertaining to the RCMP’s governance and culture. This led to the Brown Report. While the Task Force did not focus exclusively on labour relations at the RCMP, it did consider comments from members and employees about the SRRP.

[115] In the Brown Report, the Task Force reported the comments of some officers who said they were not sure what happens to their concerns after they give them to SRRs: “. . . it is not clear whether they have been passed on by the SRRs at all, or whether management has decided not to act on them” (Brown Report, at p. 33). The Task Force also noted that the SRRs had become “part of the chain of command of the RCMP organization” (*ibid.*), specifically that the presence of SRRs as

contrôlé à la Direction générale de la GRC » et qu’il faisait « également l’objet de révisions semestrielles dans les divisions de la Gendarmerie et [que] des rapports [étaient] présentés au Commissaire par l’agent des Communications internes ». Bien qu’il ne soit pas déterminant ni exhaustif quant à l’objet ou à l’interprétation du règlement, l’analyse de l’étude d’impact de la réglementation représente un moyen utile pour comprendre son application (voir *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 33; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 352-353).

[114] En outre, le rapport Brown de 2007, *Rétablir la confiance : Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC* (2007), a souligné l’absence d’indépendance du PRRF. En juin de cette année-là, un enquêteur indépendant s’est interrogé sur la façon dont la GRC traitait les rapports sur la mauvaise gestion ou les irrégularités relevées dans l’administration des régimes de retraite et d’assurances de la GRC dans un rapport transmis au ministre de la Sécurité publique et au président du Conseil du Trésor : *Une question de confiance : Rapport de l’enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d’assurances de la GRC* (2007). L’enquêteur recommandait que le gouvernement du Canada constitue un groupe de travail chargé d’examiner les enjeux relatifs à la gouvernance et à la culture de la GRC. Cette recommandation a mené au rapport Brown. Bien qu’il ne se soit pas exclusivement intéressé aux relations de travail au sein de la GRC, le Groupe de travail a examiné les commentaires de membres et d’employés au sujet du PRRF.

[115] Dans le rapport Brown, le Groupe de travail a rapporté les propos de certains officiers qui affirmaient ne pas savoir avec certitude ce qu’il advenait de leurs observations après leur transmission aux RRF : « . . . on ne sait pas si les RRF les transmettent à la direction ou si la direction a décidé de ne pas y donner suite » (rapport Brown, p. 34). Le Groupe de travail a également noté que les RRF faisaient « partie intégrante de la chaîne de commandement de la GRC » (*ibid.*) et plus précisément que la présence

observers at meetings of the Senior Executive Committee, composed of the Commissioner and Deputy Commissioners, gave the impression of their concurrence with the decisions of RCMP management. The authors of the report expressed the view that “more distance from management [was] appropriate” (*ibid.*). They ultimately recommended that the SRRs “focus entirely on labour relations and thus be independent from management” (p. 34).

[116] We note the following additional areas of concern. First, pursuant to the Agreement between the Commissioner and the NEC of the SRRP, significant aspects of the program structure are determined by RCMP management, including the number of SRRs and the program budget. Members of the SRRP are prohibited from communicating with anyone outside the RCMP concerning RCMP programs and activities without permission of the Commissioner. An exception relating to conditions of work and employment exists, but the conditions for its exercise are narrowly restricted and obviously slanted toward management. The NEC must submit an annual report to management on its activities. The operation of the SRRP is to be regularly reviewed jointly by the SRRP and RCMP management, and the consent of both the SRRP and management is required to amend the program.

[117] Second, the SRRP deliberately restricts members’ freedom to advocate for the ability to be represented by an independent association. As a matter of policy and practice, RCMP members who are active in such associations are excluded from full participation in the SRRP, and SRRs are prohibited from promoting alternative modes of representation for RCMP members. Yet members have no option outside of the SRRP to meet with management to promote their interests in other forms of representation.

[118] Simply put, in our view, the SRRP is not an association in any meaningful sense, nor a form of exercise of the right to freedom of association. It is simply an internal human relations scheme imposed

des RRF à titre d’observateurs lors des réunions de l’État-major supérieur — composé du commissaire et des sous-commissaires — donnait l’impression que ceux-ci souscrivaient aux décisions prises par la direction de la GRC. Selon les auteurs du rapport, « il conviendrait de se distancier de la direction » (*ibid.*). Enfin, ces derniers ont recommandé que les RRF soient tenus de « se concentrer entièrement sur les relations de travail et [qu’ils soient] ainsi indépendants de la haute direction » (p. 35).

[116] Nous notons aussi d’autres problèmes tout aussi préoccupants. Premièrement, conformément à l’entente conclue entre le commissaire et le CEN du PRRF, certains aspects importants de la structure du programme sont déterminés par la direction de la GRC, notamment le nombre de RRF et le budget du programme. Ainsi, il est interdit aux membres du PRRF de communiquer avec quiconque à l’extérieur de la GRC au sujet des programmes et des activités de la GRC sans l’autorisation du commissaire. Une exception visant les conditions de travail et d’emploi existe bien, mais son application est étroitement limitée et favorise de toute évidence l’opinion de la direction. De plus, le CEN doit présenter à la direction un rapport annuel sur ses activités, l’application du PRRF doit être examinée régulièrement par le PRRF et la direction de la GRC et le consentement du PRRF et de la direction est requis pour modifier le programme.

[117] Deuxièmement, le PRRF restreint délibérément la liberté des membres de défendre leur droit d’être représentés par une association indépendante. Selon les politiques et les pratiques établies, les membres de la GRC qui font partie d’une telle association sont exclus d’une pleine participation au PRRF, et il est interdit aux RRF de promouvoir d’autres modes de représentation des membres de la GRC. Ainsi, les membres n’ont aucune autre option que le PRRF pour rencontrer la direction, afin de défendre leur droit à d’autres formes de représentation.

[118] Autrement dit, nous estimons que le PRRF ne constitue pas une association au vrai sens du terme ni un exercice du droit à la liberté d’association. Il s’agit simplement d’un régime interne de

on RCMP members by management. Accordingly, the element of employee choice is almost entirely missing under the present scheme.

[119] While the Attorney General of Canada observes that adoption of the SRRP was endorsed by members in all divisions outside Quebec in a referendum in 1974, we do not consider this fact determinative, for two reasons. First, the referendum in question evidently offered the SRRP a “take it or leave it” proposition. It does not reflect whether members would have preferred representation through an independent association. Second, the referendum took place 40 years ago. Today, there is no opportunity for RCMP members to indicate their support for an alternative form of association. Members have no ability to opt out of participation in the SRRP, and there is no other means for them to communicate their workplace concerns to management. As we have seen, the structure has no independence from management; it is but a part of management itself.

[120] These constitutional defects in the SRRP are not cured by the election of SRRs. On this point we agree with the conclusion of the application judge, that “agreeing to populate a structure created by management for the purpose of labour relations cannot reasonably be construed as a choice not to conduct labour relations through an association of the members’ own making” (para. 63).

[121] In conclusion, s. 96 of the *RCMP Regulations*, which imposed the SRRP as the sole recognized vehicle for engagement between RCMP membership and senior management, constituted a substantial interference with freedom of association in both its purpose and effects. Before considering whether that infringement could be justified under s. 1 of the *Charter*, we consider the related challenge to para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA*.

relations humaines imposé aux membres de la GRC par la direction de celle-ci. La liberté de choix de l’employé devient donc pratiquement inexistante dans le cadre du présent régime.

[119] Même si le procureur général du Canada plaide que l’adoption du PRRF a été approuvée par les membres de toutes les divisions hors du Québec lors d’un référendum tenu en 1974, ce fait n’a pas de portée déterminante, et ce, pour deux raisons. D’abord, le référendum en question ne donnait pas, de toute évidence, d’autre choix que d’accepter le PRRF ou de le refuser. Il ne permettait pas de déterminer si les membres auraient préféré être représentés par une association indépendante. Ensuite, le référendum a été tenu il y a 40 ans. Or, aujourd’hui, les membres de la GRC n’ont pas la possibilité d’exprimer leur appui à une autre forme d’association. En outre, les membres ne peuvent pas se retirer du PRRF et ils ne disposent d’aucun autre moyen de communiquer à la direction leurs préoccupations relatives au travail. Comme nous l’avons constaté, la structure en question n’est donc pas indépendante de la direction; elle forme plutôt une partie de cette dernière.

[120] L’élection des RRF ne remédie pas aux vices constitutionnels du PRRF. Sur ce point, nous sommes d’accord avec le juge saisi de la demande pour affirmer qu’il [TRADUCTION] « ne serait pas raisonnable d’interpréter l’acceptation d’une structure créée par la direction aux fins des relations de travail comme une décision de ne pas négocier des relations de travail par l’entremise d’une association constituée par les membres » (par. 63).

[121] En conclusion, l’art. 96 du *Règlement de la GRC*, qui imposait le PRRF comme moyen unique de discussion entre les membres de la GRC et la haute direction, portait substantiellement atteinte à la liberté d’association tant par son objet que par ses effets. Avant d’examiner si cette atteinte pourrait être justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*, nous nous pencherons sur la contestation connexe de l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle.



F. *Whether Paragraph (d) of the Definition of “Employee” in Section 2(1) of the PSLRA Infringes Section 2(d) of the Charter*

[122] The appellants challenge the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* and ask that para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of that Act be struck down. Most employees in federally regulated workplaces are governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 (“*CLC*”), but the collective bargaining regime established by Part I of the *CLC* is inapplicable to employees of the Crown, with limited exceptions: s. 6.

[123] For employees in the federal public service, the *PSLRA* provides the general framework through which they can join and participate in employee associations; these associations can be certified as bargaining agents, and good faith collective bargaining can occur. The *PSLRA* provides for mediation, conciliation and arbitration when problems arise during collective bargaining and provides remedies for unfair labour practices. While being significantly different from private-sector labour relations models in many ways, the *PSLRA* and its predecessor, the *PSSRA*, are generally referred to as a Wagner Act model of labour relations (C. Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (2007), at pp. 19-20).

[124] Paragraph (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* excludes RCMP members from the application of the *PSLRA*. This Court in *Delisle* held that the exclusion of the RCMP from the *PSSRA*, the *PSLRA*’s predecessor legislation, did not violate s. 2(d) of the *Charter*. This raises a threshold question: Should the Court’s decision in *Delisle* be reconsidered? In our view, it should, for two reasons.

[125] First, *Delisle* was decided before this Court’s decisions in *Health Services* and *Fraser*,

F. *L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la LRTFP actuelle viole-t-il l’al. 2d) de la Charte?*

[122] Les appelantes contestent l’exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* actuelle et demandent l’invalidation de l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de cette loi. La plupart des employés assujettis à la législation fédérale sont régis par le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« Code »), mais le régime de négociation collective établi à la partie I du Code ne s’applique pas aux employés de la Couronne, à quelques exceptions près (art. 6).

[123] La *LRTFP* actuelle établit, à l’intention des employés de la fonction publique fédérale, un cadre général à l’intérieur duquel ces derniers peuvent adhérer à des organisations syndicales et participer à leurs activités. Ces organisations peuvent être accréditées comme agents négociateurs et mener des négociations collectives de bonne foi. Cette loi prévoit de plus la possibilité de recourir à la médiation, à la conciliation et à l’arbitrage si des problèmes surviennent au cours des négociations collectives, de même que des recours en cas de pratiques déloyales. Bien qu’elles établissent des régimes très différents à bien des égards des modèles de relations du travail du secteur privé, les deux versions successives de la *LRTFP* ont mis en œuvre des régimes généralement reconnus comme des modèles de relations de travail fondés sur la loi Wagner (C. Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (2007), p. 19-20).

[124] L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle exclut les membres de la GRC du régime établi par cette loi. Dans l’arrêt *Delisle*, la Cour a jugé que l’exclusion de cet organisme du régime de la première *LRTFP* ne violait pas l’al. 2d) de la *Charte*. Une question préliminaire se pose donc : la Cour devrait-elle réexaminer la décision rendue dans *Delisle*? À notre avis, elle le devrait, et ce, pour deux raisons.

[125] Premièrement, l’arrêt *Delisle* a été rendu avant les arrêts *Health Services* et *Fraser*, qui ont

which marked a shift to a purposive and generous approach to labour relations. At the time *Delisle* was decided, the right to a meaningful process of collective bargaining was not recognized as part of the s. 2(d) *Charter* guarantee. All three sets of reasons in *Delisle* make clear that the Court in that case was *not* addressing the issue of whether the purpose of the *PSSRA* exclusion was to prevent RCMP members from engaging in collective bargaining: para. 5, per L'Heureux-Dubé J.; para. 20, per Bastarache J.; paras. 51, 88 and 107, per Cory and Iacobucci JJ. As formulated by Bastarache J., writing for the majority, the question in *Delisle* was whether the purpose of the exclusion “was to prevent RCMP members from forming any type of independent association”: para. 20. The question of an interference with the right to a meaningful process of collective bargaining was neither asked nor answered in *Delisle*.

[126] Second, in *Delisle*, only part of the scheme governing the labour relations of RCMP members — their exclusion from the *PSSRA* — was before this Court. In the present appeal, the challenge targets the entire labour relations scheme — the exclusion from the application of the *PSLRA* and the imposition of the labour relations regime that we have found is intended to deny RCMP members the right to form an independent association capable of engaging in a meaningful process of collective bargaining. In other words, the majority in *Delisle* found that the legislative exclusion, viewed in isolation, did not prevent the creation of an independent association, but the Court now considers the complete scheme which is clearly intended to prevent associational activity protected under s. 2(d) of the *Charter*.

[127] Overturning precedents of this Court is not a step to be lightly taken (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24; *Fraser*, at para. 56; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47). However, as explained, *Delisle* was decided before

marqué un changement d'orientation vers des interprétations téléologiques et généreuses dans le contexte des relations de travail. À ce moment-là, il n'avait pas été reconnu que le droit à un processus véritable de négociation collective était visé par la garantie prévue à l'al. 2d) de la *Charte*. Les trois séries de motifs dans *Delisle* énoncent par ailleurs clairement que, dans cette affaire, la Cour n'était pas appelée à décider si l'objet de l'exclusion prévue par la première *LRTFP* consistait à empêcher les membres de la GRC de négocier collectivement (par. 5, la juge L'Heureux-Dubé; par. 20, le juge Bastarache; par. 51, 88 et 107, les juges Cory et Iacobucci). Comme l'a exposé le juge Bastarache, qui écrivait pour la majorité, la question en jeu dans *Delisle* consistait à déterminer si l'objet de l'exclusion était « d'empêcher les membres de la GRC de former n'importe quel type d'association indépendante » (par. 20). La question d'une entrave au droit à un processus véritable de négociation collective n'a pas été posée dans *Delisle*; et on n'y a donc pas répondu.

[126] Deuxièmement, dans *Delisle*, la Cour n'avait été appelée à statuer que sur un élément du régime de relations de travail des membres de la GRC — soit leur exclusion de la première *LRTFP*. En l'espèce, la contestation vise l'ensemble du régime de relations de travail, soit l'exclusion du régime de la *LRTFP* actuelle ainsi que l'imposition du régime dont nous avons conclu qu'il vise à priver les membres de la GRC du droit de constituer une association indépendante capable de participer à un processus véritable de négociation collective. Autrement dit, les juges majoritaires dans *Delisle* ont conclu que l'exclusion législative, prise isolément, n'empêchait pas la création d'une association indépendante, mais la Cour examine maintenant la totalité d'un régime qui vise manifestement à empêcher des activités syndicales protégées par l'al. 2d) de la *Charte*.

[127] Il faut se garder d'écarter un précédent de la Cour à la légère (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24; *Fraser*, par. 56; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Cependant, comme nous l'avons expliqué, la décision rendue dans

this Court's shift to a purposive and generous approach to the exercise of freedom of association and *Delisle* considered a different question and narrower aspects of the labour relations regime than those at issue here. It follows that the result in *Delisle* must be revisited.

[128] We therefore propose to examine whether para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(d) in its purpose.

(1) The Purpose of the *PSLRA* Exclusion Infringes Section 2(d)

[129] The statutory exclusion of RCMP members must be read and its constitutionality assessed in relation to P.C. 1918-2213, the Order in Council that constituted the labour relations regime that applied to members of the RCMP at the time of enactment of the *PSSRA*. The blanket prohibition of associational activity in pursuit of workplace goals imposed by P.C. 1918-2213 unquestionably violates s. 2(d) of the *Charter*. The implementation of this labour relations regime was made possible by the exclusion of the RCMP members from the labour relations regime governing the federal public service under the *PSSRA*.

[130] Although they originated from different legal sources, the *PSSRA* exclusion and P.C. 1918-2213, working together, constituted a labour relations regime that was designed to interfere with the right to freedom of association of RCMP members. The *PSSRA* exclusion cannot be viewed in the abstract, independently from the Order in Council. These two prongs of the predecessor labour relations regime shared a common purpose. They were both intended to deny to RCMP members the constitutional exercise of their freedom of association. Like P.C. 1918-2213, para. (e) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSSRA*, now re-enacted as para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1)

*Delisle* a précédé le changement d'orientation effectué par la Cour vers une interprétation généreuse et téléologique de l'exercice du droit d'association et elle portait sur une question différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce et sur des aspects plus restreints du régime de relations de travail que ceux en cause en l'espèce. En conséquence, il y a lieu de revoir la décision rendue dans *Delisle*.

[128] Nous nous proposons donc d'examiner si l'objet de l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2d) de la *Charte*.

(1) L'objet de l'exclusion de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2d)

[129] L'exclusion légale des membres de la GRC doit être interprétée et sa constitutionnalité examinée au regard du décret C.P. 1918-2213, qui constituait le régime de relations de travail applicable aux membres de la GRC au moment de l'adoption de la première *LRTFP*. L'interdiction complète de mener des activités associatives afin de poursuivre des objectifs relatifs aux conditions de travail créée par le décret C.P. 1918-2213 viole sans l'ombre d'un doute l'al. 2d) de la *Charte*. La mise en œuvre de ce régime de relations de travail a été rendue possible par l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail qui s'appliquait à la fonction publique fédérale en application de la première *LRTFP*.

[130] Même s'ils ont tiré leur origine de sources juridiques différentes, l'exclusion prévue par la première *LRTFP* et le décret C.P. 1918-2213, par leur effet combiné, ont constitué un régime de relations de travail conçu pour entraver le droit à la liberté d'association des membres de la GRC. L'exclusion prévue par la première *LRTFP* ne peut être considérée dans l'abstrait, indépendamment du décret. Ces deux volets de ce régime de relations de travail avaient un objet commun. Ils visaient tous les deux à priver les membres de la GRC de l'exercice de leur droit constitutionnel à la liberté d'association. À l'instar du décret C.P. 1918-2213, l'al. e) de la définition de « fonctionnaire » qui figurait au

of the *PSLRA*, is tainted by an improper purpose and breaches s. 2(d) of the *Charter*.

[131] The purpose of para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA*, viewed in its historical context, thus violates s. 2(d) of the *Charter*. The *PSSRA* and, later, the *PSLRA* established the general framework for labour relations and collective bargaining in the federal public sector. A class of employees, the members of the RCMP, has, since the initial enactment of this regime, been excluded from its application in order to prevent them from exercising their associational rights under s. 2(d). Thus the issue to be addressed is whether the purpose of excluding a specific class of employees from the labour relations regime impermissibly breaches the constitutional rights of the affected employees. The issue is not whether Parliament must impose a new statutory labour relations regime in the presence of a legislative void.

[132] Paragraph (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* excludes every person “who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that force under terms and conditions substantially the same as those of one of its members”.

[133] Before 1967, the concept of collective bargaining was unknown to the federal public service generally and, of course, to the RCMP specifically. Parliament adopted the *PSSRA* to implement a process of collective bargaining in the federal public service (Rootham, at p. 37; R. Caron, *Employment in the Federal Public Service* (loose-leaf), at para. 1:200; J. C. Anderson and T. A. Kochan, “Collective Bargaining in the Public Service of Canada” (1977), 32 *Relat. ind.* 234, at p. 234). The *PSSRA*’s successor, the *PSLRA*, reflected a similar commitment to collective bargaining (see the preamble of the *PSLRA* and Advisory Committee on Labour Management

par. 2(1) de la première *LRTFP*, définition maintenant reconduite à l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle, est vicié par un objet inapproprié et viole l’al. 2d) de la *Charte*.

[131] Considéré dans son contexte historique, l’objet de l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle contrevient donc à l’al. 2d) de la *Charte*. Les deux versions successives de la *LRTFP* ont établi le cadre général applicable aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique fédérale. Une catégorie d’employés, soit les membres de la GRC, est exclue de ce régime, et ce, depuis son adoption, afin de les empêcher d’exercer le droit à la liberté d’association que leur confère l’al. 2d) de la *Charte*. La question à trancher dans la présente affaire est donc celle de savoir si l’objet de l’exclusion d’une catégorie particulière d’employés du régime de relations de travail contrevient de façon inacceptable aux droits constitutionnels des employés touchés. Il ne s’agit pas de savoir si le législateur doit prescrire un nouveau régime de relations de travail en présence d’un vide juridique.

[132] L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle exclut toute personne « qui est membre ou gendarme auxiliaire de la Gendarmerie royale du Canada, ou y est employée sensiblement aux mêmes conditions que ses membres ».

[133] Avant 1967, la notion de négociation collective n’était pas connue au sein de la fonction publique fédérale en général et, bien sûr, de la GRC en particulier. Le législateur a adopté la première *LRTFP* pour mettre en œuvre un régime de négociation collective dans la fonction publique fédérale (Rootham, p. 37; R. Caron, *Employment in the Federal Public Service* (feuilles mobiles), par. 1:200; J. C. Anderson et T. A. Kochan, « Collective Bargaining in the Public Service of Canada » (1977), 32 *Relat. ind.* 234, p. 234). La loi qui lui a succédé, la *LRTFP* actuelle, fait état d’un engagement semblable à l’égard de la négociation

Relations in the Federal Public Service, *Working Together in the Public Interest* (2001), at p. 14).

[134] The exclusion of RCMP members from the *PSSRA* in 1967 — the only vehicle available for meaningful collective bargaining in the federal public service — was intended to prevent them from engaging in collective bargaining. The then-Commissioner of the RCMP acknowledged this in correspondence to the Solicitor General of Canada in 1980, stating: “There is no enabling legislation which allows members to collectively bargain and we must infer that Parliament has not intended that members of the Force have that right” (see A.F., at para. 106).

[135] The *PSSRA*’s successor, the *PSLRA*, reduced the categories of excluded public servants. RCMP members, however, continued to be excluded in identical terms as under the *PSSRA*, and no other statute permitted RCMP members to engage in a process of collective bargaining (*Delisle*, at para. 85, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting; R. MacKay, “The Royal Canadian Mounted Police and Unionization”, Parliamentary Research Branch, September 3, 2003, at p. 20). Nothing indicated that the purpose of the initial exclusion of RCMP members from collective bargaining had changed: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, at s. 44(f); see also *Big M Drug Mart*, at p. 335. Indeed, the *PSLRA* exclusion makes possible the current imposition of the *SRRP*, which we have found to substantially interfere in both purpose and effect with RCMP members’ rights to a meaningful process of collective bargaining. Working in tandem with P.C. 1918-2213, the *PSSRA* exclusion had similarly sought to deny the members of the RCMP the exercise of their right to freedom of association. The simple re-enactment of this exclusion in the *PSLRA* did not cure this constitutionally impermissible purpose. The *PSLRA* exclusion is but a part of a constitutionally defective regime of labour relations, designed to prevent the exercise of the s. 2(d) rights of RCMP members. We therefore

collective (voir le préambule de la *LRTFP* actuelle et le Comité consultatif sur les relations patronales-syndicales dans la fonction publique fédérale, *Travailler ensemble dans l’intérêt public* (2001), p. 14).

[134] L’exclusion en 1967 des membres de la GRC du régime de la première *LRTFP* — qui constituait le seul moyen de permettre une véritable négociation collective dans la fonction publique fédérale — visait à empêcher ceux-ci de négocier collectivement. Le commissaire de la GRC alors en poste l’a reconnu dans une lettre envoyée au solliciteur général du Canada en 1980, dans laquelle il a affirmé : [TRADUCTION] « Aucune loi habilitante ne permet aux membres de négocier collectivement et nous devons en déduire que le Parlement ne voulait pas que les membres de la Gendarmerie aient ce droit » (voir m.a., par. 106).

[135] La loi qui a succédé à la première *LRTFP*, soit la *LRTFP* actuelle, a réduit les catégories de fonctionnaires exclus. Les membres de la GRC restaient toutefois exclus dans les mêmes termes, et aucune autre loi ne leur a permis de participer à un processus de négociation collective (*Delisle*, par. 85, les juges Cory et Iacobucci, dissidents; R. MacKay, « The Royal Canadian Mounted Police and Unionization », Direction de la recherche parlementaire, 3 septembre 2003, p. 20). Rien n’indiquait que l’objet de l’exclusion initiale des membres de la GRC du régime de négociation collective avait changé (*Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, al. 44f); voir également *Big M Drug Mart*, p. 335). En effet, l’exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle permet d’imposer le *PRRF*, dont nous avons conclu qu’il entrave substantiellement tant par son objet que par son effet le droit des membres de la GRC à un processus véritable de négociation collective. Agissant en tandem avec le décret C.P. 1918-2213, l’exclusion prévue par la première *LRTFP* visait de même à priver les membres de la GRC de leur droit à la liberté d’association. Le simple renouvellement de cette exclusion dans la *LRTFP* actuelle n’a pas validé cet objet inacceptable sur le plan constitutionnel. L’exclusion prévue dans la version actuelle de cette loi n’est qu’un élément d’un régime de relations de travail déficient

conclude that the purpose of the *PSLRA* exclusion infringes s. 2(d) of the *Charter*.

(2) Summary

[136] We conclude that the purpose of the exclusion in s. 2(1) of the *PSLRA* substantially interferes with freedom of association. At this point, we need not consider the effects of the *PSLRA* exclusion independently from those of the imposition of the SRRP as a labour relations regime.

[137] This conclusion does not mean that Parliament must include the RCMP in the *PSLRA* scheme. As discussed above, s. 2(d) of the *Charter* does not mandate a particular model of labour relations. Our conclusion with respect to the constitutionality of the *PSLRA* exclusion means only that Parliament must not substantially interfere with the right of RCMP members to a meaningful process of collective bargaining, unless this interference can be justified under s. 1 of the *Charter*. For example, it remains open to the federal government to explore other collective bargaining processes that could better address the specific context in which members of the RCMP discharge their duties.

[138] We now turn to whether the infringements of s. 2(d) rights caused by the legislative imposition of the SRRP and by the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* are justified under s. 1 of the *Charter*.

G. *Are the Limits Imposed on the RCMP Members' Section 2(d) Rights Justified Under Section 1 of the Charter?*

[139] Section 1 of the *Charter* permits Parliament to enact laws that limit *Charter* rights if it establishes

sur le plan constitutionnel, et conçu pour empêcher les membres de la GRC d'exercer les droits que leur garantit l'al. 2d). Nous concluons donc que l'objet de l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2d) de la *Charte*.

(2) Résumé

[136] Nous concluons que l'objet de l'exclusion prévue au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle constitue une entrave substantielle à la liberté d'association. À ce stade, nous estimons par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire que nous nous penchions sur les effets de l'exclusion prévue par cette disposition indépendamment de ceux de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail.

[137] Cette conclusion ne signifie pas que le législateur doit inclure la GRC dans le régime de la *LRTFP* actuelle. Comme nous l'avons vu, l'al. 2d) de la *Charte* n'impose pas un modèle particulier de relations du travail. Notre conclusion quant à la constitutionnalité de l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle signifie seulement que le législateur ne doit pas entraver substantiellement le droit des membres de cette organisation à un processus véritable de négociation collective, à moins que cette entrave puisse être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Par exemple, le gouvernement fédéral peut toujours examiner d'autres processus de négociations collectives qui seraient plus adaptés au contexte particulier dans lequel les membres de la GRC s'acquittent de leurs fonctions.

[138] Nous examinerons maintenant si les violations des droits protégés par l'al. 2d) de la *Charte* découlant de l'imposition par la loi du PRRF et de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

G. *Les restrictions imposées aux droits que garantit l'al. 2d) aux membres de la GRC sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?*

[139] L'article premier de la *Charte* permet au législateur d'adopter des lois qui restreignent les

that the limits are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This requires that the objective of the measure be pressing and substantial, and that the means by which the objective is furthered be proportionate, i.e. that the means are rationally connected to the law's objective, minimally impair the s. 2(d) right, and are proportionate in effect (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Health Services*, at paras. 137-39). The onus rests on the party seeking to uphold the limitation of the *Charter* right, and the burden of proof is a preponderance of probabilities (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 137-38 (“*RJR-MacDonald (1995)*”). At the outset, we note that a *Charter*-infringing measure adopted by regulation is undoubtedly “prescribed by law” for the purposes of s. 1 (*Hutterian Brethren*, at paras. 39-40).

[140] We have already seen that s. 2(d) gives Parliament much leeway in devising a scheme of collective bargaining that satisfies the special demands of the RCMP. Beyond this, s. 1 provides additional room to tailor a labour relations regime to achieve pressing and substantial objectives, provided it can show that these are justified.

[141] In their written submissions on s. 1, the parties addressed the limits imposed by s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* together. We do the same.

(1) Is the Objective of Imposing the SRRP Pressing and Substantial?

[142] The question at this stage is whether the objective of the infringing measure is sufficiently important to be capable in principle of justifying

droits garantis par la *Charte* s’il est établi que les limites imposées sont des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Cette procédure de justification exige que l’objectif de la mesure soit urgent et réel et que le moyen choisi pour l’atteindre soit proportionné à cet objectif, c.-à-d. qu’il possède un lien rationnel avec l’objet de la loi, qu’il porte le moins possible atteinte au droit garanti par l’al. 2d) et qu’il soit proportionné sur le plan de ses effets (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Health Services*, par. 137-139). La partie qui défend la validité de la mesure restreignant un droit protégé par la *Charte* doit établir qu’elle est justifiée, suivant la prépondérance des probabilités (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137-138 (« *RJR-MacDonald (1995)* »). Au départ, mentionnons qu’une mesure qui porte atteinte à la *Charte* et qui est prise par voie de règlement est sans aucun doute « prescrite par une règle de droit », pour l’application de l’article premier (*Hutterian Brethren*, par. 39-40).

[140] Comme nous l’avons vu précédemment, l’al. 2d) accorde au législateur une grande latitude dans l’établissement d’un régime de négociation collective qui satisfait aux exigences spéciales de la GRC. En outre, l’article premier accorde à celui-ci une marge de manœuvre additionnelle qui lui permet d’établir un régime de relations de travail pour atteindre des objectifs urgents et réels, dans la mesure, toutefois, où il peut démontrer que ces objectifs sont justifiés.

[141] Dans leurs observations écrites sur l’article premier, les parties ont traité des limites imposées par l’effet conjugué de l’art. 96 du *Règlement de la GRC* et de l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. Nous ferons de même.

(1) L’objet de l’imposition du PRRF est-il urgent et réel?

[142] À cette étape, la question est de savoir si l’objet de la mesure attentatoire est suffisamment important pour justifier en principe une restriction

a limitation on the rights and freedoms guaranteed by the constitution (*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 143). The Attorney General of Canada says the objective of excluding RCMP members from the *PSLRA* and the objective of the *RCMP Regulations* is to maintain and enhance public confidence in the neutrality, stability and reliability of the RCMP by providing a police force that is independent and objective. We conclude that the need for an independent and objective police force constitutes a pressing and substantial objective under s. 1 of the *Charter*.

(2) Are the Means by Which the Objective Is Furthered Proportionate?

(a) *Rational Connection*

[143] The government must demonstrate that the infringing measure is rationally connected to its objective. This test “is not particularly onerous” (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 228; *Health Services*, at para. 148). It is not necessary to establish that the measure will *inevitably* achieve the government’s objective. A reasonable inference that the means adopted by the government will help bring about the objective suffices (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 40; *Health Services*, at para. 149). The assessment is a matter of causal relationship.

[144] Philosophical, political and social claims are not always amenable to proof by empirical evidence: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 104; *Sauvé*, at para. 18. For this reason, courts have not always insisted on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective, accepting conclusions supported by logic and reason (*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 154; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101). However, this does not relieve the government from establishing that it was at least reasonable to conclude that a causal relationship existed between the *PSLRA* exclusion and the imposition of the *SRRP* and the preservation

des droits et libertés garantis par la Constitution (*RJR-MacDonald (1995)*, par. 143). Le procureur général du Canada soutient que l’exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* actuelle et l’adoption du *Règlement de la GRC* visaient à préserver et à renforcer la confiance du public à l’égard de la neutralité, de la stabilité et de la fiabilité de la GRC à titre de force policière indépendante et objective. Nous concluons que la nécessité de mettre en place une force policière indépendante et objective constitue un objectif urgent et réel au titre de l’article premier de la *Charte*.

(2) Le moyen choisi pour atteindre l’objectif est-il proportionné?

a) *Le lien rationnel*

[143] Le gouvernement doit démontrer qu’il existe un lien rationnel entre la mesure attentatoire et son objectif. Ce critère « n’est pas particulièrement exigeant » (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 228; *Health Services*, par. 148). Il n’est pas nécessaire d’établir que la mesure permettra *inévitablement* d’atteindre l’objectif visé par le gouvernement. Une inférence raisonnable que les moyens adoptés par ce dernier aideront à réaliser l’objectif en question suffit (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 40; *Health Services*, par. 149). L’examen doit porter sur le lien causal.

[144] Les revendications de nature philosophique, politique et sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 104; *Sauvé*, par. 18). Les tribunaux n’ont donc pas toujours insisté sur la nécessité d’une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l’objet de la loi, et ont accepté des conclusions fondées sur la logique et la raison (*RJR-MacDonald (1995)*, par. 154; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101). Toutefois, cela ne libère pas le gouvernement de son obligation d’établir qu’il était à tout le moins raisonnable de conclure à l’existence d’un lien causal entre l’exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle



of neutrality, stability and reliability in the RCMP. As McLachlin J. (as she then was) wrote in *RJR-MacDonald (1995)*, at para. 129:

While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning.

[145] The position of the Attorney General of Canada is that the creation of a separate labour relations regime, free from collective bargaining and unionism, is rationally connected to the goal of ensuring a stable, reliable and neutral police force. In our view, the Attorney General has not established that this is a reasonable inference.

[146] First, it is not apparent how an exclusion from a statutorily protected collective bargaining process ensures neutrality, stability or even reliability. The exclusion of RCMP members from the federal public service collective bargaining regime when it was first enacted in 1967 fostered, rather than inhibited, dissatisfaction and unrest within the RCMP. This unrest was what ultimately led to the creation of the SRRP, which was introduced “after R.C.M.P. members began bringing employment-related grievances to the attention of the media and began to complain in public about the absence of mechanisms through which their grievances could be addressed” (Hardy and Ponak, at p. 89).

[147] Second, it is not established that permitting meaningful collective bargaining for RCMP members will disrupt the stability of the police force or affect the public’s perception of its neutrality. The government offered no persuasive evidence to that effect. Empirical research tends to show the opposite, as does provincial experience with unionized police forces (see, e.g., D. Forcese, “Police Unionism: Employee-Management Relations in

et l’imposition du PRRF et l’objectif de la préservation de la neutralité, de la stabilité et de la fiabilité au sein de la GRC. Comme l’écrivait la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald (1995)*, au par. 129 :

Bien qu’ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu’il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l’État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre Constitution soient opérants.

[145] Le procureur général du Canada soutient que la création d’un régime de relations de travail distinct, exempt de négociations collectives et de syndicalisme, a un lien rationnel avec l’objectif d’assurer l’existence d’une force policière stable, fiable et neutre. À notre avis, le procureur général n’a pas établi qu’il s’agit là d’une inférence raisonnable.

[146] D’une part, il est difficile de comprendre pourquoi l’exclusion d’un groupe d’un processus de négociation collective protégé par la loi peut assurer sa neutralité, sa stabilité ou même sa fiabilité. L’exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective de la fonction publique fédérale, lors de son adoption en 1967, a eu pour effet de favoriser plutôt que d’atténuer le mécontentement et l’agitation qui régnaient au sein de cette organisation. D’ailleurs, cette agitation a finalement mené à la création du PRRF, qui a été adopté [TRADUCTION] « après que les membres de la GRC eurent commencé à porter à l’attention des médias leurs griefs en matière d’emploi et à se plaindre publiquement de l’absence de mécanismes pour les régler » (Hardy et Ponak, p. 89).

[147] D’autre part, il n’est pas établi que l’autorisation d’un véritable régime de négociation collective pour les membres de la GRC perturbera la stabilité de cette force policière ou influencera la perception du public quant à sa neutralité. Le gouvernement n’a produit aucun élément de preuve convaincant à cet égard. La recherche empirique tend plutôt à indiquer le contraire, tout comme l’expérience des provinces avec les forces policières

Canadian Police Forces” (1980), 4 *Canadian Police College Journal* 79: “There is nothing inherently disruptive about police unions” (p. 120)). Indeed, the evidence suggests that respecting associational rights has the potential to ensure, rather than undermine, a positive working relationship and therefore enhance labour stability.

[148] We conclude that the government has failed to establish a rational connection between denying RCMP members’ their s. 2(d) right to meaningful collective bargaining, and maintaining a neutral, stable and reliable police force. While this conclusion is sufficient to dispose of the s. 1 analysis, we will nonetheless go on to address the requirement that the limit on the right be minimally impairing.

(b) *Minimal Impairment*

[149] At this stage, the question is whether the measure impairs the s. 2(d) right as little as possible in order to achieve the government’s objective. The government is not required to pursue the least drastic means of achieving its objective, but it must adopt a measure that falls within a range of reasonable alternatives:

The impairment must be “minimal”, that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Citations omitted.]

(*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 160; see also *Hutterian Brethren*, at paras. 53-55; *Health Services*, at para. 150.)

syndiquées (voir, par ex., D. Forcese, « Le syndicalisme policier : relations de travail dans les forces policières canadiennes » (1980), 4 *Journal du Collège canadien de police* 85 : « Les policiers syndiqués ne sont pas fondamentalement des agitateurs » (p. 130)). En fait, selon la preuve, le respect de la liberté d’association peut même assurer plutôt que compromettre l’existence de bonnes relations de travail et ainsi en renforcer la stabilité.

[148] Nous concluons donc que le gouvernement n’a pas réussi à établir l’existence d’un lien rationnel entre le fait de priver les membres de la GRC du droit à une véritable négociation collective que leur garantit l’al. 2d), et le maintien d’une force policière neutre, stable et fiable. Bien que cette conclusion suffise pour mettre fin à l’analyse fondée sur l’article premier, nous examinerons tout de même l’exigence selon laquelle la limite imposée doit constituer une atteinte minimale.

b) *L’atteinte minimale*

[149] Il faut maintenant se demander si la mesure porte le moins possible atteinte au droit garanti par l’al. 2d) tout en permettant au gouvernement de réaliser son objectif. Certes, le gouvernement n’est pas tenu de recourir au moyen le moins attentatoire possible pour réaliser son objectif, mais celui qu’il choisit doit se situer à l’intérieur d’une gamme de mesures alternatives raisonnables :

La restriction doit être « minimale », c’est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d’adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l’intérieur d’une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu’elle a une portée trop générale simplement parce qu’ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l’objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Renvois omis.]

(*RJR-MacDonald (1995)*, par. 160; voir aussi *Hutterian Brethren*, par. 53-55; *Health Services*, par. 150.)

[150] The appellants argue that (1) other police forces throughout Canada have access to meaningful collective bargaining regimes without disruption of their neutrality, stability or reliability; and (2) the government has not shown that the RCMP is different in any way that would make collective bargaining more disruptive to their neutrality, stability or reliability. It follows, they argue, that denying RCMP members any meaningful process of collective bargaining is therefore more restrictive than necessary to maintain the Force's neutrality, stability and reliability.

[151] The RCMP "is the only police force in Canada without a collective agreement to regulate the working conditions of its officers" (application judge's reasons, at para. 96). In the rest of the country, the police have the benefit of collective bargaining regimes that provide basic bargaining protections. In Ontario, Quebec, and Newfoundland and Labrador, provincial forces are regulated under their own statutes which provide for, among other things, the establishment of employee associations, the negotiation of collective agreements between management and employee associations, grievance procedures, conciliation and arbitration: *Ontario Provincial Police Collective Bargaining Act, 2006*, S.O. 2006, c. 35, Sch. B; *An Act respecting the Syndical Plan of the Sûreté du Québec*, CQLR, c. R-14; *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17. In other provinces, the police are covered by general labour relations statutes, with specific provisions applicable to them. For example, in Saskatchewan, conciliation and arbitration are provided as a means of resolving labour disputes, and restrictions are placed on strikes and lock-outs, pursuant to *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 83 to 86.

[152] Unless it is established that the RCMP is materially different from the provincial police forces, it is clear that total exclusion from meaningful collective bargaining cannot be minimally impairing. A material difference has not been shown.

[150] Les appelantes soutiennent que (1) d'autres forces policières canadiennes ont accès à des régimes véritables de négociation collective sans que soient perturbées leur neutralité, leur stabilité ou leur fiabilité, et que (2) le gouvernement n'a pas établi que la GRC différerait de ces forces policières d'une façon qui fasse en sorte que la négociation collective perturberait davantage sa neutralité, sa stabilité ou sa fiabilité. Le fait de priver les membres de la GRC d'un processus véritable de négociation collective est donc, à leur avis, plus restrictif que ce qui est nécessaire pour assurer la neutralité, la stabilité et la fiabilité de cette force policière.

[151] La GRC [TRADUCTION] « est la seule force policière au Canada n'ayant pas de convention collective qui régit les conditions de travail de ses agents » (motifs du juge saisi de la demande, par. 96). Tous les autres policiers du pays bénéficient d'un régime de négociation collective qui leur accorde des protections fondamentales en matière de négociation. Les corps policiers provinciaux de l'Ontario, du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador sont régis par leurs propres lois, qui prévoient entre autres l'établissement d'associations d'employés, la négociation de conventions collectives entre la direction et les associations d'employés, des procédures de règlement des griefs, la conciliation et l'arbitrage (*Loi de 2006 sur la négociation collective relative à la Police provinciale de l'Ontario*, L.O. 2006, c. 35, ann. B; *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, RLRQ, c. R-14; *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17). Dans les autres provinces, les policiers sont protégés par les lois générales en matière de relations du travail, dont certaines dispositions s'appliquent à eux. Par exemple, en Saskatchewan, la conciliation et l'arbitrage sont des moyens de résoudre les conflits de travail, et les grèves et les lock-out font l'objet de restrictions, conformément à *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, art. 83 à 86.

[152] À moins qu'on établisse que la GRC est substantiellement différente des forces policières provinciales, son exclusion totale d'un régime véritable de négociation collective ne peut clairement pas constituer une atteinte minimale. Une différence

Moreover, concerns about the independence of the members of the Force could easily be considered in determining the scope of the police bargaining unit under schemes like the *PSLRA*, without requiring total exclusion from bargaining in the present regime. For example, s. 4 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, restricts the membership and affiliations of municipal police associations.

[153] The only argument advanced by the Attorney General of Canada in order to support the view that the RCMP's particularities warrant the exclusion of members from the *PSLRA* and the imposition of the SRRP is that in the event of an unlawful strike or other debilitating job action by other police forces, or other security-related workers such as prisons guards, it could ultimately be left to the RCMP to provide policing services to the public affected by those events. While the RCMP's mandate differs from that of other police forces, there is no evidence that providing the RCMP a labour relations scheme similar to that enjoyed by other police forces would prevent it from fulfilling its mandate. Again, no material difference in RCMP labour relations has been shown.

#### H. Remedy

[154] Within the impugned legislative scheme, the imposition of the SRRP and the exclusion in s. 2(1) of the *PSLRA* deny members of the RCMP the right to any meaningful process of collective bargaining. And, while s. 2(d) does not protect the right to any *particular* process of collective bargaining, it does protect the right to a *meaningful* process. Having found that s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (d) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringe the freedom guaranteed to RCMP members under s. 2(d) of the *Charter*, and that these provisions cannot be saved under s. 1, we conclude that the appropriate remedy is to strike down the offending provision of the *PSLRA*

substantielle n'a pas été établie. De plus, dans des régimes comme celui de la *LRTFP* actuelle, les préoccupations quant à l'indépendance des membres de la Gendarmerie pourraient facilement être examinées au moment de déterminer l'étendue de l'unité de négociation — sans qu'une exclusion totale ne soit nécessaire. Par exemple, l'art. 4 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, impose des restrictions en matière d'appartenance et d'affiliation aux associations de policiers municipaux.

[153] Le procureur général du Canada a présenté un seul argument pour étayer l'opinion selon laquelle les caractéristiques particulières de la GRC justifient d'exclure ses membres de l'application de la *LRTFP* actuelle et de leur imposer le PRRF. Selon l'intimé, dans l'éventualité d'une grève illégale ou de tout autre moyen de pression important déclenché par un autre corps de police, ou par tout autre groupe œuvrant dans le secteur de la sécurité, comme les gardiens de prison, il appartiendrait en fin de compte à la GRC d'assurer les services de police nécessaires au public touché par ces événements. Bien que son mandat diffère de celui des autres forces policières, rien ne prouve que le fait d'accorder à la GRC un régime de relations de travail semblable à celui dont bénéficient d'autres forces policières aurait pour effet d'empêcher cet organisme de s'acquitter de son mandat. Là encore, aucune différence substantielle n'a été établie au sujet des relations de travail à la GRC.

#### H. Réparation

[154] Dans le régime législatif contesté, l'imposition du PRRF et l'exclusion prévue au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle privent les membres de la GRC du droit à un processus véritable de négociation collective. En outre, si l'al. 2d) de la *Charte* ne protège pas le droit à un processus *particulier* de négociation collective, il garantit bel et bien le droit à un processus *véritable* de négociation. Après avoir statué que l'art. 96 du *Règlement de la GRC* et l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle portent atteinte à la liberté que garantit l'al. 2d) de la *Charte* aux membres de la GRC et ne peuvent se justifier au regard de l'article premier, nous concluons que

under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We would similarly strike down s. 96 of the *RCMP Regulations* were it not repealed.

[155] The Attorney General of Canada argues that this conclusion would go against the proposition, which we accept, that s. 2(d) does not guarantee a right to a particular labour relations process. The Attorney General argues that striking down the offending provision of the *PSLRA* would constitutionalize the labour relations process set out in that Act.

[156] This argument misconstrues our conclusion. We do not conclude that the *PSLRA* process is constitutionalized, but rather that the existing labour relations scheme and the purpose motivating the *PSLRA* exclusion are inconsistent with the *Charter* and fail under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This conclusion does not mandate a particular labour relations regime or bar the federal government from pursuing an avenue other than the *PSLRA* to govern labour relations within the RCMP. Should it see fit to do so, Parliament remains free to enact any labour relations model it considers appropriate to the RCMP workforce, within the constitutional limits imposed by the guarantee enshrined in s. 2(d) and s. 1 of the *Charter*.

## VII. Conclusion

[157] We would allow the appeal, with costs to the appellants throughout, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

la réparation appropriée consiste à invalider la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. N'eût été son abrogation, nous invaliderions également l'art. 96 du *Règlement de la GRC*.

[155] Le procureur général du Canada plaide que cette conclusion irait à l'encontre de la proposition, à laquelle nous souscrivons, selon laquelle l'al. 2d) ne garantit pas le droit à un processus de relations de travail particulier. Il argumente en outre que l'annulation de la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle aurait pour effet de constitutionaliser le processus de relations de travail établi par cette loi.

[156] Cet argument procède d'une mauvaise interprétation de notre conclusion. Nous ne concluons pas que le processus prévu par la *LRTFP* actuelle est constitutionalisé, mais plutôt que le régime de relations de travail existant et l'objet de l'exclusion prévue par cette loi sont incompatibles avec la *Charte* et doivent être annulés en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette conclusion ne requiert pas l'adoption d'un régime de relations de travail en particulier ni n'empêche le gouvernement fédéral d'adopter un modèle autre que celui prévu par la *LRTFP* actuelle pour régir les relations de travail au sein de la GRC. En effet, s'il le juge à propos, le législateur demeure libre d'adopter tout modèle qu'il estime indiqué pour régir les relations de travail des employés de cette organisation, dans le respect des limites constitutionnelles imposées par la garantie prévue à l'al. 2d) et par l'article premier de la *Charte*.

## VII. Conclusion

[157] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours, et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles :

1. L'article 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361, viole-t-il l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Does para. (d) of the definition of “employee” at s. 2(1) of *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

[158] Had s. 96 of the *RCMP Regulations* not been repealed, it would have been declared to be of no force or effect. Paragraph (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* is of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

### I. Introduction

[159] In a constitutional democracy, the judicial branch of government is entrusted to rule on whether laws enacted by the legislature pass constitutional muster. But this Court’s rulings are not subject to review. Its rulings are binding on the legislative branch, unless that branch invokes the rarely resorted-to s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to provide that its legislation will operate notwithstanding breaches of certain constitutional rights. This means that constitutional

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, viole-t-il l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

[158] N’eût été son abrogation, l’art. 96 du *Règlement de la GRC* aurait été déclaré inopérant. L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle est inopérant en application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous suspendons la prise d’effet de la déclaration d’invalidité pour 12 mois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissentent) —

### I. Introduction

[159] Dans une démocratie constitutionnelle, le pouvoir judiciaire se prononce sur la constitutionnalité des lois adoptées par le législateur. Les décisions de la Cour ne sont toutefois pas susceptibles de contrôle. Elles lient le pouvoir législatif, à moins que celui-ci n’invoque l’art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — une disposition rarement invoquée — pour que la loi ait effet indépendamment des atteintes portées à certains droits constitutionnels. Cela signifie que les décisions de

decisions of this Court have the power to freeze matters in time and restrict Parliament's ability to change course in the future, where facts and policy imperatives may suggest or require a different approach.

[160] It is fundamental, therefore, that the judicial and legislative branches of government have respect for the role and responsibility of the other. The legislative branch must respect the decisions of the courts and comply with them. Courts must equally respect the role of the democratically elected legislature and its policy choices. The judicial branch must not exercise its great constitutional power to make rulings that are not firmly rooted in the text, context, and purpose of Canadian constitutional law. While a purposive approach to *Charter* interpretation has long been accepted, in the words of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, “it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question”. See also *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 19, per Abella J.

[161] Courts must be especially cautious when dealing with questions of socio-economic policy. Just as the government and legislature must respect the courts' expertise as judicial bodies, so too must courts appreciate that they are not best placed to make determinations as to which specific social or economic policy choice is most appropriate. The evaluation and implementation of social and economic policy require flexibility and fine-tuning. Courts should not expand *Charter* rights in such a way as to prevent governments from responding to new information or changing social and economic conditions.

la Cour qui tranchent des questions de nature constitutionnelle ont le pouvoir de figer les choses dans le temps et de restreindre la capacité du législateur de changer ultérieurement la teneur des lois, même si la conjoncture et des impératifs politiques pourraient suggérer ou exiger un changement d'orientation.

[160] Il est donc essentiel que les pouvoirs judiciaires et législatifs respectent leurs rôle et attributions respectifs. Ainsi, le pouvoir législatif doit respecter les décisions des tribunaux et s'y conformer et les tribunaux doivent, à leur tour, respecter le rôle des assemblées législatives démocratiquement élues et leurs choix de principe. Les organes du pouvoir judiciaire doivent se garder d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère la Constitution pour rendre des décisions qui ne sont pas solidement ancrées dans le texte, le contexte et l'objet du droit constitutionnel canadien. Bien que la méthode d'interprétation téléologique de la *Charte* soit celle qu'appliquent les tribunaux depuis longtemps, il importe, pour reprendre la formule employée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 : « de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question ». Voir également *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 19, la juge Abella.

[161] Les tribunaux doivent être particulièrement prudents lorsqu'ils abordent des questions ayant trait à des politiques socio-économiques. Tout comme l'État et le législateur doivent respecter la compétence des tribunaux en tant qu'organes judiciaires, les tribunaux doivent comprendre qu'ils ne sont pas les autorités les mieux placées pour prendre des décisions quant aux choix de politiques sociales ou économiques qui conviennent le mieux. L'évaluation et la mise en œuvre des politiques sociales et économiques exigent de la souplesse et des ajustements minutieux. Les tribunaux ne devraient donc pas élargir la portée des droits garantis par la *Charte* de telle sorte qu'ils empêchent les gouvernements de s'adapter à de nouvelles données ou encore à l'évolution de la société ou de la conjoncture économique.

[162] In my respectful opinion, the majority has departed from these core principles of constitutional law in this case. I am compelled to dissent. The courts must respect that concerns such as maintaining “the balance between employees and employer” and attaining “equilibrium” in labour relations (see majority reasons, at paras. 72 and 82) fall within the proper role and expertise of governments and legislatures, not the judiciary.

[163] Parliament enacted legislation creating a non-adversarial labour relations scheme for the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) — the Staff Relations Representative Program (“SRRP”) — that balances the competing policy interests arising in the context of a national police force. RCMP members democratically elect Staff Relations Representatives (“SRRs”) to represent their interests directly to management. Members can also communicate their workplace concerns to SRRs through independent employee associations, such as the appellant associations. The evidence is that, as the constitutional protection of freedom of association now guarantees, SRRs make collective representations on behalf of RCMP members and management considers those representations in good faith.

[164] This labour relations model permits RCMP members to exercise their freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. That the SRRP does not mimic the adversarial, Wagner model of labour relations prevalent in much labour legislation in Canada is of no consequence for constitutional purposes: *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 44-47. The majority in *Fraser* rejected the submission that *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, “constitutionalizes a full-blown Wagner system of collective bargaining” and clarified that *Health Services* “unequivocally

[162] Soit dit en tout respect, en l’espèce, les juges majoritaires se sont écartés de ces principes fondamentaux du droit constitutionnel. Je me vois donc contraint d’exprimer ma dissidence. Les tribunaux doivent respecter le fait que des préoccupations comme le souci d’atteindre « l’équilibre [. . .] entre les employés et l’employeur » et d’assurer un juste « rapport de forces » dans les relations de travail (voir motifs des juges majoritaires, par. 72 et 82) sont des préoccupations qui relèvent, non pas des tribunaux, mais du rôle et de la compétence des gouvernements et du législateur.

[163] Le législateur a adopté une loi créant, pour la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), un régime de relations de travail non contradictoire : le Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF »). Ce dernier concilie des intérêts stratégiques qui s’opposent dans le contexte d’un corps policier national. Les membres de la GRC élisent démocratiquement leurs représentants des relations fonctionnelles (« RRF ») pour que ceux-ci défendent leurs intérêts directement auprès de la direction. Les membres peuvent également informer leur RRF de leurs préoccupations relatives au travail par l’intermédiaire d’associations d’employés indépendantes, comme les associations appelantes. Suivant la preuve, grâce à la protection que la Constitution accorde à la liberté d’association, les RRF formulent des revendications collectives au nom des membres de la GRC et la direction les considère de bonne foi.

[164] Ce modèle de relations de travail permet aux membres de la GRC d’exercer la liberté d’association que leur garantit l’al. 2d) de la *Charte*. Le fait que le PRRF n’imite pas le modèle contradictoire de relations de travail de type Wagner qui prédomine dans la plupart des lois du travail au Canada ne tire pas à conséquence sur le plan constitutionnel (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 44-47). Dans cette décision, les juges majoritaires ont écarté l’argument selon lequel l’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, « constitutionnalise en vérité le modèle Wagner



stated that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome”: paras. 44-45; *Health Services*, at para. 91.

[165] The majority now reverses this Court’s recent interpretation of s. 2(d) of the *Charter* in both *Fraser* and *Health Services* so as to effectively compel a single model of collective bargaining. I cannot agree with such an approach. The evolution of labour relations in Canada will surely inspire further legislative changes to address changing circumstances and accumulated experience. This Court should not interpret s. 2(d) so as to stymie future reform and progress in this area. As acknowledged in *Health Services*:

... it is impossible to predict with certainty that the present model of labour relations will necessarily prevail in 50 or even 20 years ([P. A. Gall,] “Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword”, in J. M. Weiler and R. M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, at p. 248). [para. 91]

[166] Moreover, the majority in *Fraser* articulated the test for constitutionality under s. 2(d), in the labour relations context: whether the government action “makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible” (para. 98). Now, less than four years after that case was decided, the majority resiles from this test as it does not justify the conclusion it wishes to reach.

[167] I respectfully disagree with this constitutional reversal. As this Court has indicated, once rendered, constitutional decisions should only be subject to change or reversal under limited and rigorous conditions: *Fraser*, at para. 57. In

de négociation collective » et ont précisé que cet arrêt avait statué « sans équivoque que [l’al. 2d)] ne garantit ni l’application d’un modèle particulier de négociation collective, ni l’obtention d’un résultat donné » (par. 44-45; *Health Services*, par. 91).

[165] Les juges majoritaires répudient maintenant l’interprétation récente que la Cour a donnée à l’al. 2d) de la *Charte* dans les arrêts tant *Fraser* que *Health Services* et imposent en réalité un modèle unique en matière de négociation collective. Je ne puis souscrire à cette démarche. L’évolution des relations de travail au Canada inspirera sûrement aux divers législateurs et gouvernements des modifications aux lois et règlements pour faire face à des changements de circonstances et pour tenir compte de l’expérience accumulée. La Cour ne devrait donc pas interpréter l’al. 2d) de manière à bloquer les réformes futures ou les progrès dans ce domaine. D’ailleurs, comme la Cour l’a reconnu dans *Health Services* :

... on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations de travail sera celui qui s’imposera dans 50 ou même 20 ans ([P. A. Gall,] « Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler et R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248). [par. 91]

[166] De plus, toujours dans l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires ont formulé comme suit le critère de la constitutionnalité au regard de l’al. 2d) dans le contexte des relations de travail : il s’agit de savoir si la mesure prise par le gouvernement « rend de fait impossible l’association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail » (par. 98). Or, moins de quatre ans après le prononcé de cet arrêt, les juges majoritaires abandonnent ce critère parce qu’il ne justifie pas la conclusion à laquelle ils souhaitent en arriver.

[167] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord pour répudier de la sorte les décisions qui tranchent des questions de nature constitutionnelle. Comme la Cour l’a expliqué, une fois qu’elles ont été rendues, les décisions de ce type ne devraient

*Fraser*, this Court issued a stern warning: “The seriousness of overturning . . . recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated” (*ibid.*). The majority in this case does precisely that.

## II. Facts and Judicial History

[168] I accept, in general terms, the majority’s summary of the facts and lower court decisions in this case. Where I disagree, it is noted in the analysis below.

## III. Analysis

### A. *Freedom of Association*

[169] This Court has frequently been called upon to determine the ambit of freedom of association under s. 2(d) of the *Charter*. At its core, freedom of association protects an individual’s ability “to act in association with others to pursue common objectives and goals” (*Fraser*, at para. 25). However, the way in which this general proposition applies in the labour relations context has been hotly contested. In its 2007 decision in *Health Services*, the Court departed from earlier decisions and found that s. 2(d) encompasses a right to collective bargaining that “requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation”: para. 90. The majority of the Court affirmed this conclusion in 2011 in *Fraser*.

[170] Since the decisions in *Health Services* and *Fraser*, employees have had a constitutional right to make collective representations, which their employer must consider in good faith. The test to find an infringement of s. 2(d) in the labour relations context is “whether the impugned law or state

être modifiées ou infirmées qu’à de strictes et rigoureuses conditions (*Fraser*, par. 57). En effet, dans cet arrêt, la Cour a servi un sévère avertissement : « On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l’avis réfléchi de majorités claires » (*ibid.*). Or, c’est précisément ce que font les juges majoritaires dans le cas qui nous occupe.

## II. Les faits et l’historique judiciaire

[168] J’accepte, dans l’ensemble, le résumé que font les juges majoritaires des faits de l’espèce et des décisions des juridictions inférieures. Je signalerai dans l’analyse qui suit les points avec lesquels je suis en désaccord.

## III. Analyse

### A. *Liberté d’association*

[169] La Cour a fréquemment été appelée à se prononcer sur la portée de la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte*. Cette liberté protège essentiellement le droit des individus de « s’associer avec d’autres en vue de réaliser des objectifs communs » (*Fraser*, par. 25). Toutefois, la façon dont cette proposition générale s’applique dans le contexte des relations de travail est très controversée. Dans la décision *Health Services* rendue en 2007, la Cour a rompu avec sa jurisprudence antérieure et conclu que l’al. 2d) englobait un droit à la négociation collective qui « implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90). Une majorité des juges de la Cour a confirmé cette conclusion en 2011 dans l’arrêt *Fraser*.

[170] Depuis les arrêts *Health Services* et *Fraser*, les employés ont un droit reconnu par la Constitution de présenter des revendications collectives dont leur employeur doit tenir compte de bonne foi. Le test permettant de conclure à une violation de l’al. 2d) dans le contexte des relations de travail est

action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals” (*Fraser*, at para. 46). Collective bargaining is protected, but only “in the minimal sense of good faith exchanges” (*Fraser*, at para. 90; see also para. 42).

[171] Now, less than four years after *Fraser* was decided, the majority in this case expands freedom of association, requiring much more than good faith negotiations. It finds that the only way to have meaningful collective bargaining is through a process which “provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests” (para. 5). The majority also retreats from the effective impossibility test. Instead, it finds that s. 2(d) will be infringed by “[a] process that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining by reducing employees’ negotiating power” (para. 71 (emphasis added)).

[172] By relaxing the standard required to find a s. 2(d) violation, the majority takes freedom of association far beyond the ordinary meaning of those words and well beyond what the concept of “association” has been held to include. *Health Services* and *Fraser* provide that s. 2(d) protects the right to associate to make collective representations and to have employers consider those representations in good faith. The essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness: the voice that speaks on behalf of employees must represent their interests and be ultimately accountable to them. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(d) rights are protected in the collective bargaining context, nothing more. Only if legislation impairs the right of employees to have their interests advanced honestly and fairly

« [celui] de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail » (*Fraser*, par. 46). La négociation collective est protégée, mais uniquement « dans le sens d’un droit minimal strict à des échanges de bonne foi » (*Fraser*, par. 90; voir aussi le par. 42).

[171] Or, moins de quatre ans après le prononcé de l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires élargissent en l’espèce la portée de la liberté d’association en exigeant beaucoup plus que des négociations de bonne foi. Ils estiment que la seule façon d’assurer une véritable négociation collective est de prévoir un processus qui « offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre » (par. 5). Les juges majoritaires abandonnent également le critère de l’impossibilité effective de mener une véritable négociation collective. Ils concluent plutôt qu’il y a violation de l’al. 2d) lorsqu’on est en présence d’« [un] mécanisme qui porte substantiellement atteinte à un processus véritable de négociation collective en réduisant le pouvoir de négociation des employés » (par. 71 (je souligne)).

[172] En faisant ainsi le choix d’une norme moins exigeante pour conclure à une violation du droit protégé par l’al. 2d), les juges majoritaires confèrent à l’expression « liberté d’association » un sens qui dépasse de beaucoup celui qu’on reconnaît normalement à ces mots et qui déborde largement le cadre du concept d’« association » reconnu par la jurisprudence. Les arrêts *Health Services* et *Fraser* prévoient que l’al. 2d) protège le droit de s’associer en vue de présenter des revendications collectives à l’employeur et de les voir prises en considération de bonne foi par ce dernier. La caractéristique essentielle d’un régime de relations de travail qui permet aux employés d’exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité : le porte-parole des employés doit défendre leurs intérêts et, ultimement, leur rendre des comptes. La représentativité est l’impératif constitutionnel auquel

will that legislation be constitutionally suspect. That is not the case here.

[173] Facially, the type of right described in s. 2(d) does not impose obligations on third parties. However, freedom of association has now been interpreted as imposing obligations on others; in *Health Services* and *Fraser*, this Court found that employers are obliged to engage in good faith collective bargaining. Nonetheless, courts must be particularly cautious when considering an expansion of a constitutional right that would impose a constitutional obligation on a third party. The expansion of such rights, although beneficial for some, comes at the expense of the freedom of others, a trade-off that requires careful deliberation. This is particularly true given that such a decision removes matters from the scope of Parliament's powers to adjust the balance between parties as a matter of ordinary lawmaking.

[174] The interpretation of a *Charter* right must be principled and must not be so divorced from the text of the provision as to depart from the foundation of the right. When, in *Health Services* and *Fraser*, this Court recognized a derivative right to collective bargaining stemming from the purpose of s. 2(d) of the *Charter*, it extended constitutional rights beyond what had previously been accepted. To now add to that shaky foundation a further, attenuated addition — a derivative right onto the derivative — makes for an unsound and indefensible structure.

[175] The language used by the majority in this case creates greater rights, and imposes greater restrictions on the government, than either a plain or generous reading of s. 2(d) can logically provide, and rights beyond those that have been recognized

il faut satisfaire, sans plus, pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2d) sont protégés dans le contexte de la négociation collective. Ce n'est que si elle porte atteinte au droit des employés de faire défendre leurs droits honnêtement et équitablement qu'une loi sera considérée comme suspecte sur le plan constitutionnel, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[173] À première vue, le type de droit visé à l'al. 2d) n'impose pas d'obligations à autrui. Or, la liberté d'association est désormais interprétée comme imposant des obligations à des tiers : en effet, dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*, la Cour a jugé que les employeurs sont tenus de mener des négociations collectives de bonne foi. Les tribunaux doivent néanmoins être particulièrement prudents lorsqu'ils envisagent d'élargir la portée d'un droit constitutionnel qui imposerait une obligation constitutionnelle à un tiers. L'élargissement de la portée de tels droits, si elle est avantageuse pour certains, se fait aux dépens de la liberté d'autres personnes. Il s'agit d'un compromis exigeant une réflexion sérieuse, surtout qu'une telle décision retire au législateur certains pouvoirs grâce auxquels il peut rétablir l'équilibre entre les parties dans le cadre du processus habituel d'élaboration des lois.

[174] L'interprétation d'un droit protégé par la *Charte* doit reposer sur des principes et ne doit pas être dissociée du texte de la disposition au point de s'écarter du fondement du droit. En reconnaissant, dans *Health Services* et dans *Fraser*, l'existence d'un droit dérivé à la négociation collective fondé sur l'objectif visé par l'al. 2d) de la *Charte*, la Cour a élargi la portée des droits constitutionnels au-delà de ce qui avait déjà été reconnu. Rajouter maintenant à cette fondation fragile un élément aussi ténu — un droit dérivé d'un droit dérivé — ne fait que contribuer à créer une structure bancale et indéfendable.

[175] Les termes choisis par les juges majoritaires dans la présente affaire confèrent des droits plus étendus aux employés et restreignent encore davantage la marge de manœuvre du gouvernement que ce que le sens ordinaire ou une interprétation

in the context of s. 2(a), (b) and (c) of the *Charter*. There is no basis in s. 2(d) for such a departure.

#### B. *A Meaningful Process of Collective Bargaining*

[176] What the majority proposes as a meaningful process of collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter* now requires more than that “the parties . . . meet and engage in meaningful dialogue”: *Fraser*, at para. 41; see also *Health Services*, at para. 101. Now the majority says that the only way to achieve meaningful collective bargaining is through a process that “provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests”.

[177] I would not dispute that individuals may generally form or join associations of their choosing and may have those organizations be independent from other entities. However, *Health Services* and *Fraser* construed s. 2(d) in a particular context: association for the purposes of engaging in meaningful collective bargaining. Neither the choice of the organization representing employees for bargaining purposes nor the independence of that association are necessary to ensure that meaningful collective bargaining can occur.

[178] Choice and independence are central to Wagner-style labour relations. As will be explained, by selecting choice and independence as constitutional requirements for meaningful collective bargaining, the majority mandates an adversarial model of labour relations and precludes others which may be just as or more effective in contributing to meaningful collective bargaining.

généreuse de l’al. 2d) pourraient logiquement justifier et ils confèrent des droits qui vont plus loin que ceux qui ont été reconnus dans le cas des al. 2a), b) et c) de la *Charte*. Rien à l’al. 2d) n’autorise de s’écarter ainsi de ces autres interprétations.

#### B. *Un processus véritable de négociation collective*

[176] Ce que les juges majoritaires proposent comme processus véritable de négociation collective répondant aux conditions de l’al. 2d) de la *Charte* exige maintenant davantage que le fait que « les parties se rencontrent et qu’elles engagent un véritable dialogue » (*Fraser*, par. 41; voir aussi *Health Services*, par. 101). En effet, ils affirment désormais que, pour assurer un processus véritable de négociation collective, la seule façon de faire consiste à adopter un processus qui offre aux employés « une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre ».

[177] Je ne conteste pas que des personnes peuvent généralement former des associations de leur choix ou y adhérer et faire en sorte que ces organisations soient indépendantes d’autres entités. Toutefois, les arrêts *Health Services* et *Fraser* interprétaient l’al. 2d) dans un contexte particulier, soit celui d’une association en vue d’entamer de véritables négociations collectives. Ni le choix de l’organisation qui représente les employés aux fins de la négociation collective ni son indépendance face à la direction ne sont des éléments nécessaires pour assurer la tenue d’une véritable négociation collective.

[178] La liberté de choix et l’indépendance sont des aspects cruciaux des relations de travail structurées selon le modèle Wagner. Comme je l’expliquerai plus loin, en considérant que la liberté de choix et l’indépendance constituent des impératifs constitutionnels à la tenue de véritables négociations collectives, les juges majoritaires imposent un modèle de relations de travail contradictoire et ils écartent d’autres modèles qui peuvent être aussi efficaces sinon plus pour contribuer à la tenue de telles négociations.

(1) Choice

[179] Individuals have the constitutional right to form or belong to lawful associations of their choosing and there is nothing in the record before us to suggest that such a right has been infringed. RCMP members are free to join the appellants or other employee associations to seek fulfillment, autonomy, and self-actualization. Through those organizations they can participate in lobbying, educational, social, and other incidental activities. Those associations can also seek to advance the workplace interests of RCMP members by communicating with SRRs on their members' behalf.

[180] However, the appellants and the majority in this appeal propose that freedom of association extends beyond the right of employees to form and belong to an association of their choosing and includes the right to choose the association to represent employee interests for bargaining purposes and with which the employer must bargain. However, recognizing that the Wagner model in place in workplaces across Canada imposes limits on choice, the majority does not suggest that freedom of association protects an *individual's* right to choose the association to which he or she wishes to belong. Instead, the majority limits the constitutional right to the ability of employees, *en masse*, "to form and bargain through an association of their own choosing" (para. 110).

[181] The majority also acknowledges that even the collective right to bargain through an association of the group's choosing will not always be protected. For example, designated bargaining models such as the one established under Ontario's *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, S.O. 2014, c. 5, "may be acceptable" (para. 95), even though they provide the employee group with no choice of association. The bargaining agent for the group is designated. In order to legitimize its restriction on choice, the majority restates its requirement as a

(1) La liberté de choix

[179] Chacun a le droit, conféré par la Constitution, de former l'association licite de son choix ou d'y adhérer, et rien au dossier qui nous a été soumis ne permet de penser que ce droit a été violé. Les membres de la GRC sont libres de se joindre aux appelantes ou à d'autres associations d'employés pour favoriser leur épanouissement, leur autonomie et leur accomplissement personnel. Par l'entremise de ces organisations, ils peuvent faire du lobbying et participer à des activités éducatives ou sociales ou à d'autres activités connexes. Ces associations peuvent également chercher à promouvoir les intérêts professionnels des membres de la GRC en communiquant avec les RRF au nom de leurs membres.

[180] Toutefois, les appelantes et les juges majoritaires dans le présent pourvoi proposent d'étendre la portée de la liberté d'association, au-delà du droit des employés de former une association de leur choix et d'y adhérer, de manière à ce qu'elle englobe le droit de choisir l'association qui représentera leurs intérêts lors des négociations collectives et avec laquelle l'employeur devra négocier. Cependant, s'ils reconnaissent que le modèle Wagner adopté dans des milieux de travail partout au Canada limite la liberté de choix, les juges majoritaires ne suggèrent pas que la liberté d'association protège le droit d'*un individu* de choisir l'association à laquelle il souhaite appartenir. Ils limitent plutôt le droit constitutionnel en matière de négociation collective à la capacité reconnue aux employés, en bloc, « de former des associations et de négocier par l'entremise d'une association qu'ils ont choisie » (par. 110).

[181] Les juges majoritaires reconnaissent aussi que même le droit du groupe de négocier par l'entremise d'une association de son choix ne sera pas toujours protégé. Ainsi, selon eux, le modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui que prévoit la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario, L.O. 2014, c. 5 « pourrait être acceptable » (par. 95), et ce, même si ce modèle ne permet pas au groupe d'employés de choisir son association. L'agent négociateur du groupe est désigné. Pour légitimer la

vague constitutional right to the “degree of choice . . . that enables employees to have effective input into the selection of [their] collective goals” (para. 83).

[182] However, logically, effective input into the selection of collective workplace goals is not a matter of the choice of representative; it is a matter of having the right to choose the priorities that should be advanced on behalf of employees. The majority states that employees’ ability “to set and change collective workplace goals” is one hallmark of employee choice (para. 86). But the ability to have one’s views represented in shaping workplace goals is more than a hallmark: it is the key element in meaningful collective bargaining. What the majority’s restatement describes is a right to fair representation by a spokesperson, not a right to choose that representative.

[183] In the labour relations context, “choice” is ill suited as a criterion upon which to base the constitutional protection afforded to collective bargaining. There are schemes in place throughout the country, based on the Wagner model, that provide a mechanism by which a single employee representative association is designated for the purposes of bargaining with the employer, under the principle of majoritarian exclusivity. This principle mandates that the employer recognize an exclusive bargaining agent selected by a majority of employees to represent their interests within a given industry, sector, or business. However, there may be a large minority of employees whose preferred representative is not selected. Under such a model, their freedom of association will be constrained not only as to their choice of representative association, but also as to their ability to establish or join a rival association to bargain with management. Choice is similarly circumscribed for so-called Rand employees, who are denied the choice of paying union dues and refusing representation by the bargaining

restriction qu’ils apportent ainsi à la liberté de choix, les juges majoritaires reformulent leur critère comme un vague droit constitutionnel à la « liberté de choix [. . .] qui permet aux employés de participer véritablement au choix [de leurs] objectifs collectifs » (par. 83).

[182] Or, en toute logique, cette participation réelle quant au choix des objectifs collectifs ne dépend pas du représentant choisi, mais bien de la possibilité d’exercer le droit de choisir les priorités qui doivent être défendues au nom des employés. Suivant les juges majoritaires, la capacité des employés « d’établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail » est une des caractéristiques de la liberté de choix des employés (par. 86). La possibilité de faire défendre son point de vue afin de définir les objectifs de son milieu de travail est cependant bien plus qu’une caractéristique : il s’agit de l’élément clé d’une véritable négociation collective. Ce que les juges majoritaires évoquent dans leur reformulation du critère applicable est le droit d’être bien représenté par un porte-parole et non le droit de choisir ce représentant.

[183] Dans le contexte des relations de travail, la « liberté de choix » ne convient pas comme critère pour fonder la protection constitutionnelle du droit de négocier collectivement. En effet, il existe, un peu partout au Canada, des régimes inspirés du modèle Wagner qui prévoient un mécanisme par lequel une seule association chargée de représenter les employés est désignée pour négocier avec l’employeur, et ce, en application du principe du monopole syndical conféré par le vote majoritaire. Suivant ce principe, l’employeur doit reconnaître un seul agent négociateur choisi par une majorité d’employés pour qu’il défende leurs intérêts au sein d’une industrie, d’un secteur ou d’une entreprise donnés. Il est toutefois possible que le représentant que préfère une importante minorité d’employés ne soit pas celui qui est finalement choisi. Dans le contexte de l’application de ce modèle, leur liberté d’association se verra donc limitée non seulement quant au choix de leur représentant, mais également quant à leur capacité de créer une association rivale ou à y adhérer pour négocier avec la direction. La

agent. Such a limit on choice has been recognized as a valid limit on employees' freedom of association, since permitting unbounded choice of association would undermine the collective bargaining strength of employees and render the process of good faith bargaining unworkable for employers: see *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

[184] The majority defines “choice” in terms of four hallmarks: “the ability to form and join new associations, to change [employee] representatives, to set and change collective workplace goals, and to dissolve existing associations” (para. 86). The majority asserts that a designated bargaining model, such as Ontario’s *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, where specific bargaining agents are legislatively imposed, allows employees to “retain sufficient choice over workplace goals and sufficient independence from management to ensure meaningful collective bargaining” (para. 95). However, this model lacks three of the so-called hallmarks of choice: Ontario teachers cannot form and join new associations to bargain with employers, they cannot change the legislatively imposed bargaining agents that represent them, and they cannot dissolve those bargaining agents. The hallmark that this model does possess is what I have termed “representativeness”: the ability to set and change collective workplace goals (that is, the ability of teachers to have their interests represented). This suggests that the constitutional standard of s. 2(d) is likely met. The majority’s acceptance of the Ontario *School Boards Collective Bargaining Act, 2014* model undermines its argument that choice is an essential element of freedom of association.

liberté de choix est également restreinte pour les employés régis par la formule Rand, qui n’ont pas le choix de payer des cotisations syndicales et de refuser d’être représentés par l’agent négociateur. Cette contrainte sur le plan du choix a été reconnue comme une limite valide à la liberté d’association des employés, puisque le fait de permettre un choix d’associations illimité affaiblirait le pouvoir de négociation collective des employés et rendrait impossible la négociation de bonne foi pour les employeurs (voir *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209).

[184] Les juges majoritaires définissent la « liberté de choix » en fonction de quatre caractéristiques : « la capacité de constituer de nouvelles associations et d’y adhérer, celle de changer de représentants, d’établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail et celle de dissoudre les associations existantes » (par. 86). Ils affirment qu’un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné, comme celui prévu par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires de l’Ontario*, permet aux employés de conserver « la liberté de choisir les objectifs relatifs à leurs conditions de travail et une indépendance à l’égard de l’employeur qui suffisent à assurer la tenue d’une véritable négociation collective » (par. 95). Ce modèle ne respecte toutefois pas trois des soi-disant caractéristiques de la liberté de choix : les enseignants ontariens ne peuvent pas constituer de nouvelles associations ni y adhérer pour négocier avec leurs employeurs, ils ne peuvent pas changer les agents négociateurs qui les représentent, ceux-ci étant imposés par la loi, et ils ne peuvent déloger ces derniers. La caractéristique que possède toutefois ce modèle est ce que j’appelle la « représentativité », soit la capacité d’établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail (c’est-à-dire la capacité des enseignants de faire défendre leurs intérêts). Cela suggère que la norme constitutionnelle prévue à l’al. 2d) est vraisemblablement respectée. L’acceptation, par les juges majoritaires, du modèle créé par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires de l’Ontario* mine leur argument selon lequel la liberté de choix constitue un élément essentiel de la liberté d’association.



[185] Even the Wagner model does not rely exclusively on choice and independence to protect employee interests. The statutory provisions and associated case law recognize the central importance of representativeness by providing a number of protections for employee interests unrelated to choice or independence *per se*.

[186] Under the Wagner model of labour relations, the association designated as an exclusive bargaining agent cannot discriminate in carrying out its duties towards the employees it represents or go off in pursuit of its own agenda. Legislation and jurisprudence have evolved to guard against abuses of power by single bargaining agents, by imposing upon those agents a duty to represent all employees, even those who choose not to become “members” of that association: see the discussions in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, at pp. 518-20; and *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1309-15. It is the jurisprudence and legislation that ensures that the bargaining agent is representative of the interests of its constituency in whatever work that it undertakes on their behalf, whether the individual employees have chosen it or not.

[187] Similarly, a designated bargaining model, like Ontario’s *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, only leads to meaningful collective bargaining where there are statutory safeguards built in to ensure that the designated bargaining agent represents the interests of all employees and is ultimately accountable to them.

[188] The majority claims that choice and independence “overlap considerably” with representativeness and that the difference between them “is more semantic than real” (paras. 101 and 103). With respect, such blurring of distinct concepts

[185] Même le modèle Wagner ne compte pas exclusivement sur la liberté de choix et sur l’indépendance pour assurer la protection des droits des employés. Les dispositions législatives et la jurisprudence applicable reconnaissent l’importance capitale de la représentativité en prévoyant plusieurs mécanismes de protection des droits des employés qui n’ont rien à voir avec la liberté de choix ou l’indépendance comme tels.

[186] Suivant le modèle Wagner de relations de travail, l’association désignée comme agent négociateur exclusif ne peut faire preuve de discrimination dans l’accomplissement de ses obligations envers les employés qu’elle représente ni chercher à parvenir à ses propres fins. La loi et la jurisprudence ont évolué de manière à protéger les employés des abus de pouvoir de la part des agents négociateurs uniques en les obligeant à représenter l’ensemble des employés, même ceux qui choisissent de ne pas devenir « membres » de l’association en question : voir l’analyse de cette question dans les arrêts *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, p. 518-520, et *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l’Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1309-1315. C’est la jurisprudence et la loi qui assurent que l’agent négociateur représente les intérêts de ses commettants, peu importe le travail qu’il entreprend en leur nom, et ce, que les employés individuellement l’aient ou non choisi.

[187] De même, un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui prévu par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l’Ontario ne permet une véritable négociation collective que lorsqu’il incorpore des garanties légales assurant que l’agent négociateur en question représente les intérêts de l’ensemble des employés et leur rende des comptes.

[188] Les juges majoritaires affirment que les notions de liberté de choix et d’indépendance, d’une part, et celle de représentativité, d’autre part, « se chevauchent considérablement » et que la différence entre ces concepts est « davantage sémantique que

only creates confusion and ambiguity. Choice and independence may be a means by which representativeness is obtained, but there may be others, such as the statutory safeguards discussed above.

[189] A statutorily designated bargaining model such as the scheme established by the *Ontario School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, can ensure that employees' interests will be effectively represented to management even where the employees do not choose their individual representatives or the system in which this representation takes place. Section 2(d) of the *Charter* requires that bargaining agents represent the interests and workplace concerns of employees, what I call representativeness. The method by which the representative is determined is not a constitutional dictat.

[190] Mandating choice and independence as constitutional requirements forecloses an entire class of collaborative bargaining approaches that could be designed to address particular contexts in which a Wagner model of labour relations may be ill suited.

[191] In the case at bar, the context of a national police force led to the adoption of a statutory collaborative labour relations model. Within that model, RCMP members democratically select their representatives and those representatives have a statutory duty to represent employee interests. They can be replaced if they fail to uphold that duty.

[192] What protects the interests of employees under the Wagner model, a designated bargaining model such as that found in the *Ontario School Boards Collective Bargaining Act, 2014* or the RCMP's SRRP scheme is the obligation of representatives to act honestly and fairly in putting forward

réel[le] » (par. 101 et 103). Soit dit en tout respect, un tel embrouillement de concepts distincts ne fait que créer de la confusion et de l'ambiguïté. La liberté de choix et l'indépendance peuvent être des moyens d'assurer la représentativité, mais il existe d'autres mécanismes pour le faire, tels que les garanties légales dont nous avons déjà parlé.

[189] Un modèle de négociation désigné par la loi, comme dans le cas du modèle imposé par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario, peut garantir que les intérêts des employés seront efficacement défendus auprès de la direction même lorsqu'ils ne choisissent pas leurs représentants individuels ou le système dans le cadre duquel cette représentation s'effectue. L'alinéa 2d) de la *Charte* exige que les agents négociateurs représentent les intérêts et les préoccupations relatifs au milieu de travail des employés, c'est ce que j'appelle la représentativité. La méthode utilisée pour assurer cette représentation n'est pas prescrite par la Constitution.

[190] Imposer la liberté de choix et l'indépendance en tant qu'impératifs constitutionnels empêche de recourir à toute une panoplie d'autres méthodes de négociations collectives axées sur la collaboration qui pourraient être conçues pour satisfaire aux besoins de contextes donnés auxquels le modèle Wagner de relations de travail ne serait pas adapté.

[191] Dans le cas qui nous occupe, le contexte d'un corps policier national a conduit à l'adoption d'un modèle de relations de travail créé par la loi et axé sur la collaboration. Suivant ce modèle, les membres de la GRC choisissent démocratiquement leurs représentants qui, du fait de la loi, sont tenus de défendre les intérêts des employés. Ils peuvent d'ailleurs être remplacés s'ils manquent à ce devoir.

[192] Ce qui protège les intérêts des employés dans le contexte du modèle Wagner, un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui que l'on trouve dans la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario ou le PRRF de la GRC, c'est l'obligation

the views of the employees they represent and the establishment of a mechanism to remove those representatives if they do not.

[193] Neither the choice of the associational framework (*Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 33) nor the selection of a particular bargaining agent is a necessary component of freedom of association. Rather, because employees have a right to a “meaningful proces[s] by which they can pursue workplace goals” (*Fraser*, at para. 117), the voice with which they communicate with their employer as a collective must be representative of their interests. Provided that the spokespersons through whom employees make representations to their employer have a duty to represent the interests of all employees and that there is a means to hold those representatives to account, the workers’ “constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith” is met (*Fraser*, at para. 51). Representativeness is what *Fraser* mandates and there is no justification to embark upon the imposition of unnecessary constitutional constraints as the majority seeks to do in this appeal.

## (2) Independence of the Association

[194] The majority says that independence of the employee association from management is constitutionally required. However, it concedes that independence may not be absolute. The argument is that independence is sufficient if it permits the activities of the association to be “aligned with the interests of its members” (para. 83).

[195] With respect, the relevant question is not whether a legislatively prescribed association or process is independent in the sense that it segregates employees from management, but whether that process prevents employees, such as RCMP members, from associating to advance their collective workplace goals. To reiterate, the touchstone is representativeness.

qu’ont les représentants d’agir honnêtement et équitablement en faisant valoir le point de vue des employés qu’ils représentent, ainsi que la mise en place d’un mécanisme permettant de destituer ces représentants s’ils ne respectent pas cette obligation.

[193] Ni le choix du cadre associatif (*Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 33), ni la sélection d’un agent de négociation donné ne constituent des éléments nécessaires de la liberté d’association. Comme les employés ont droit à « un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail » (*Fraser*, par. 117), il faut plutôt que le porte-parole qui s’adresse à leur employeur en leur nom à tous représente leurs intérêts. À condition que le porte-parole par l’entremise duquel les employés font des représentations auprès de leur employeur ait l’obligation de représenter les intérêts de l’ensemble des employés et qu’il existe un moyen d’obliger ce porte-parole à rendre des comptes, le « droit constitutionnel [des travailleurs] de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi » est respecté (*Fraser*, par. 51). C’est la représentativité qu’exige l’arrêt *Fraser* et rien ne justifie d’imposer des contraintes constitutionnelles inutiles comme les juges majoritaires tentent de le faire dans le présent pourvoi.

## (2) Indépendance de l’association

[194] Selon les juges majoritaires, la Constitution exige que l’association d’employés soit indépendante de la direction. Ils admettent toutefois que cette indépendance peut ne pas être absolue. Selon leur raisonnement, l’indépendance suffisante est celle qu’assure une « correspondance entre les activités de l’association et les intérêts de ses membres » (par. 83).

[195] J’estime, soit dit en tout respect, que la vraie question ne soit pas celle de savoir si une association ou un processus prescrit par la loi est indépendant, en ce sens qu’il ou elle dissocie les employés de la direction, mais plutôt celle de savoir si cette association ou ce processus empêche des employés, comme les membres de la GRC, de s’associer en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Je le répète, la pierre angulaire, c’est la représentativité.

[196] The requirement that an employee association be independent from the employer originates from the *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)) — it did not pre-exist it. In recounting the history of labour relations in Canada, the majority of this Court in *Health Services* acknowledged that it was the *Wagner Act* that “explicitly recognized the right of employees to belong to a trade union of their choice, free of employer coercion or interference” and that “imposed a duty upon employers to bargain in good faith with their employees’ unions”: para. 56.

[197] In the years preceding the enactment of the *Wagner Act*, “company unions” — that is, employee associations featuring some degree of employer influence — were plentiful in both the United States and Canada: L. S. MacDowell, “Company Unionism in Canada, 1915-1948”, in B. E. Kaufman and D. G. Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy* (2000), 96, at p. 97. Though some company unions were contrived by employers to thwart legitimate worker representation, other non-union plans were designed to actively foster representation: see D. G. Taras, “Why Nonunion Representation Is Legal in Canada” (1997), 52 *Relat. ind.* 763.

[198] In 1935, Senator Robert Wagner introduced in the U.S. Senate the bill that would become known as the *Wagner Act*. This Act effectively abolished company unions: B. E. Kaufman, “Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years: A Reassessment”, in Kaufman and Taras, 21, at p. 26.

[199] Canada implemented its own version of the *Wagner Act* in 1944: the *Wartime Labour Relations Regulations*, P.C. 1003. This Order in Council, made under the authority of the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, incorporated the Wagnerian principle that employee associations be independent from the employer. At the end of the war, the Wagner model was continued in Canada by the federal *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C.

[196] L’obligation qu’une association d’employés soit indépendante de l’employeur tire son origine de la loi Wagner (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)) — elle n’existait pas avant elle. En relatant l’historique des relations de travail au Canada dans *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour ont reconnu que c’est cette loi qui a « expressément reconnu aux employés le droit d’appartenir au syndicat de leur choix, sans coercition ni ingérence de la part de l’employeur, et [qui] oblig[e] l’employeur à négocier de bonne foi avec les syndicats des travailleurs » (par. 56).

[197] Dans les années qui ont précédé l’adoption de la loi Wagner, les « syndicats de boutique » — c’est-à-dire les associations d’employés se caractérisant par un certain degré d’influence de l’employeur — étaient monnaie courante tant aux États-Unis qu’au Canada (voir L. S. MacDowell, « Company Unionism in Canada, 1915-1948 », dans B. E. Kaufman et D. G. Taras, dir., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy* (2000), 96, p. 97). Même si certains syndicats de ce type étaient forcés par les employeurs à contrecarrer la représentation légitime des travailleurs, d’autres formes de représentation non syndicale visaient à favoriser activement la représentation des travailleurs (voir D. G. Taras, « Why Nonunion Representation Is Legal in Canada » (1997), 52 *Relat. ind.* 763).

[198] En 1935, le sénateur Robert Wagner a soumis au Sénat américain le projet de loi qui allait devenir ce qui est depuis connu comme étant la loi Wagner. Cette loi a eu pour effet d’abolir les syndicats de boutique (B. E. Kaufman, « Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years : A Reassessment », dans Kaufman et Taras, 21, p. 26).

[199] Le Canada a adopté sa propre version de la loi Wagner en 1944 : le *Règlement des Relations ouvrières en temps de guerre*, C.P. 1003. Ce décret, pris en application de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, c. 206, incorporait le principe wagnérien suivant lequel les associations d’employés doivent être indépendantes de l’employeur. À la fin de la guerre, le modèle Wagner a été repris au Canada par la *Loi sur les relations industrielles*

1948, c. 54, and similar legislation enacted by most of the provinces: R. J. Adams, “A Pernicious Euphoria: 50 Years of Wagnerism in Canada” (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321, at p. 328.

[200] Thus, the *Wagner Act* consciously introduced the notion that trade unions should be independent from the employer for the purposes of collective bargaining. Canadian labour legislation, largely modelled on the *Wagner Act*, likewise imported this principle of independence. The notion of independence gained popularity in this particular historical context. It is not however an inherent aspect of collective bargaining.

[201] But even if independence were an essential feature of meaningful collective bargaining, the SRRP satisfies two of the majority’s indicia of independence: the freedom to elect employee representatives and control the association’s financial administration and activities. RCMP members democratically select the SRRs who will bring their workplace goals to management for consideration, and the Staff Relations Sub-Representatives (“sub-SRRs”) have the power to replace those SRRs who are not representative of employee interests. The SRRP administers its own budget. RCMP members cannot change their bargaining representative (the SRRP) without the consent of management and the government. But it is certainly open to them to change their SRRs if they are of the view that their collective workplace goals are not being adequately represented by the SRRP. Ontario teachers similarly cannot change their bargaining representatives without legislative approval. If the Ontario teachers’ bargaining statute meets the majority’s constitutional requirements, the SRRP must also meet those requirements.

[202] The majority states that “a lack of independence means that employees may not be able to advance their own interests, but are limited to picking and choosing from among the interests management permits them to advance” (para. 89). Similarly,

*et sur les enquêtes visant les différends du travail*, S.C. 1948, c. 54, ainsi que dans d’autres lois semblables édictées par la plupart des provinces (R. J. Adams, « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321, p. 328).

[200] Ainsi, la loi Wagner a délibérément introduit le concept selon lequel les syndicats devraient être indépendants de l’employeur pour tout ce qui concerne la négociation collective. La législation canadienne en matière du travail, qui s’est largement inspirée de cette loi, a également intégré ce principe d’indépendance qui est devenu plus populaire dans ce contexte historique particulier. Il ne constitue toutefois pas pour autant un élément inhérent à la négociation collective.

[201] Cela dit, même si l’indépendance était un élément essentiel de toute véritable négociation collective, le PRRF satisfait à deux des caractéristiques d’indépendance retenues par les juges majoritaires : la liberté de choisir les représentants des employés et celle de contrôler la gestion financière et les activités de l’association. En effet, les membres de la GRC choisissent démocratiquement les RRF qui soumettront à l’examen de la direction leurs objectifs relatifs au travail et les sous-représentants ont le pouvoir de remplacer les RRF qui ne défendent pas les intérêts des employés. De plus, le PRRF administre son propre budget. Certes, les membres de la GRC ne peuvent changer leur représentant (le PRRF) sans le consentement de la direction et du gouvernement. Il leur est toutefois loisible de changer leurs RRF s’ils estiment que leurs objectifs en matière de travail ne sont pas adéquatement défendus par le PRRF. Les enseignants ontariens ne peuvent pas non plus changer d’agent négociateur sans approbation législative. Si la loi régissant les négociations collectives des enseignants ontariens satisfait aux exigences constitutionnelles des juges majoritaires, le PRRF doit lui aussi y satisfaire.

[202] Les juges majoritaires déclarent qu’« un manque d’indépendance signifie que les employés ne sont peut-être pas en mesure de faire valoir leurs propres intérêts, mais qu’ils doivent choisir parmi ceux que l’employeur les autorise à défendre »

the appellants suggest that employee representatives working within a cooperative employee-management labour relations model cannot properly represent the interests of employees. According to them, employees who are dependent on management for salary increases, performance appraisals, and promotions will be reluctant to put forward employee interests that may not be looked upon favourably by management.

[203] However, both the majority and the appellants ignore representativeness. Representatives must fairly represent the interests of all employees. Any representative who limits representation based on what management permits or who places their own employment interests above the interests of all employees will be held accountable for his or her own actions. So long as employees have recourse to ensure that their views are put forward to management and that their representatives are working in their interests, the labour relations process will not be dominated by management and employees will have the means to work towards their collective workplace goals.

[204] Thus, the Wagner model is by no means the only way to achieve meaningful collective bargaining: alternative schemes could be equally or more effective. It is not the role of this Court to preclude legislative reform by entrenching key features of a particular system and shoeorning them into the fundamental *Charter* guarantee of freedom of association.

### C. *Adversarialism*

[205] By requiring independence, and defining it as it does, the majority constitutionalizes adversarial labour relations, a central feature of the Wagner model. As explained above, s. 2(d) of the *Charter* currently protects a process whereby employees may make representations and have them considered in good faith by employers. Nothing in that requirement mandates that employees must

(par. 89). De même, les appelantes suggèrent que des représentants des employés qui travaillent dans le cadre d'un modèle de relations de travail fondé sur la collaboration entre la direction et les employés ne peuvent représenter correctement les intérêts des employés. Selon elles, les employés qui dépendent de la direction pour leurs hausses salariales, leurs évaluations de rendement et leurs promotions hésiteront à défendre les intérêts des employés que la direction pourrait ne pas voir sous un jour favorable.

[203] Tant les juges majoritaires que les appelantes négligent toutefois la représentativité. Le représentant se doit de bien défendre les intérêts de tous les employés. Celui qui restreint le cadre de son mandat en fonction de ce que lui permet la direction ou qui fait passer ses intérêts professionnels avant ceux de l'ensemble des employés devra répondre de ses gestes. Dès lors que les employés disposent de recours pour s'assurer que leur point de vue est relayé à la direction et que leurs représentants travaillent dans leur intérêt, le processus de relations de travail n'est pas dominé par la direction et les employés disposent de moyens leur permettant de travailler en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail.

[204] En conséquence, le modèle Wagner est loin d'être le seul moyen qui permet d'assurer une véritable négociation collective; d'autres régimes pourraient être aussi efficaces sinon plus. Il n'appartient pas à la Cour d'empêcher des réformes législatives en cristallisant certaines caractéristiques essentielles d'un régime particulier et en les intégrant à la garantie fondamentale de la liberté d'association prévue par la *Charte*.

### C. *Caractère contradictoire*

[205] En exigeant l'indépendance et en la définissant comme ils le font, les juges majoritaires constitutionnalisent les relations de travail contradictoires, un trait caractéristique du modèle Wagner. Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 2d) de la *Charte* protège actuellement le processus par lequel les employés peuvent formuler des revendications et s'assurer que l'employeur les examine de bonne foi.

make their representations through an adversarial advocate rather than through a collaborative model.

[206] Research has suggested that adversarialism generates outcomes that are less beneficial for employees than systems involving labour-management cooperation: see R. J. Adams, “Public Employment Relations: Canadian Developments in Perspective”, in G. Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring* (2001), 212, at p. 221. Critics have decried the inherently adversarial nature of the Wagner model of labour relations as inconsistent with modern “high performance workplace” systems, and have noted that the Wagner model’s encouragement of conflict may be associated with lower levels of performance: Adams, “A Pernicious Euphoria”, at pp. 344-45. Roy J. Adams has noted the negative consequences of the Wagner model, including the model’s encouragement of employee exclusion from managerial decision making: *ibid.*, at pp. 342-45.

[207] It is a mistake to view an adversarial approach as essential to meaningful collective bargaining. Where there are discussions between employees and management allowing employee concerns to be taken into account in future planning, a collaborative form of negotiation can be better at furthering workplace goals than an adversarial negotiation that takes place after managerial planning and decisions have been made and positions hardened.

[208] No labour relations model is perfect. That is why governments need flexibility to select the appropriate model in any given situation and to adapt to changing circumstances. The majority concedes that there “has been ongoing debate on the desirability of various forms of workplace representation and cooperation and on their coexistence”

Rien dans ce processus n’oblige les employés à formuler leurs observations par l’intermédiaire d’un porte-parole qui mise sur l’affrontement plutôt que de recourir à un modèle axé sur la collaboration.

[206] Les recherches indiquent que l’antagonisme produit des résultats moins avantageux pour les employés que les systèmes faisant appel à une collaboration entre les travailleurs et la direction (voir R. J. Adams, « Public Employment Relations : Canadian Developments in Perspective » dans G. Swimmer, dir., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring* (2001), 212, p. 221). Les critiques reprochent au modèle Wagner des relations de travail son caractère intrinsèquement contradictoire en faisant valoir qu’il est incompatible avec les systèmes modernes de [TRADUCTION] « milieux de travail à haut rendement »; ils font également observer qu’il est possible d’associer le fait que le modèle Wagner encourage les conflits aux niveaux plus faibles de rendement obtenus (Adams, « A Pernicious Euphoria », p. 344-345). En outre, l’auteur Roy J. Adams a signalé les conséquences néfastes du modèle Wagner, dont le fait qu’il incite la direction à exclure les employés de la prise de décisions (*ibid.*, p. 342-345).

[207] C’est une erreur de considérer le modèle contradictoire comme essentiel à la tenue de véritables négociations collectives. Lorsque des discussions entre les employés et la direction permettent la prise en compte des préoccupations des employés lors des planifications futures, une forme de négociation axée sur la collaboration peut davantage favoriser l’atteinte des objectifs en milieu de travail qu’une négociation contradictoire qui intervient après la planification et après que les décisions ont été prises par la direction et que les parties ont durci leur position.

[208] Aucun modèle de relations de travail n’est parfait. C’est la raison pour laquelle les gouvernements doivent faire preuve de souplesse lorsqu’ils choisissent celui qui convient à une situation donnée et c’est la raison pour laquelle ils doivent tenir compte de l’évolution de la situation. Les juges majoritaires prennent acte du

and that “[t]he search is not for an ‘ideal’ model” (paras. 96-97). The majority also acknowledges that “nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways” (para. 97). I agree that s. 2(d) has not been interpreted to impose a particular type of labour relations framework, until now.

[209] By making the independence of an employee association a necessary condition to satisfy s. 2(d) of the *Charter*, the majority ensures that conflict-based rather than collaborative schemes will be inevitable. To say that parties are still free to cooperate with each other is unrealistic once this Court has entrenched a requirement for a Wagner-style scheme, which inescapably leads to confrontation and posturing. A bargaining agent that takes a cooperative approach to negotiating with an employer will be vulnerable to the same criticisms leveled by the appellants here — that they have become one with management and are not identifying and advancing employee workplace goals free from management influence or interference. Inevitably, bargaining agents will have to embrace a confrontational rather than cooperative style of negotiations, not only to justify their existence but to keep more aggressive, rival bargaining agents at bay. The result will be to widen differences between employee and employer bargaining positions and make negotiation and resolution more difficult to achieve.

[210] Implicit in the majority’s articulation of meaningful collective bargaining is the view that management is the enemy of the employees and the only way in which employees may improve their position is through adversarial confrontation.

« débat actuel sur l’opportunité de différentes formes de représentation et de collaboration en milieu de travail et sur leur coexistence » et du fait qu’il « ne s’agit pas de trouver le régime “idéal” de négociation collective » (par. 96-97). Ils reconnaissent également que « rien dans la *Charte* n’empêche une association d’employés de s’engager librement avec l’employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration » (par. 97). Je suis d’accord pour dire que l’al. 2d) n’a pas été interprété de manière à imposer un type de cadre de relations de travail donné, du moins jusqu’à maintenant.

[209] En faisant de l’indépendance d’une association d’employés une condition nécessaire pour satisfaire à l’al. 2d) de la *Charte*, les juges majoritaires s’assurent que ce sont des modèles axés sur la confrontation plutôt que sur la collaboration qui seront inévitablement mis en place. Dire que les parties pourront encore collaborer est irréaliste dès lors que la Cour aura consacré la nécessité d’adopter un système inspiré du modèle Wagner, un système qui conduit forcément à la confrontation et au durcissement des positions. Dans un tel contexte, l’agent négociateur qui adopterait une approche collaborative pour négocier avec l’employeur prêterait le flanc aux mêmes critiques que celles formulées par les appelantes en l’espèce : il se ferait reprocher d’avoir pris fait et cause pour la direction, de ne pas s’identifier aux objectifs des employés quant à leurs conditions de travail et de ne pas défendre leurs intérêts à l’abri de l’influence ou de l’ingérence de la direction. Inévitablement, les agents négociateurs devront adopter un style de négociation axé sur la confrontation plutôt que sur la collaboration, non seulement pour justifier leur existence, mais pour tenir à distance des agents négociateurs rivaux plus agressifs. Du coup, l’écart entre les positions de négociation de la direction et des employés se creusera encore plus, ce qui rendra les négociations et la recherche d’une solution plus difficiles.

[210] La façon dont les juges majoritaires conçoivent la notion de véritable négociation collective laisse implicitement entendre que la direction est l’ennemi des employés et que la seule façon pour ces derniers d’améliorer leur sort consiste



However, a collaborative model that provides an opportunity for employees to have input and influence at the strategic planning stage of decision making can enhance rather than undermine employee control over their working conditions. Collaborative models are consistent with the majority's holding in *Health Services*, that the employees' right to collective bargaining "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation" (para. 90 (emphasis added)).

[211] To hold that the derivative right to collective bargaining in s. 2(d) of the *Charter*, as determined in *Fraser*, mandates that workplace associations be structurally independent of the employer constitutionalizes an adversarial model of labour relations and effectively excludes collaborative models. To enshrine an adversarial model of labour relations as a *Charter* right reverses this Court's findings in *Health Services* and in *Fraser* that s. 2(d) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome: *Fraser*, at para. 45; *Health Services*, at para. 91. The majority in *Fraser* further noted that "the logic of *Dunmore* and *Health Services* is at odds with the view that s. 2(d) protects a particular kind of collective bargaining": para. 46. Less than four years after *Fraser*, the majority reverses not only the Labour Trilogy (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460), *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and *Delisle*, but also *Health Services* and *Fraser* in order to arrive at the result it seeks in this case. In doing so, the majority ignores the caution given in *Fraser*:

à recourir à la confrontation et à l'affrontement. Toutefois, un modèle axé sur la collaboration qui offre la possibilité aux employés de participer à l'étape de la planification stratégique de la prise de décision et d'influencer celle-ci est susceptible d'améliorer et non de miner le contrôle des employés sur leurs conditions de travail. De fait, les modèles axés sur la collaboration s'accordent avec la conclusion des juges majoritaires dans *Health Services* suivant laquelle le droit des employés à la négociation collective « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90 (je souligne)).

[211] Conclure que le droit dérivé à la négociation collective conféré par l'al. 2d) de la *Charte*, qui a été reconnu dans *Fraser*, exige que les associations créées en milieu de travail soient structurellement indépendantes de l'employeur revient à constitutionnaliser un modèle de relations de travail axé sur la confrontation et à exclure tout modèle axé sur la collaboration. Inscire un modèle de relations de travail contradictoire en tant que droit reconnu par la *Charte* revient à répudier les conclusions tirées antérieurement par la Cour selon lesquelles l'al. 2d) ne garantit ni l'application d'un modèle particulier de négociation collective, ni l'obtention d'un résultat donné (*Fraser*, par. 45; *Health Services*, par. 91). Les juges majoritaires dans *Fraser* ont également fait observer que « la logique qui sous-tend les arrêts *Dunmore* et *Health Services* n'admet pas l'idée que l'al. 2d) protège un type particulier de négociation collective » (par. 46). Or, moins de quatre ans après le prononcé de cet arrêt, les juges majoritaires désavouent non seulement la trilogie en matière de droit du travail (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460), *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, et *Delisle*, mais ils répudient également les arrêts *Health Services* et *Fraser* pour pouvoir parvenir au résultat qu'ils recherchent dans le cas qui nous occupe. Ce faisant, les juges majoritaires ignorent la mise en garde formulée dans *Fraser* :

The seriousness of overturning two recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. This is particularly so given their recent vintage. *Health Services* was issued only four years ago, and, when this appeal was argued, only two years had passed. [para. 57]

[212] As this Court recently observed in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101: “Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies” (para. 38). Certainty in the law is essential: it permits Canadians to know what to expect from the courts, their governments, and each other. It is open to this Court to depart from its previous jurisprudence in some circumstances, but the importance and value of certainty demand that such departures be made infrequently and only where they have been carefully and explicitly considered to ensure that the departure is justified and that the implications of such a deviation from the normal rule of *stare decisis* have been fully and carefully analyzed. The majority has failed to do so and its departure from authoritative precedents does not satisfy this high standard.

D. *Is It Effectively Impossible to Achieve Workplace Goals?*

[213] In *Fraser*, the test for infringement of s. 2(d) of the *Charter* was stated to be whether the government action or legislation made it *effectively impossible* for employees to join in meaningful association to make representations to the employer and to have their views considered in good faith: para. 98. There is no escaping the majority’s decision in that case; it referred to the test of impossibility — either effective or substantial impossibility — *no less than 12 times*, tracing its origins in the decisions of *Dunmore* and *Health Services* and then applying it to the case before the Court: see *Fraser*, at paras. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 and 98. Despite the emphatic finding in *Fraser* that “the question is

On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l’avis réfléchi de majorités claires. Leur caractère récent milite d’autant plus contre leur abandon. *Health Services* a été prononcé il y a seulement quatre ans, et lorsque le présent pourvoi a été entendu, seulement deux ans s’étaient écoulés. [par. 57]

[212] Ainsi que la Cour l’a récemment fait observer dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 : « La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C’est d’ailleurs l’assise fondamentale de la common law » (par. 38). La certitude du droit est essentielle : elle permet aux Canadiens de savoir à quoi s’attendre des tribunaux, de leurs gouvernements et les uns des autres. Si la Cour peut bel et bien rompre avec sa jurisprudence antérieure dans certaines circonstances, l’importance et la valeur de la notion de certitude exigent qu’elle ne le fasse que rarement et qu’après avoir attentivement et expressément examiné la situation pour s’assurer que sa décision est justifiée et que les conséquences de cette dérogation au principe habituel de la règle du *stare decisis* ont été attentivement et pleinement soupesées. Les juges majoritaires ne l’ont pas fait en l’espèce et leur décision de rompre avec la jurisprudence antérieure ne satisfait pas à cette norme exigeante.

D. *Est-il effectivement impossible de réaliser les objectifs des membres relatifs au travail?*

[213] Dans l’arrêt *Fraser*, le test permettant de conclure à une violation de l’al. 2d) de la *Charte* a été défini comme suit : la loi ou la mesure adoptée par l’État rend-elle *effectivement impossible* l’association véritable d’employés en vue de présenter des observations à l’employeur et de les voir prises en compte de bonne foi par lui? (par. 98). On ne peut ignorer la décision des juges majoritaires dans cet arrêt : ils mentionnent le critère de l’impossibilité — substantielle ou effective — *à pas moins de 12 reprises*, en retraçant les origines aux arrêts *Dunmore* et *Health Services* et en appliquant ensuite ce critère à l’affaire dont ils sont saisis (voir *Fraser*, par. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 et 98). Même si la Cour

whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals” (para. 46 (emphasis added)), less than four years later, the majority now says that “the majority in *Fraser* adopts substantial interference as the *legal test* for infringement of freedom of association”: para. 75 (emphasis added). With respect, by resiling from a test so recently established and refusing to acknowledge this departure, the majority undermines the legitimacy of its approach in this appeal.

[214] The majority attempts to excuse its departure from the *Fraser* standard by asserting that the Court in that decision used “effective impossibility” to describe the effect of a legislative scheme but used “substantial interference” as the legal test for infringement of s. 2(d). Inconveniently for my colleagues, at para. 46, the majority in *Fraser* unambiguously states: “In every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals” (emphasis added).

[215] Such clear language is now dismissed by the majority as “unnecessarily complicat[e]d” (para. 77). However, the real complication is that the language in *Fraser* does not support the majority’s revised s. 2(d) standard. There is no doubt that the majority in *Fraser* firmly established a high threshold for infringement of the derivative right to collective bargaining. A labour relations regime that permits representatives to advance the interests of employees to the employer, who must in turn consider and discuss these representations in good faith, will not meet this threshold and therefore will not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

déclare de façon catégorique dans l’arrêt *Fraser* que « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail » (par. 46 (je souligne)), moins de quatre ans plus tard, mes collègues affirment maintenant que « les juges majoritaires dans *Fraser* ont adopté le *test juridique* de l’entrave substantielle pour conclure à une atteinte au droit d’association » (par. 75 (je souligne)). Soit dit en tout respect, je suis d’avis qu’en répudiant un test admis aussi récemment et en refusant de reconnaître qu’ils s’en écartent, les juges majoritaires discréditent la légitimité de leur démarche dans le présent pourvoi.

[214] Les juges majoritaires tentent de justifier leur décision de s’écarter de la norme établie dans *Fraser* en faisant valoir que, dans cet arrêt, la Cour a recouru au concept de « l’impossibilité effective » pour décrire les effets d’un régime législatif, alors que c’est le test de « l’entrave substantielle » qui a été retenu comme test juridique pour juger de l’atteinte ou non au droit protégé par l’al. 2d). Malencontreusement pour mes collègues, au par. 46 de l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires déclarent sans équivoque que : « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail » (je souligne).

[215] Les juges majoritaires écartent maintenant du revers de la main une formulation pourtant limpide en faisant valoir qu’elle « compliqu[e] inutilement » l’analyse (par. 77), alors que la véritable complication réside plutôt dans le fait que la formulation de l’arrêt *Fraser* n’appuie pas la norme révisée qu’ils appliquent à l’al. 2d). Il ne fait aucun doute que, dans *Fraser*, les juges majoritaires ont fixé un seuil exigeant pour pouvoir conclure à la violation du droit dérivé à la négociation collective. Un régime de relations de travail qui permet aux représentants des employés de défendre les intérêts de ces derniers auprès de l’employeur qui doit, à son tour, examiner et analyser ces représentations de bonne foi, n’atteint pas ce seuil minimal et ne contrevient donc pas à l’al. 2d) de la *Charte*.

[216] The majority, however, now lowers this threshold by adopting a substantial interference test, stating that “the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining” (para. 72). With respect, the majority’s numerous references to balance and equilibrium blur the true effect of its decision: to impose adversarial collective bargaining on the complex labour negotiation process.

[217] Despite *Fraser’s* repeated articulation of the effective impossibility test, the majority now reverts to a less stringent test in order to reach its desired outcome. It finds that the SRRP substantially interferes with the ability of RCMP members to associate to achieve collective workplace goals because the collaborative scheme does not achieve the employer-employee balance it says s. 2(d) of the *Charter* now requires. Fairness and certainty require that where settled law exists, courts must apply it to determine the result in a particular case. They may not identify a desired result and then search for a novel legal interpretation to bring that result about.

#### E. *Application to the Facts of This Case*

##### (1) The Imposition of the SRRP

[218] The majority finds that in both purpose and effect, the imposition of the SRRP violates s. 2(d) because RCMP members “are represented by an organization they did not choose and do not control”, the SRRP is not independent of management, and the “process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining”, leaving members in “a disadvantaged, vulnerable position” (para. 106). I respectfully disagree. The correct standard against

[216] Les juges majoritaires abaissent toutefois maintenant ce seuil en adoptant le test de l’entrave substantielle lorsqu’ils écrivent qu’« il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l’équilibre des rapports de force entre les employés et l’employeur que l’al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu’elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective » (par. 72). J’estime, en toute déférence, que les nombreuses allusions des juges majoritaires à l’équilibre masquent l’effet véritable de leur décision, soit d’imposer un modèle contradictoire au processus complexe des négociations collectives.

[217] Même si le test de l’impossibilité effective a été formulé à répétition dans *Fraser*, les juges majoritaires se rabattent maintenant sur un test moins rigoureux pour parvenir au résultat qu’ils désirent. Ils concluent que le PRRF entrave de façon substantielle la capacité des membres de la GRC de s’associer pour réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail parce que ce modèle axé sur la collaboration ne permet pas d’atteindre l’équilibre employeur-employé exigé désormais selon eux par l’al. 2d) de la *Charte*. L’équité et la notion de certitude exigent que, lorsque la jurisprudence est déjà fixée, les tribunaux l’appliquent pour arrêter la solution dans l’affaire dont ils sont saisis. Ils ne peuvent pas déterminer à l’avance le résultat souhaité pour chercher ensuite une nouvelle interprétation juridique permettant d’obtenir ce résultat.

#### E. *Application aux faits de la présente affaire*

##### (1) L’imposition du PRRF

[218] Les juges majoritaires concluent que, tant par son objet que par ses effets, l’imposition du PRRF porte atteinte au droit protégé par l’al. 2d) parce que les membres de la GRC « se trouvent représentés par un organisme qu’ils n’ont pas choisi et qu’ils ne contrôlent pas », que le PRRF est dépourvu d’indépendance à l’égard de la direction, et que « [l]es employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le programme n’établit pas, entre eux et l’employeur, l’équilibre

which the SRRP should be evaluated is whether the process renders meaningful collective bargaining effectively impossible. Collective bargaining will be meaningful where the employee association is representative of employee interests. SRRs are able to fairly represent employee interests to management and the employer, in turn, considers their representations in good faith. Whether the *Fraser*-mandated effective impossibility test or even the majority's new substantial interference test is applied, it is clear that the SRRP does not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

(a) *Representativeness*

[219] RCMP members did not choose their associational framework for bargaining purposes. But this is not the crucial issue. Rather, this Court must consider whether the labour relations structure that was imposed by s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361 (repealed and replaced by SOR/2014-281), enables RCMP members to have confidence in their spokespersons and whether those representatives have a duty to represent the interests of all employees and can be held to account. Management then has a constitutional obligation to consider in good faith the representations made on behalf of RCMP members: see *Fraser*, at para. 99.

[220] The SRRP must represent “the interests of all members of the Royal Canadian Mounted Police” (SRRP Constitution, s. 1 (emphasis added)) and must “facilitate [the] participation” of RCMP members “in the development and implementation of Force policies and programs” (SRRP Constitution, s. 2; see also SRRP Agreement, s. 1). RCMP members within a particular division or zone elect SRRs and sub-SRRs for that area (SRRP Constitution, ss. 4 and 16; SRRP Agreement, s. 3), and any RCMP member who is not in a conflict of interest may run for election. SRRs serve for a two-year term. They must “[c]onsult with members and/or their

essentiel à la tenue d’une véritable négociation collective » (par. 106). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. La norme qu’il convient d’appliquer pour examiner le PRRF est celle de savoir si le processus mis en place rend effectivement impossible la tenue d’une véritable négociation collective. Il y a une telle négociation lorsque l’association d’employés représente les intérêts de ces derniers. Or, les RRF sont en mesure de représenter équitablement les intérêts des employés auprès de la direction, et l’employeur, à son tour, tient compte de bonne foi des revendications qui lui sont faites. Qu’on applique le test de l’impossibilité effective prévu par l’arrêt *Fraser* ou même le nouveau test de l’entrave substantielle proposé par les juges majoritaires, il est évident que le PRRF ne porte pas atteinte au droit protégé par l’al. 2d) de la *Charte*.

a) *Représentativité*

[219] Certes, les membres de la GRC n’ont pas choisi leur cadre associatif pour les besoins de la négociation. Ce n’est toutefois pas la question cruciale. La Cour doit plutôt se demander si la structure de relations de travail qui était prescrite par l’art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361 (abrogé et remplacé par DORS/2014-281) permet aux membres de la GRC d’avoir confiance en leurs porte-parole et crée l’obligation pour ces derniers de défendre les intérêts de l’ensemble des employés et de leur rendre des comptes. La direction a ensuite l’obligation constitutionnelle de tenir compte de bonne foi des observations présentées au nom des membres de la GRC (voir *Fraser*, par. 99).

[220] Le PRRF doit assurer la représentation des « intérêts de tous les membres de la Gendarmerie royale du Canada » (Statuts du PRRF, art. 1 (je souligne)) et doivent « faciliter [. . .] [la] participation [des membres de la GRC] à l’élaboration et à la mise en application des politiques et des programmes de la Gendarmerie » (Statuts du PRRF, art. 2; voir également l’Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 1). Les membres de la GRC d’une division ou d’une zone désignée choisissent leur RRF et les sous-représentants de cette région (Statuts du PRRF, art. 4 et 16; Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 3), et tout membre de la

representatives on issues affecting or potentially affecting them” (SRRP Constitution, s. 13(C)(3)), while sub-SRRs must “[e]stablish and maintain good working relations and open channels of communication with members, supervisors and the area commander” (SRRP Constitution, s. 14(B)(1)). The program is designed, in part, to “facilitate effective representation and participation at all appropriate levels” (SRRP Constitution, s. 3(D)). All sub-SRRs in a given division, zone or designated area may unanimously declare that they do not have confidence in an SRR, removing that SRR from office. Accordingly, SRRs can be held to account to ensure that they represent employee interests.

[221] RCMP members may also form and join independent employee organizations of their choice, such as the appellant organizations and the Mounted Police Members’ Legal Fund: see *Delisle*, at para. 31. These associations are able to submit the concerns of their members about workplace issues to the SRRs and sub-SRRs. The SRRP Constitution specifies that SRRs have the duty to represent members’ interests: this includes the duty to “[c]onsult with members and/or their representatives on issues affecting or potentially affecting them that are the subject of discussion in committees, at [the SRRP] Caucus or as part of studies or reviews” (s. 13(C)(3)). Sub-SRRs are similarly responsible for liaising between SRRs and members, and must “alert the SRR and management to emerging issues and concerns requiring redress at their level”: SRRP Constitution, s. 14(B)(2).

[222] The appellants present some evidence that SRRs do not always engage with independent employee associations. But this does not render the system unconstitutional, as long as the SRRs represent the interests of all employees and can be held

GRC qui n’est pas en conflit d’intérêts peut se porter candidat. Les RRF sont élus pour un mandat de deux ans. Ils doivent « [c]onsulter les membres, leurs représentants ou les deux sur les questions ayant ou pouvant avoir une incidence sur eux » (Statuts du PRRF, art. 13(C)(3)), tandis que les sous-représentants doivent « [é]tablir et maintenir de saines relations de travail et une communication ouverte avec les membres, les superviseurs et le chef de secteur » (Statuts du PRRF, art. 14(B)(1)). Le programme est conçu pour, notamment, « faciliter la représentation et la participation efficaces à tous les niveaux appropriés » (Statuts du PRRF, art. 3(D)). Tous les sous-représentants d’une division, d’une zone ou d’un secteur désigné peuvent unanimement déclarer qu’ils retirent leur confiance à un RRF et le destituer de son poste. On peut donc obliger les RRF à rendre des comptes pour s’assurer qu’ils défendent bel et bien les intérêts des employés.

[221] Les membres de la GRC peuvent aussi constituer les associations indépendantes de travailleurs de leur choix, comme les organisations appelantes et le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, et y adhérer (voir *Delisle*, par. 31). Ces associations peuvent soumettre aux RRF et aux sous-représentants les préoccupations de leurs membres au sujet de problèmes relatifs au travail. Les Statuts du PRRF précisent que les RRF ont l’obligation de défendre les intérêts de leurs membres, ce qui comprend l’obligation de « [c]onsulter les membres, leurs représentants ou les deux sur les questions ayant ou pouvant avoir une incidence sur eux et faisant l’objet de discussions en comité ou en Caucus, ou dans le cadre d’études ou d’examen » (art. 13(C)(3)). Les sous-représentants sont également chargés de faire le lien entre les RRF et les membres de la GRC et doivent « aviser les RRF et la direction des préoccupations et des problèmes nouveaux devant être abordés à leur niveau » : Statuts du PRRF, art. 14(B)(2).

[222] Les appelantes ont présenté certains éléments de preuve suivant lesquels les RRF ne collaborent pas toujours avec les associations d’employés indépendantes. Cela ne rend pas pour autant le système inconstitutionnel, dans la mesure où les

to account. Moreover, if it is the case that some SRRs don't fully represent the interests of the members, the situation can be remedied without abolishing the entire labour relations model and certainly without declaring the scheme unconstitutional.

[223] The current SRRP is far removed from the original target of U.S. Senator Wagner's labour bill: ". . . the sham or dummy union which is dominated by the employer, which is supported by the employer, which cannot change its rules or regulations without his consent, and which cannot live except by the grace of the employer's whims": explanatory statement by Senator Wagner on February 21, 1935, in the Senate upon introducing bill S. 1958 (79 Cong. Rec. 2368, at 2372), in *Legislative History of the National Labor Relations Act, 1935*, vol. 1 (1949), at p. 1313.

[224] Following this Court's decision in *Delisle*, a number of changes were made to the SRRP that, as the trial judge acknowledged, enhanced its autonomy. The Staff Relations Program Officer, chosen by the RCMP Commissioner, was replaced by a Program Director selected by, and accountable to, the SRRP's National Caucus. In 2003, the Commissioner's Standing Orders which had governed the SRRP were replaced with the SRRP Constitution and SRRP Agreement adopted the previous year. Further, SRRs are able to challenge the conduct of RCMP management, in the labour relations context, in the courts. The companion case *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, is an illustration of that fact.

[225] Should management or the government now attempt to unjustifiably strip away RCMP members' representational rights, the requirement to bargain in good faith will not be met. In these circumstances, the members will have judicial recourse

RRF représentent les intérêts de l'ensemble des employés et peuvent être tenus de rendre des comptes. En outre, s'il advenait que certains RRF ne représentaient pas pleinement les intérêts des membres, il serait possible de remédier à la situation sans abolir tout le modèle de relations de travail et certainement sans déclarer le régime inconstitutionnel.

[223] Le PRRF actuel est loin de ce que visait le sénateur américain Wagner lorsqu'il a proposé son projet de loi original sur le droit du travail : [TRADUCTION] « . . . le syndicat de façade ou de pacotille dominé par l'employeur qui ne peut changer ses règles et ses règlements sans le consentement de ce dernier et dont l'existence même dépend des caprices de l'employeur » (exposé explicatif du sénateur Wagner du 21 février 1935 devant le Sénat lors de la présentation du projet de loi de 1958 (79 Cong. Rec. 2368, p. 2372), dans *Legislative History of the National Labor Relations Act, 1935*, vol. 1 (1949), p. 1313.

[224] À la suite de l'arrêt *Delisle* de la Cour, plusieurs changements ont été apportés au PRRF qui, comme l'a reconnu le juge de première instance, en ont amélioré l'autonomie. L'agent des programmes des relations de travail, qui était choisi par le commissaire de la GRC, a été remplacé par un directeur de programme qui est choisi, lui, par le Caucus national du PRRF et qui doit rendre des comptes à ce dernier. En 2003, les Consignes du commissaire qui régissaient le PRRF ont été remplacées par les Statuts du PRRF et par l'Entente entre le commissaire et le PRRF adoptés l'année précédente. De plus, les RRF peuvent désormais contester devant les tribunaux les agissements de la direction de la GRC dans le contexte des relations de travail. Le pourvoi connexe *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, est une illustration de ce nouveau pouvoir.

[225] Si la direction ou le gouvernement tentait maintenant de dépouiller de façon injustifiable les membres de la GRC de leurs droits d'être représentés, l'obligation de négocier de bonne foi ne serait pas respectée. Dans ces conditions, les membres de

to assert their *Charter* right to meaningful collective bargaining.

[226] The appellants point out that executive members or leaders of employee associations such as the appellant organizations have been prevented from running as SRRs. The appellants intimate that this is indicative of management interference with freedom of association. However, the evidence is that the SRRP Caucus is responsible for this rule, not management. And nothing precludes other members of the appellant associations from running for SRR positions. Employee associations like the appellants are essentially rivals of the SRRP. Were a Wagner-type model in place for the RCMP, only one of the appellants could succeed in their bid to be the members' bargaining agent. Similar restrictions would apply against holding a leadership role within rival, independent employee associations. Restrictions of this nature reasonably seek to preclude conflicts of interest in the duties and commitments undertaken for competing associations. They do not indicate employer interference with the SRRP.

[227] In oral argument, the appellants expressed concerns that financial constraints on the SRRP may limit the efficacy of representation. However, the appellants conceded that there was no evidence that budgetary constraints had prevented the SRRP from representing members. It may be that a government employer cannot provide an unlimited budget for its collaborative model of labour relations. However, as the appellants know, independent employee associations also face funding limits based on their income from union dues and other sources.

[228] On an operational level, the SRRP benefits from a high level of financial autonomy: while the RCMP determines an annual budget for the SRRP, which is approved by managers at the various levels, the National Executive Council ("NEC")

la GRC pourraient s'adresser aux tribunaux pour faire respecter le droit à une véritable négociation collective que leur reconnaît la *Charte*.

[226] Les appelantes soulignent que les membres de l'exécutif ou les dirigeants des associations d'employés comme les organisations appelantes ont été empêchés de se porter candidats à des postes de RRF. Selon elles, on peut en conclure que la direction a entravé leur liberté d'association. Or, suivant la preuve, c'est le Caucus national du PRRF qui s'occupe de cette règle et non la direction. Et rien n'empêche les autres membres des associations appelantes de se porter candidats à des postes de représentants. Les associations d'employés comme les appelantes sont essentiellement des rivales du PRRF. Si un modèle Wagner était en vigueur dans le cas de la GRC, une seule des appelantes pourrait réussir à être retenue comme agent négociateur. Des restrictions semblables s'appliqueraient aux postes de dirigeants dans le cas d'associations d'employés indépendantes rivales. Les restrictions de cette nature visent légitimement à empêcher des conflits d'intérêts dans les obligations et les engagements souscrits pour des associations concurrentes. Elles n'indiquent pas une ingérence de l'employeur dans le PRRF.

[227] Lors des débats, les appelantes ont expliqué craindre que les contraintes financières imposées au PRRF ne limitent l'efficacité de la représentation. Elles ont toutefois admis que rien ne permettait de penser que des contraintes budgétaires avaient empêché jusqu'ici le PRRF de représenter ses membres. Il se peut qu'un employeur gouvernemental ne puisse offrir un budget illimité pour son modèle de relations de travail axé sur la collaboration. Cela dit, comme les appelantes le savent bien, les associations d'employés indépendantes font elles aussi face à des limites de financement en raison des revenus qu'elles reçoivent sous formes notamment de cotisations syndicales.

[228] Sur le plan opérationnel, le PRRF jouit d'une grande autonomie financière : bien que la GRC établisse le budget annuel du programme, budget qui est approuvé par des gestionnaires à divers niveaux, c'est le Comité exécutif national (« CEN »)



of the SRRP is responsible for managing it (SRRP Agreement, ss. 12 and 14). The Commissioner does not influence, guide, or control the budgetary decisions of the NEC. The SRRP Agreement also contains a procedure through which the SRRP may request additional funding: s. 13.

[229] The SRRP allows for meaningful collective bargaining between RCMP members and their employer. The evidence before this Court is that SRRs fairly advance employee interests to management and thus the SRRP meets the constitutional requirement of representativeness mandated under this Court's interpretation of s. 2(d).

(b) *The SRRP Does Not Render Collective Bargaining Effectively Impossible*

[230] The majority contends that the imposition of the SRRP was designed to thwart association. It says that the SRRP's predecessor program was "openly presented as an alternative to unionization" (para. 108). Yet both the SRRP Constitution and the SRRP Agreement, which continued that program under its current form and name, indicate that the purpose of the SRRP is not to preclude freedom of association. Rather, its purpose is to create a collaborative system of labour relations "governed by the spirit of cooperation, mutual respect and trust in which the Program was conceived" (SRRP Constitution, s. 3(B)) and to ensure "the promotion of mutually beneficial relations" (SRRP Agreement, s. 1). Further, the trial judge found as fact that "the collaboration that occurs between the SRRs and management is extensive and that it is carried out in good faith by everyone involved": (2009), 96 O.R. (3d) 20, at para. 31.

[231] As an alternative to the formation of an adversarial association, a collaborative labour relations scheme was a reasonable policy choice for a national police force. As noted by the Attorney General of Canada, the RCMP is the only police

du PRRF qui est chargé de gérer ce budget (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 12 et 14). Le commissaire n'influence, ne guide ni ne contrôle aucune des décisions budgétaires du CEN. L'Entente entre le commissaire et le PRRF prévoit également une procédure qui permet au PRRF d'obtenir du financement supplémentaire (art. 13).

[229] En définitive, le PRRF permet une véritable négociation collective entre les membres de la GRC et leur employeur. Suivant la preuve soumise à la Cour, les RRF défendent équitablement les intérêts des employés auprès de la direction; le PRRF respecte donc l'exigence constitutionnelle de représentativité exigée selon l'interprétation que la Cour a donnée à l'al. 2d).

b) *Le PRRF ne rend pas effectivement impossible une véritable négociation collective*

[230] Les juges majoritaires prétendent que l'imposition du PRRF a été conçue de manière à faire obstacle à la liberté d'association. Ils affirment que le programme qui a précédé le PRRF était « ouvertement présenté comme une solution de rechange à la syndicalisation » (par. 108). Or, tant les Statuts du PRRF que l'Entente entre le commissaire et le PRRF — qui a prolongé ce dernier sous son nom et sa forme actuels — indiquent que le programme n'a pas pour objet de faire obstacle à la liberté d'association, mais plutôt de créer un régime de relations de travail axé sur la collaboration, « emprein[t] de l'esprit de collaboration, de respect mutuel et de confiance dans lequel [il] a été conçu » (Statuts du PRRF, art. 3(B)), et visant à « promouvoir des relations mutuellement avantageuses » (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 1). De plus, le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] « qu'il existe une grande collaboration entre les RRF et la direction, le tout dans un climat de bonne foi de la part de chacun » ((2009), 96 O.R. (3d) 20, par. 31).

[231] Comme solution de rechange à la formation d'une association axée sur la confrontation, un régime de relations de travail fondé plutôt sur la collaboration constituait un choix de principe raisonnable pour un corps policier national. Ainsi que

force wholly responsible for national security. It can be called upon to play a role when there are strikes among provincial correctional services workers, and may be the only provider of a particular police service in a geographical area. Those dependent upon its security services cannot be left vulnerable during a confrontational work stoppage, or doubt its neutrality during a prison strike. The constitutional inquiry is not whether the SRRP is sufficiently independent or adversarial, but, according to *Fraser*, whether it renders associative activities by RCMP members in order to achieve workplace goals effectively impossible. It plainly does not.

[232] The SRRP facilitates association insofar as it is “responsible for representation of the interests of all members of the Royal Canadian Mounted Police”, from Constable to Commissioner: SRRP Constitution, s. 1.

[233] Democratically elected SRRs and sub-SRRs are tasked with representing RCMP members at all levels of the Force before management. The specific duties of SRRs include providing information, guidance, and support to RCMP members; attempting to resolve workplace issues informally and at the lowest level possible; representing members’ interests and ensuring their participation in the overall management of the RCMP; and supporting the effectiveness of the SRRP: SRRP Constitution, s. 13. Sub-SRRs have similar duties, and are also obliged to “liaise between the SRRs and members, dealing with first-level needs and notifying the SRR of emerging issues”: SRRP Constitution, s. 14(B). Both SRRs and sub-SRRs are expected to communicate with management at the appropriate level (SRRP Constitution, ss. 13(B) and 14(B)(1); SRRP Agreement, s. 9(a)) and to represent member interests in meetings, committees, and studies: SRRP Constitution, ss. 13(C) and 14(C); SRRP

le procureur général du Canada l’a fait observer, la GRC est le seul service de police chargé d’assurer la sécurité à l’échelle nationale. Ses membres peuvent être appelés à intervenir en cas de grève déclenchée par les travailleurs des services correctionnels provinciaux, et ils peuvent être les seuls fournisseurs de services policiers sur un territoire donné. Les personnes qui dépendent des services de maintien de l’ordre qu’offre la GRC ne peuvent être laissées dans une position de vulnérabilité au cours d’un arrêt de travail susceptible de dégénérer en affrontements, et elles ne doivent pas douter de sa neutralité au cours d’une grève dans un établissement carcéral. L’analyse constitutionnelle ne consiste pas à se demander si le PRRF est suffisamment indépendant ou s’il s’agit d’un modèle contradictoire, mais plutôt, suivant l’arrêt *Fraser*, à se demander s’il rend effectivement impossibles les activités d’association des membres de la GRC en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Ce n’est de toute évidence pas le cas.

[232] Le PRRF facilite l’association dans la mesure où il « assur[e] la représentation des intérêts de tous les membres de la Gendarmerie royale du Canada », du simple agent jusqu’au commissaire (Statuts du PRRF, art. 1).

[233] Les RRF et les sous-représentants qui sont démocratiquement élus se voient confier la tâche de représenter les membres de la GRC auprès de la direction, à tous les niveaux de la GRC. Parmi les attributions des RRF, mentionnons les suivantes : renseigner, conseiller et soutenir les membres de la GRC; tenter de résoudre à l’amiable et au plus bas niveau hiérarchique possible les questions relatives aux conditions de travail; défendre les intérêts des membres et assurer leur participation à la gestion globale de la GRC; et favoriser l’efficacité globale du PRRF (Statuts du PRRF, art. 13). Les sous-représentants ont des attributions semblables et sont tenus d’« [a]ssurer la liaison entre les RRF et les membres pour répondre aux besoins immédiats et aviser les RRF des problèmes nouveaux » (Statuts du PRRF, art. 14(B)). Les RRF et les sous-représentants sont censés communiquer avec la direction au niveau hiérarchique approprié (Statuts du PRRF, art. 13(B) et 14(B)(1); Entente entre le

Agreement, s. 9(b) to (d). These procedures ensure that RCMP members may submit their workplace concerns to management through the SRRP.

[234] The SRRP also prescribes duties and obligations for management. For instance, the SRRP Constitution states that “[c]ommunication between Staff Relations Representatives and RCMP management will be conducted openly and honestly” and that “[r]equests for information or assistance should be met in the spirit of cooperation within reasonable time frames” (s. 3(G)). Management must also respond to SRR and NEC requests and proposals “in a timely and open fashion” (SRRP Agreement, s. 11(b)); grant access to documents necessary for the conduct of SRRP business (s. 11(c)); and “provide rationale for major decisions” (s. 11(d)). And, the trial judge accepted “that RCMP management listens carefully and with an open mind to the views of SRRs in the consultative process established by the SRRP” (para. 68). Viewed together, these duties ensure that management considers the representations of SRRs and sub-SRRs in good faith. It cannot be said that such a process makes it effectively impossible for RCMP members to pursue collective workplace goals.

[235] There is evidence of the effectiveness of the SRRP. While the achievement of workplace goals is not protected by s. 2(d) of the *Charter*, the fact that the SRRP has been effective in some respects supports a conclusion that the program does not render meaningful collective bargaining effectively impossible. Changes were made to RCMP pensions in response to concerns raised by an SRR. The SRRP was also successful in obtaining an increase both to members’ entitled funeral expenses and to

commissaire et le PRRF, art. 9a)); ils doivent aussi défendre les intérêts des membres lors d’assemblées, devant les comités et dans le cadre d’études (Statuts du PRRF, art. 13(C) et 14(C); Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 9b) à d)). Ce processus garantit que les membres de la GRC peuvent faire valoir leurs préoccupations relatives au travail auprès de la direction par l’entremise du PRRF.

[234] Le PRRF impose également certaines obligations à la direction. Par exemple, les Statuts du PRRF prévoient que « [l]a communication entre les représentants des relations fonctionnelles (RRF) et les cadres se fera de manière ouverte et honnête » et qu’on répondra aux « demandes de renseignements ou d’assistance dans un esprit de collaboration et dans un délai raisonnable » (art. 3(G)). La direction doit également répondre aux propositions et aux demandes des RRF ou du CEN « en temps opportun et de manière transparente » (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 11b)); « autorise[r] [. . .] l’accès aux [. . .] documents nécessaires à l’exécution des travaux du PRRF » (art. 11c)); et « justifie[r] toute décision importante » (art. 11d)). De plus, le juge de première instance a accepté le fait que [TRADUCTION] « la direction de la GRC écoute attentivement et avec un esprit ouvert les opinions exprimées par les RRF au cours du processus de consultation établi par le PRRF » (par. 68). Considérées globalement, ces obligations assurent que la direction tient compte de bonne foi des observations formulées par les RRF et par les sous-représentants. On ne peut pas dire que ce processus empêche effectivement les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail.

[235] En outre, des éléments de preuve tendent à démontrer l’efficacité du PRRF. Bien que la réalisation d’objectifs relatifs au travail ne soit pas protégée par l’al. 2d) de la *Charte*, le fait que le PRRF ait été efficace à certains égards permet de conclure que le programme ne rend pas effectivement impossible la tenue d’une véritable négociation collective. Des modifications ont été apportées au régime de retraite de la GRC en réponse aux préoccupations soulevées par un RRF. Le

the minimum life insurance coverage for pensioners over 70 years of age, and in resolving inequities related to the Force's relocation program, to name a few examples. The action commenced by Messrs. Meredith and Roach challenging the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, in the companion case of *Meredith*, indicates that SRRs do bring challenges against the employer in defence of employee interests.

[236] *Meredith* deals with issues relating to the Pay Council, which is separate from the SRRP, but which is one of two other bodies forming part of the labour relations regime of the RCMP. Two SRRs sit on the Pay Council to advocate the views of RCMP members on issues that have been identified by the SRRP Caucus or by management. The Pay Council makes recommendations about pay and benefits of RCMP members to the RCMP Commissioner. The Pay Council's objective is that RCMP members receive compensation near the average of the total compensation of the top three comparator police forces in Canada. Between 2000 and 2008, that objective was achieved in all but one year.

[237] In *Meredith*, the majority indicates that notwithstanding its finding that the labour relations regime imposed on members of the RCMP infringes freedom of association, the record established that RCMP members used the Pay Council to advance their compensation-related workplace goals: para. 25. With respect, if the scheme in place permits employees to make representations for good faith consideration by management in pursuit of collective workplace goals such as ensuring competitive rates of compensation, there is no principled basis upon which to hold it unconstitutional.

[238] The evidence indicates that the labour relations model adopted by Parliament does not make it effectively impossible for RCMP members to achieve their collective workplace goals. Even according to the new test articulated by the majority,

PRRF a également réussi à faire augmenter tant les frais funéraires auxquels les membres ont droit que l'assurance-vie de base des retraités de plus de 70 ans et à résoudre des iniquités relatives au programme de réinstallation de la GRC, pour ne nommer que quelques exemples. L'action introduite par MM. Meredith et Roach pour contester la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393, dans le pourvoi connexe *Meredith*, indique aussi que les RRF défendent bel et bien les intérêts des employés en formulant des contestations contre l'employeur.

[236] L'affaire *Meredith* porte sur des questions relatives au Conseil de la solde, un organisme qui est distinct du PRRF, mais qui est l'un des deux autres organismes faisant partie du régime de relations de travail de la GRC. Deux RRF siègent au Conseil de la solde pour défendre les points de vue des membres de la GRC sur les questions qui ont été cernées par le Caucus du PRRF ou par la direction. Le Conseil de la solde formule des recommandations au sujet de la solde et des allocations des membres de la GRC et de son commissaire. Il vise à ce que la rémunération des membres de la GRC s'approche de la moyenne des trois corps de police canadiens ayant la rémunération la plus élevée dans le groupe de comparaison. Entre 2000 et 2008, cet objectif a été atteint chaque année sauf une.

[237] Dans *Meredith*, les juges majoritaires expliquent que, malgré leur conclusion selon laquelle le régime de relations de travail imposé aux membres de la GRC porte atteinte à leur liberté d'association, le dossier établit qu'ils se servent du Conseil de la solde pour tenter d'atteindre leurs objectifs en matière de rémunération (par. 25). J'estime, en toute déférence, que si le régime en vigueur permet aux employés de présenter des observations — dont la direction tient compte de bonne foi — afin d'atteindre des objectifs collectifs de travail tels que celui d'obtenir des taux de rémunération compétitifs, il n'y a aucune raison logique de déclarer ce régime inconstitutionnel.

[238] Suivant la preuve, le modèle de relations de travail qu'a retenu le législateur n'empêche pas effectivement les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Même en appliquant le nouveau test formulé par

the imposition of the SRRP as a labour relations scheme does not substantially interfere with a meaningful process of collective bargaining for RCMP members.

[239] The trial judge ultimately held that the SRRP provides a process of consultation, but not collective bargaining. This conclusion appears to rest on the fact that, despite the process of consultation envisaged by the SRRP, final decisions are made by management: see trial reasons, at paras. 69-70.

[240] However, the constitutional right to collective bargaining prescribes no particular model of labour relations and does not necessitate a dispute resolution process. In *Fraser*, this Court held that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 (“*AEPA*”), applicable to Ontario agricultural workers satisfied the requirements of collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter*: para. 117. It is incongruous for this Court to strike down the SRRP, which provides a process of collective bargaining that is more robust than the one contained in the *AEPA* and which was previously upheld by this Court. This inconsistent result is even all the more jarring given the vulnerability of Ontario agricultural workers when compared with the advantageous position of RCMP members, who are “educated, empowered, and organised” (R.F., at para. 86). This is yet further evidence that the majority in this case departs from this Court’s recent decision in *Fraser*.

[241] The SRRP facilitates “‘a process of collective action to achieve workplace goals’, requiring engagement by both parties”: *Fraser*, at para. 117. It also involves good faith consideration of employee representations by management. That Parliament chose a collaborative model like the SRRP as a means of facilitating employer-employee engagement for the national police force does not mean that that model has rendered it effectively impossible for RCMP members to achieve collective workplace

les juges majoritaires, l’imposition du PRRF à titre de régime de relations de travail n’entrave pas substantiellement le processus véritable de négociation collective auquel participent les membres de la GRC.

[239] Le juge de première instance a conclu en définitive que le PRRF prévoyait un processus de consultation et non un processus de négociation collective. Cette conclusion semble reposer sur le fait que, malgré le processus de consultation envisagé par le programme, les décisions finales sont prises par la direction (voir motifs de première instance, par. 69-70).

[240] Or, le droit constitutionnel à la négociation collective n’impose aucun modèle particulier de relations de travail et ne requiert pas un processus de règlement des différends. Dans *Fraser*, la Cour a jugé que la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16 (« *LPEA* »), qui s’applique aux travailleurs agricoles de l’Ontario, satisfaisait aux exigences du droit à la négociation collective protégé par l’al. 2*d*) de la *Charte* (par. 117). Il est incongru que la Cour invalide le PRRF, qui prévoit un processus de négociation collective plus robuste que celui que prévoyait la *LPEA*, dont elle a pourtant confirmé la validité. Cette contradiction saute d’autant plus aux yeux lorsqu’on considère la vulnérabilité des travailleurs agricoles ontariens par rapport à la situation avantageuse des membres de la GRC, qui sont [TRADUCTION] « instruits, autonomes et organisés » (m.i., par. 86). Voilà une autre preuve que les juges majoritaires s’écartent du récent arrêt *Fraser* de la Cour.

[241] Le PRRF facilite « “une action collective visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail” », et oblige les « deux parties [à] participer au processus » (*Fraser*, par. 117). Il suppose en outre que la direction examine de bonne foi le point de vue des employés. Le fait que le législateur ait retenu un modèle axé sur la collaboration comme le PRRF pour favoriser les relations employeurs-employés dans l’intérêt du corps policier national que constitue la GRC ne signifie pas qu’il est

goals. The SRRP does not infringe s. 2(d) of the *Charter*.

(2) Paragraph (d) of the Definition of “Employee” in Section 2(1) of the PSLRA

[242] The *Public Service Staff Relations Act*, S.C. 1966-67, c. 72 (“PSSRA”), was enacted in 1967 and created the first comprehensive collective bargaining rights regime for federal public servants. However, a number of categories of federal public servants were not included in this new regime, including casual employees, employees in managerial or confidential positions, and RCMP members (paras. (e), (g) and (j) of the definition of “employee” in s. 2).

[243] In 2003, the PSSRA was repealed and replaced by the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 (“PSLRA”), which modernized labour relations in the federal public service. Section 2(1) of the PSLRA defines “employee” as a “person employed in the public service” subject to a list of exceptions. Paragraph (d) states that “a person who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that force under terms and conditions substantially the same as those of one of its members” is excluded from the definition of “employee”. The result of this provision is that the PSLRA labour relations scheme does not apply to RCMP members.<sup>2</sup>

[244] The majority finds that para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the PSLRA infringes RCMP members’ rights under s. 2(d) of the *Charter*. However, it is evident that it is not

devenu effectivement impossible pour les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Le PRRF ne porte pas atteinte à l’al. 2d) de la *Charte*.

(2) L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la LRTFP

[242] La *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, c. 72 (la « première LRTFP ») a été adoptée en 1967. Elle créait le premier régime complet de droits en matière de négociation collective pour les fonctionnaires fédéraux. Toutefois, certaines catégories de ces fonctionnaires étaient soustraites du champ d’application de ce régime, notamment les employés occasionnels, les employés occupant un poste de direction ou de confiance et les membres de la GRC (al. e), g) et j) de la définition de « fonctionnaire » qui figure à l’art. 2).

[243] En 2003, la première LRTFP a été abrogée et remplacée par l’actuelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la « LRTFP actuelle »), édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2, de manière à moderniser les relations de travail dans la fonction publique fédérale. Le paragraphe 2(1) de la LRTFP actuelle définit comme suit le « fonctionnaire » : « personne employée dans la fonction publique », sous réserve d’une liste d’exceptions dont, à l’al. d), toute personne « qui est membre ou gendarme auxiliaire de la Gendarmerie royale du Canada, ou y est employée sensiblement aux mêmes conditions que ses membres ». Du fait de cette disposition, le régime de relations de travail créé par la LRTFP actuelle ne s’applique pas aux membres de la GRC<sup>2</sup>.

[244] Les juges majoritaires concluent que l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la LRTFP actuelle porte atteinte aux droits qui sont reconnus aux membres de la

<sup>2</sup> Note that RCMP members are not excluded from Part 3 of the PSLRA — Occupational Health and Safety.

<sup>2</sup> Il convient de signaler que les membres de la GRC ne sont pas soustraits au champ d’application de la partie 3 de la LRTFP actuelle — Santé et sécurité au travail.

the purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSLRA* to interfere with freedom of association nor is the effect of this exclusion to render collective bargaining effectively impossible. Moreover, the appellants' challenge to the exclusion of RCMP members from the federal public service labour relations regime was decisively dealt with in *Delisle*.

[245] The majority finds that the exclusion of RCMP members from the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* was “intended to deny RCMP members the right to form an independent association capable of engaging in a meaningful process of collective bargaining” (para. 126). In other words, the majority concludes that it was Parliament’s intent to deny RCMP members’ freedom of association. However, in *Delisle*, Bastarache J. found that “para. (e) of the definition of ‘employee’ in s. 2 of the *PSSRA* does not infringe s. 2(d) of the *Charter* in its purpose”: para. 23.

[246] The conclusion of the majority in *Delisle* was that “the purpose of the exclusion of RCMP members is simply to not grant them any status under the *PSSRA* — trade union representation and all it entails — which does not violate the appellant’s freedom of association”: para. 22, per Bastarache J. The purpose of excluding RCMP members from the *PSLRA* is not to interfere with collective bargaining, but is driven by a legitimate concern that the model imposed under that legislation is ill suited to the national police force.

[247] It is true that *Delisle* was decided before *Health Services* and *Fraser* ushered in a more “purposeful and generous approach to labour relations” (majority reasons, at para. 125). But the jurisprudential developments since *Delisle* do not allow this Court to conclude that the purpose of the exclusion is to deny RCMP members’ associational rights. On the

GRC par l’al. 2d) de la *Charte*. Il est toutefois évident que leur exclusion du champ d’application de la *LRTFP* actuelle n’a pas pour objet de nuire à leur liberté d’association et n’a pas l’effet de rendre effectivement impossible la tenue de véritables négociations collectives. De plus, la contestation que font les appelantes de l’exclusion des membres de la GRC du régime général des relations de travail des fonctionnaires fédéraux a été tranchée de façon définitive dans l’arrêt *Delisle*.

[245] Les juges majoritaires estiment que l’exclusion des membres de la GRC de la définition du terme « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle « vise à priver les membres de la GRC du droit de constituer une association indépendante capable de participer à un processus véritable de négociation collective » (par. 126). Autrement dit, les juges majoritaires ont conclu que l’intention du législateur était bel et bien de priver les membres de la GRC de la liberté d’association. Pourtant, dans l’arrêt *Delisle*, le juge Bastarache a conclu que « l’al. e) de la définition de “fonctionnaire” contenue à l’art. 2 de la [première] *LRTFP* ne porte pas atteinte par son objet à l’al. 2d) de la *Charte* » (par. 23).

[246] Selon la conclusion des juges majoritaires dans l’arrêt *Delisle*, « l’objet de l’exclusion des membres de la GRC est simplement de ne pas leur accorder de statut sous le régime de la *LRTFP*, soit la représentation syndicale et tout ce qu’elle entraîne, ce qui ne viole pas la liberté d’association de l’appelant » (par. 22, le juge Bastarache). L’exclusion des membres de la GRC du champ d’application de la *LRTFP* n’a pas pour objet de nuire à la négociation collective; elle est plutôt motivée par la crainte légitime que le modèle prévu par cette loi ne convienne pas au service de police national que constitue la GRC.

[247] Certes, l’arrêt *Delisle* a été rendu avant que les arrêts *Health Services* et *Fraser* ne marquent le début d’une nouvelle ère se caractérisant par « des interprétations téléologiques et généreuses dans le contexte des relations de travail » (motifs des juges majoritaires, par. 125). Cependant, l’évolution de la jurisprudence depuis l’arrêt *Delisle* ne

contrary, the conclusion in *Delisle* was reaffirmed by this Court's statements in *Health Services* and *Fraser* that s. 2(d) of the *Charter* does not guarantee the right to a particular labour relations model or process. I do not agree with the reversal of these decisions.

[248] The evolution in the legal understanding of s. 2(d) bears no relation to the majority's finding in *Delisle* as to the purpose of the *PSSRA*, and thus cannot be used to support revisiting the issues settled in *Delisle*. Contrary to the majority's view in the case at bar, *Bedford* does not stand for the proposition that an evolution in one aspect of the law allows this Court (and lower courts) to discard all aspects of a previous decision. In this respect, *Bedford* merely stands for the proposition that courts can revisit *the particular legal issue* that has been found to have evolved dramatically.

[249] There has been no change of circumstances since this Court's 1999 decision in *Delisle* that would justify abandoning the determination of the purpose of the exclusion of RCMP members from the general federal public service labour relations scheme at issue in that case. In fact, quite the opposite: changes to the SRRP since 1999 have reinforced the understanding that the program's goal is to enhance representation of the interests of RCMP members without the imposition of an adversarial model. The SRRP Constitution, adopted in 2002, provides that its primary purpose is "to promote mutually beneficial relations between Force management and the wider membership" and states that the SRRP "will be recognized as the system and program of choice for management-employee relations for members of the RCMP" (ss. 2 and 3(A)). Likewise, an October 2002 agreement between the NEC of the SRRP and the RCMP Commissioner states that "[m]anagement at all appropriate levels will . . . recognize the role of the [SRRP]; . . . respond to proposals . . . from [the

permet pas à la Cour de conclure que l'exclusion en question vise à priver les membres de la GRC de la liberté d'association. Au contraire, la conclusion tirée dans cet arrêt a été confirmée par la Cour dans *Health Services* et *Fraser* lorsqu'elle a affirmé que l'al. 2d) de la *Charte* ne garantit pas le droit à un modèle ou à un processus particulier en matière de relations de travail. Je ne suis pas d'accord pour réjudier ces décisions.

[248] L'évolution de l'interprétation juridique de l'al. 2d) n'a rien à voir avec la conclusion tirée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Delisle* en ce qui concerne l'objet de la première *LRTFP*. On ne peut donc pas s'en servir pour revenir sur des questions qui ont été tranchées dans cet arrêt. Contrairement à ce qu'estiment les juges majoritaires dans la présente cause, à mon avis, l'arrêt *Bedford* ne permet pas d'affirmer que l'évolution d'un aspect du droit autorise la Cour — et les juridictions inférieures — à écarter tous les aspects d'une décision antérieure. À cet égard, l'arrêt *Bedford* se borne à appuyer la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent réexaminer *le point de droit bien précis* dont ils ont conclu qu'il a fait l'objet d'une évolution spectaculaire.

[249] Depuis l'arrêt *Delisle* de la Cour rendu en 1999, il n'est survenu aucun changement de situation qui justifierait d'écarter la raison retenue dans cet arrêt pour expliquer l'exclusion des membres de la GRC du régime général des relations de travail régissant les fonctionnaires fédéraux en cause en l'espèce. En fait, c'est plutôt le contraire qui s'est produit : les modifications apportées au PRRF depuis 1999 ont renforcé l'idée que ce dernier a pour objet d'améliorer la défense des intérêts des membres de la GRC sans imposer un modèle contradictoire. Les Statuts du PRRF, qui ont été adoptés en 2002, prévoient en effet que le principal objectif du programme est de « promouvoir des relations mutuellement avantageuses entre la direction et les membres de la Gendarmerie » et qu'il « sera reconnu comme l'unique mécanisme de gestion des relations entre les membres et la direction de la GRC » (art. 2 et 3(A)). De même, l'entente conclue en octobre 2002 entre le CEN du PRRF et le commissaire de la GRC stipule que



SRRs] . . . in a timely fashion; and . . . provide rationale for major decisions” and that “[m]anagement and the [SRRP] will consult on specific human resources initiatives and national policy center committees in a timely and meaningful fashion” (SRRP Agreement, ss. 11(a), (b) and (d), 24). That Agreement also states that “[a]lthough final decisions rest with management, consultation will promote an active participatory regime” (s. 24).

[250] Even if we were to accept that *Delisle* was incorrectly decided and that the purpose of para. (e) of the definition of “employee” in s. 2 of the *PSSRA* in 1967 was to deny RCMP members meaningful collective bargaining, it does not follow that this continues to be the purpose of para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* today. The legislative context in which the exclusion operates has changed significantly since the *PSSRA* was enacted in 1967. To argue that Parliament may never revise its views as to the purpose of a statute or of a particular provision thereof in light of changes to the framework in which the statutory provision operates and must forever be held to the purpose it envisioned for the statute on the day of its initial enactment, is a fiction and fails to take into account the actual history of the legislative provision.

[251] When the *PSSRA* was enacted in 1967, there were two Orders in Council which forbade RCMP members from engaging in any collective bargaining activity. These were later revoked and, in 1974, the Division Staff Relations Representative Program was created, the predecessor of the SRRP (*Commissioner’s Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*), made pursuant to s. 21(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9).

« [I]es cadres de tous les niveaux pertinents [. . .] reconnaîtront le rôle du PRRF [et] répondront aux propositions [. . .] des RRF [. . .] en temps opportun et de manière transparente » et que « [I]a direction et les intervenants du PRRF se consulteront de manière utile et opportune sur les initiatives spéciales touchant les ressources humaines et sur les travaux des comités des centres nationaux de décision » (Entente entre le commissaire et le PRRF, al. 11a), b) et d), et art. 24). Cette entente stipule en outre que « [b]ien que les décisions finales incombent à la direction, la consultation favorisera la participation active des RRF » (art. 24).

[250] Même si nous devons considérer que l’arrêt *Delisle* est mal fondé et que l’al. e) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2 de la première *LRTFP* dans sa rédaction en vigueur en 1967 avait pour objet de priver les membres de la GRC d’une véritable négociation collective, il ne s’ensuit pas pour autant qu’il s’agit toujours de l’objectif visé par la disposition équivalente de la *LRTFP* actuelle (al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1)). Le contexte législatif dans lequel cette exclusion s’applique a considérablement évolué depuis l’adoption de la première *LRTFP* en 1967. Prétendre que le législateur ne peut jamais changer d’avis sur l’objet d’une loi ou d’une des dispositions de celle-ci à la lumière des changements apportés au cadre dans lequel elle s’applique et soutenir que le législateur doit s’en tenir à jamais à l’objectif qu’il avait en tête au moment où la version originale de la loi a été édictée est une illusion qui fait abstraction de l’historique véritable de la disposition législative en cause.

[251] Lorsque la première *LRTFP* a été adoptée en 1967, deux décrets interdisaient aux membres de la GRC de participer à des activités de négociation collective. Ultérieurement, ces décrets ont été abrogés et, en 1974, le Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles, le prédécesseur du PRRF, a été créé (*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)*), édictées en application du par. 21(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9).

[252] By 2003, when the *PSSRA* was replaced by the *PSLRA*, the RCMP labour relations scheme was considerably changed from that which existed in 1967. When s. 2 of the *PSSRA* was replaced by s. 2(1) of the *PSLRA*, Parliament reduced the number of exclusions from the definition of “employee” in the Act, thus expanding the categories of public servants who would be subject to the new statutory labour relations scheme. Parliament, however, maintained the exclusion of RCMP members. The decision to continue the exclusion was made with the knowledge that doing so did not deny members collective bargaining rights. These individuals were subject to a parallel labour relations regime — the *SRRP*.

[253] In *Big M Drug Mart*, this Court rejected the idea that legislative provisions could have shifting purposes in response to changing social conditions (see pp. 334-36). However, in this appeal, we are faced not with a question of social change, but of legislative change. The purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* and subsequently from the *PSLRA* has changed, as can be seen in the evolution of relevant statutory and regulatory provisions. Subsequent legislative changes may evidence a change in the purpose of Parliament in re-enacting a statutory provision. This is precisely what has occurred in this case. To ignore the significantly different context in which the exclusion of RCMP members was re-enacted in the *PSLRA* disregards the current legislative reality.

[254] Parliament chose to create a collaborative labour relations model for the RCMP, to address concerns about divided loyalties and interruptions in the essential services provided by this national police force. The majority now makes the policy choice that an adversarial Wagner-type model of labour relations is necessary. With respect, Parliament, as the provider of the essential service delivered by the RCMP, must be accorded deference

[252] En 2003, lorsque l’ancienne loi a été remplacée par la *LRTFP* actuelle, le régime de relations de travail de la GRC a été modifié de fond en comble par rapport à celui qui existait en 1967. En remplaçant l’art. 2 de l’ancienne loi par le par. 2(1) de la nouvelle loi, le législateur a réduit le nombre d’exceptions prévues par la Loi, applicables au terme « fonctionnaire », élargissant ainsi les catégories de fonctionnaires assujettis au nouveau régime légal de relations de travail. Il a toutefois maintenu l’exclusion des membres de la GRC. Il a pris cette décision en étant conscient du fait que cela n’avait pas pour effet de priver les membres de la GRC de leurs droits à la négociation collective. Ces individus étaient simplement assujettis à un régime de relations de travail parallèle : le *PRRF*.

[253] Dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, la Cour a écarté l’idée que des dispositions législatives pouvaient avoir un objet changeant pour répondre à l’évolution de la société (voir p. 334-336). Toutefois, dans le présent pourvoi, il ne s’agit pas d’une question d’évolution sociale, mais de modification législative. La raison qui a motivé et qui motive l’exclusion des membres de la GRC des deux versions de la *LRTFP* a changé, comme le démontre l’évolution des dispositions législatives et réglementaires pertinentes. Les modifications législatives ultérieures peuvent faire état d’un changement survenu dans l’objet que visait le législateur en adoptant de nouveau une disposition législative. C’est précisément ce qui s’est produit dans le cas qui nous occupe. Ignorer le contexte radicalement différent dans lequel l’exclusion des membres de la GRC a été adoptée de nouveau dans la *LRTFP* actuelle revient à méconnaître la réalité législative actuelle.

[254] Le législateur a choisi de créer, pour la GRC, un modèle de relations de travail axé sur la collaboration. Cela visait à dissiper tout doute pouvant exister quant aux sentiments de loyauté partagée des membres ou quant à d’éventuelles interruptions dans les services essentiels offerts par ce corps policier national. Les juges majoritaires décident aujourd’hui qu’il est nécessaire de choisir un modèle de relations de travail contradictoire de

in the manner in which it ensures stability and reliability of that service. Courts must be cognizant of the delicate balance that labour relations regimes seek to maintain between employers, employees, and the public, and of the different contexts for which legislatures must adapt their labour relations policies. As earlier explained, para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* does not have the effect of infringing the constitutional right of RCMP members to a meaningful process of collective bargaining, and thus Parliament’s policy judgments should not be disturbed.

[255] The majority asserts that s. 2(d) of the *Charter* does not mandate the Wagner model of labour relations. With respect, the effect of its decision is precisely that: it has restricted the government to the *PSLRA* or a regime with essentially the same characteristics. The constitutional entrenchment of choice and independence show that the majority creates an illusion of flexibility by saying that “it remains open to the federal government to explore other collective bargaining processes” for the RCMP (para. 137).

[256] Courts are not best placed to decide which specific labour relations scheme is best suited for a particular group of employees. In my view, requiring RCMP members to be included in the *PSLRA* or equivalent scheme is “to enter the complex and political field of socio-economic rights and unjustifiably encroach upon the prerogative of Parliament”: *Delisle*, at para. 23.

(3) Section 1 of the *Charter*

[257] Although my conclusions as to the constitutionality of both the imposition of the SRRP

type Wagner. Soit dit en tout respect, il y a lieu de faire preuve de déférence envers le législateur, en sa qualité de fournisseur du service essentiel offert par la GRC, pour ce qui est des moyens qu’il préconise pour assurer la stabilité et la fiabilité de ce service. Les tribunaux doivent être conscients de l’équilibre délicat que les régimes de relations de travail tentent de maintenir entre les employeurs, les employés et le public, et de la nécessité de tenir compte des différents contextes en fonction desquels le législateur doit adapter les politiques en matière de relations de travail. Comme je l’ai déjà expliqué, l’al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle n’a pas pour effet de porter atteinte au droit constitutionnel des membres de la GRC à une véritable négociation collective, et l’on ne devrait donc pas modifier les décisions de principe prises par le législateur.

[255] Les juges majoritaires affirment que l’al. 2d) de la *Charte* n’impose pas le modèle Wagner en matière de relations de travail. En toute déférence, c’est toutefois précisément l’effet qu’a leur décision : elle oblige le gouvernement à s’en tenir à la *LRTFP* actuelle ou encore à un régime qui possède essentiellement les mêmes caractéristiques. La constitutionnalisation de la liberté de choix et de l’indépendance démontre que les juges majoritaires créent l’illusion de souplesse en affirmant que « le gouvernement fédéral peut toujours examiner d’autres processus de négociations collectives » pour la GRC (par. 137).

[256] Les tribunaux ne sont pas les autorités les mieux placées pour se prononcer sur le régime de relations de travail qui convient le mieux à un groupe d’employés précis. À mon avis, le fait d’obliger les membres de la GRC à relever de la *LRTFP* actuelle « pén[être] dans le domaine complexe et politique des droits socio-économiques et emp[îète] de façon injustifiée sur les prérogatives du Parlement » (*Delisle*, par. 23).

(3) Article premier de la *Charte*

[257] Bien que mes conclusions quant à la constitutionnalité à la fois de l’imposition du PRRF en

as a labour relations scheme and the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* make it unnecessary to consider whether *Charter* infringements are justified, I will nonetheless comment briefly on the s. 1 analysis conducted by the majority.

[258] The majority concedes that the government's objective in this case — maintaining an independent and objective police force — is pressing and substantial. Although the majority acknowledges that the rational connection test is not onerous, it concludes that that test is not met in this case. To satisfy the rational connection test, the government must demonstrate that it is logical and reasonable to conclude that the impugned action will help bring about its objective — not that it will inevitably succeed: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 228; *Health Services*, at paras. 148-49; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 40.

[259] The state need not always adduce direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. So long as it has been shown that logic and reason would lead one to conclude that the impugned measure will help the government attain its objective, the rational connection threshold has been met: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 154; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101. The low threshold discussed above is met where the legislature has implemented a collaborative model of labour relations in order to achieve a neutral, stable, and reliable national police force. It is reasonable to conclude, as explained below, that a police force which is polarized by adversarial posturing or that could be called to inaction when other bargaining units are on strike, will be viewed as less objective, neutral and reliable by the public.

tant que régime de relations de travail et de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle rend inutile l'examen de la question de savoir si les atteintes portées à la *Charte* sont justifiées, je tiens malgré tout à formuler de brefs commentaires au sujet de l'analyse de l'article premier faite par les juges majoritaires.

[258] Mes collègues admettent que, dans le cas qui nous occupe, l'objectif du gouvernement — soit le maintien d'une force policière indépendante et objective — est urgent et réel. Tout en admettant que le critère du lien rationnel ne soit pas particulièrement exigeant, les juges majoritaires estiment qu'il n'a pas été respecté en l'espèce. Pour satisfaire à ce critère, le gouvernement doit démontrer qu'il est logique et raisonnable de conclure que la mesure contestée facilitera la réalisation de son objectif — et non qu'elle permettra inévitablement de le réaliser (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 228; *Health Services*, par. 148-149; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 40).

[259] Il n'est pas toujours nécessaire que l'État présente une preuve directe d'un lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. Dès lors qu'il a été démontré que la logique et la raison mèneraient à conclure que la mesure contestée aidera le gouvernement à atteindre son objectif, il a été satisfait au critère du lien rationnel (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 154; *Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101). Il est satisfait au critère peu exigeant dont il a été question précédemment si le législateur a mis en œuvre un modèle de relations de travail axé sur la collaboration de manière à ce que le pays soit doté d'un corps policier national neutre, stable et fiable. On peut raisonnablement conclure, comme je l'expliquerai plus loin, qu'une force policière qui est polarisée par des prises de position conflictuelles ou qui pourrait se voir ordonner de refuser d'intervenir lorsque d'autres unités de négociation sont en grève sera jugée moins objective, neutre et fiable par le public.

[260] The majority does not accept the argument made by the Attorney General of Canada that labour action by the RCMP could disrupt the stability of the Force and affect the perception of it as a neutral law-enforcing body. The majority, however, disregards the fact that RCMP members play a special role in cases of national security, in emergency situations occurring in communities which do not have access to other police forces, and in situations where they can be called upon to interject in the labour disputes of others. Although unionized provincial police forces do not generally have the right to strike, there have been incidents of working to rule and job actions by municipal police forces in Hamilton, Toronto, Montréal and Québec. Some have even resorted to illegal strikes. Parliament is entitled to address concerns that an adversarial association might order its members to refuse to intervene in certain circumstances involving the labour disputes of others or that belonging to such associations could inhibit members from responding to such situations impartially.

[261] In considering whether the SRRP minimally impairs freedom of association, the majority again starts from the premise that a labour relations scheme that is non-adversarial will not be within the range of reasonable alternatives that satisfy the minimal impairment standard. While acknowledging that the government is not bound to follow the least impairing means to achieve its end, the majority finds the SRRP inadequate in comparison to the adversarial labour relations schemes of provincial police forces. Again, the majority refuses to acknowledge that the RCMP is materially different from other Canadian police forces.

[262] The majority argues that

[260] Les juges majoritaires n'acceptent pas l'argument du procureur général du Canada suivant lequel les activités syndicales de la GRC risquent de perturber la stabilité de la force policière et de nuire à la perception qu'elle donne en tant qu'organisme neutre de maintien de l'ordre. Ils font toutefois abstraction du fait que les agents de la GRC jouent un rôle unique lorsqu'il est question de sécurité nationale, lorsque surviennent des situations d'urgence dans des communautés qui n'ont pas accès à d'autres corps policiers, de même que dans des situations lors desquelles ils peuvent être appelés à intervenir dans des conflits de travail opposant d'autres corps policiers avec leur direction. Bien que les forces policières provinciales syndiquées ne jouissent pas, en principe, du droit de grève, on a assisté à des incidents de grève du zèle et à des moyens de pression de la part de forces policières municipales à Hamilton, Toronto, Montréal et Québec. Certaines ont même eu recours à des débrayages illégaux. Le législateur a le droit de se préoccuper du fait qu'une association fondée sur un modèle contradictoire pourrait ordonner à ses membres de refuser d'intervenir dans certaines circonstances où il est question de conflits de travail d'autres groupes ou que le fait d'appartenir à de telles associations pourrait amener les membres à hésiter à répondre à de telles situations de façon impartiale.

[261] Pour examiner la question de savoir si le PRRF porte atteinte de façon minimale à la liberté d'association, les juges majoritaires partent là encore du principe qu'un régime de relations de travail qui n'est pas contradictoire ne fait pas partie des solutions de rechange raisonnables qui satisfont à la norme de l'atteinte minimale. Tout en reconnaissant que le gouvernement n'est pas tenu de prendre le moyen le moins attentatoire possible pour atteindre son objectif, les juges majoritaires concluent que le PRRF est inadéquat par rapport aux régimes de relation de travail contradictoires applicables dans le cas de certaines forces policières provinciales. Là encore, les juges majoritaires refusent de reconnaître à quel point la GRC est différente des autres forces policières canadiennes.

[262] Les juges majoritaires expliquent que

concerns about the independence of the members of the Force could easily be considered in determining the scope of the police bargaining unit under schemes like the *PSLRA*, without requiring total exclusion from bargaining in the present regime. For example, s. 4 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, restricts the membership and affiliations of municipal police associations. [para. 152]

With respect, the scope of the bargaining unit is beside the point. A unionized national police force would be inconsistent with the government's pressing and substantial objective, as any adversarial, Wagner-style collective bargaining; whether the bargaining unit is restricted to RCMP members or not risks compromising the objectivity and independence of the Force.

[263] As acknowledged by LeBel J., at para. 275 of *Advance Cutting*, “differences between legislative approaches to similar problems are part of the very fabric of the Canadian constitutional experience”. He observed that in a “system of divided legislative authority”, where members within the federation have different cultural and historical experiences, “the principle of federalism means that the application of the *Charter* in fields of provincial jurisdiction does not amount to a call for legislative uniformity” (*ibid.*). This reasoning also applies to the legislative policy choices of Parliament which must address not only local interests but also the broader public interest, including national security.

[264] It follows that the salutary effects of the imposition of the SRRP outweigh any deleterious effects.

[265] The RCMP is a unique Canadian law enforcement organization. Not only is it our national police force, but it also provides provincial and municipal policing services in much of the country, as well as providing police services to international

dans des régimes comme celui de la *LRTFP* actuelle, les préoccupations quant à l'indépendance des membres de la Force pourraient facilement être examinées au moment de déterminer l'étendue de l'unité de négociation — sans qu'une exclusion totale ne soit nécessaire. Par exemple, l'art. 4 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, impose des restrictions en matière d'appartenance et d'affiliation aux associations de policiers municipaux. [par. 152]

Soit dit en tout respect, j'estime que l'étendue de l'unité de négociation n'a rien à voir avec la question. L'existence d'un corps policier national syndiqué est incompatible avec l'objectif urgent et réel visé par le gouvernement, comme tout modèle de négociation collective contradictoire de type Wagner, et risque de compromettre l'objectivité et l'indépendance de notre service de police national, et ce, peu importe que l'unité de négociation soit composée uniquement de membres de la GRC ou non.

[263] Comme le juge LeBel l'a reconnu au par. 275 de l'arrêt *Advance Cutting*, « les différences entre les mesures législatives visant des problèmes semblables font partie de la nature même de l'expérience constitutionnelle canadienne ». Le juge LeBel a en outre fait observer que, « [d]ans un système de partage des compétences législatives » où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, « le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois » (*ibid.*). Ce raisonnement vaut également pour les choix politiques du législateur, qui doit tenir compte non seulement des enjeux locaux, mais également des enjeux plus larges, comme la sécurité nationale.

[264] Il s'ensuit que les effets bénéfiques de l'imposition du PRRF l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[265] La GRC est un organisme canadien chargé de l'application de la loi unique en son genre. Non seulement est-elle notre service de police national, mais elle offre également des services de police provinciaux et municipaux dans une bonne

airports and hundreds of Aboriginal communities. The RCMP provides protective services to Canadian and foreign dignitaries, security at significant national and international events in Canada, and border policing. It provides specialized policing services to all police services in Canada, including criminal intelligence, biological evidence recovery, DNA analysis, fingerprint and criminal record information, and ballistics identification. The RCMP also runs the Canadian Firearms Program, the Canadian Police Information Centre, the Canadian Police College, the National Child Exploitation Co-ordination Centre, the National Sex Offender Registry, and the Technological Crime Program. Across Canada, the RCMP enforces a host of federal laws, including those dealing with commercial crime, counterfeiting, drug trafficking, organized crime, and terrorism.

[266] The government must be entitled to organize RCMP labour relations in view of the distinctive and essential role the Force plays as our national police force. Labour action by RCMP members could cause disruption on a different order of magnitude than that of similar action by other police forces. It could also have adverse effects on other law enforcement agencies across Canada.

[267] Parliament's decision to use a collaborative scheme for labour relations within the RCMP is consistent with international instruments regarding freedom of association. While international conventions and covenants do not prevent domestic law from granting associational rights to police forces, the wording of those instruments reflects the fact that other countries may find it reasonable to restrict such rights in comparable contexts. See, for

partie du pays, en plus d'offrir des services policiers aux aéroports internationaux et à des centaines de communautés autochtones. La GRC offre des services de protection aux dignitaires canadiens et étrangers, des services de sécurité lors de la tenue d'événements d'envergure nationale et internationale en sol canadien, ainsi que des contrôles aux frontières. De plus, elle offre des services de police spécialisés à tous les corps policiers canadiens, notamment en matière de renseignements criminels, de prélèvement de preuves biologiques, d'analyse génétique, de renseignements sur les empreintes digitales et les antécédents judiciaires et d'analyse balistique. La GRC dirige également le Programme canadien des armes à feu, le Centre d'information de la police canadienne, le Collège canadien de police, le Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants, le Registre national des délinquants sexuels et le Programme de la criminalité technologique. Sur l'ensemble du territoire canadien, la GRC veille au respect d'une foule de lois fédérales, y compris celles portant sur les crimes commerciaux, la contrefaçon, le trafic de stupéfiants, le crime organisé et le terrorisme.

[266] Le gouvernement doit avoir le droit d'organiser les relations de travail au sein de la GRC en tenant compte du rôle particulier et essentiel qui lui est dévolu en tant que service de police national. Des mesures que pourraient prendre des agents de la GRC dans le contexte d'un conflit de travail seraient susceptibles de causer des perturbations d'une ampleur différente de celles qu'entraîneraient des mesures similaires mettant en cause d'autres corps policiers. Elles pourraient aussi avoir des répercussions négatives sur d'autres organismes chargés d'appliquer la loi partout au Canada.

[267] La décision du législateur de recourir à un régime axé sur la collaboration dans le cas de la GRC s'accorde avec ce que prévoient les instruments internationaux en matière de liberté d'association. Bien que les conventions et les pactes internationaux n'empêchent pas les législateurs nationaux d'accorder des droits d'association aux forces policières, il ressort du libellé de ces instruments que d'autres pays peuvent juger raisonnable

example, the International Labour Organization's *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17, art. 9, the United Nations' *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 8, and the United Nations' *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.

[268] Even if para. (d) of the definition of “employee” in s. 2(1) of the *PSLRA* were found to breach s. 2(d) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society and is therefore justified under s. 1 of the *Charter*.

#### IV. Conclusion

[269] The appellants have failed to establish that the SRRP makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible. This labour relations scheme is responsive to employee interests and accountable to employees. The majority departs from this Court's recent jurisprudence on freedom of association in order to justify a particular result in this case. So long as it is not effectively impossible for employees to make collective representations on workplace issues, through individuals who are representative of their interests, and that those representations are considered by management in good faith, there is no violation of s. 2(d) of the *Charter*.

[270] I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

*Appeal allowed with costs, ROTHSTEIN J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Laura Young Law Offices, Toronto.*

de restreindre ces droits dans des contextes comparables. Voir, par exemple, la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l'Organisation internationale du Travail, 68 R.T.N.U. 17, art. 9, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* des Nations Unies, 993 R.T.N.U. 3, art. 8, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.

[268] Même si l'on devait conclure que l'al. d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle porte atteinte au droit protégé par l'al. 2d) de la *Charte*, cette atteinte constituerait une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*.

#### IV. Conclusion

[269] Les appelantes n'ont pas réussi à démontrer que le PRRF empêche effectivement les employés de s'associer véritablement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Le présent modèle de relations de travail tient compte des intérêts des employés et assure que des comptes leur soient rendus. Les juges majoritaires rompent avec la jurisprudence récente de la Cour sur la liberté d'association pour justifier un résultat particulier en l'espèce. J'estime, pour ma part, que dès lors qu'il n'est pas effectivement impossible pour les employés de formuler des revendications collectives au sujet de questions relatives à leurs conditions de travail par l'entremise de personnes qui représentent leurs intérêts et que la direction tient compte de ces revendications de bonne foi, il n'y a pas violation du droit protégé par l'al. 2d) de la *Charte*.

[270] Je rejeterais le pourvoi, avec dépens en faveur de l'intimé.

*Pourvoi accueilli avec dépens, le juge ROTHSTEIN est dissident.*

*Procureurs des appelantes : Laura Young Law Offices, Toronto.*



*Solicitor for the respondent: 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 British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

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

*Solicitors for the intervener Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.: Duggan avocats, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

*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, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des membres de la Police Montée du Québec Inc. : Duggan avocats, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.*

**Robert Meredith and Brian Roach**  
(representing all members of the Royal  
Canadian Mounted Police) *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General for Saskatchewan,  
Attorney General of Alberta,  
Canadian Labour Congress,  
Professional Institute of the Public Service  
of Canada, Canadian Union of Public  
Employees, Local 675, Public Service  
Alliance of Canada, Confédération des  
syndicats nationaux and Union of Canadian  
Correctional Officers** *Interveners*

**INDEXED AS: MEREDITH v. CANADA (ATTORNEY  
GENERAL)**

**2015 SCC 2**

File No.: 35424.

2014: February 19; 2015: January 16.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Wage roll-back — Statutory limit on wage increases in public sector — Treasury Board unilaterally reducing previously agreed-upon wage increases for RCMP members — Federal wage restraint legislation subsequently enacted in response to global financial crisis, giving statutory effect to Treasury Board decision with respect to RCMP members — Whether legislation infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Expenditure Restraint Act, S.C. 2009, c. 2, s. 393 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).*

**Robert Meredith et Brian Roach**  
(représentant tous les membres de la  
Gendarmerie royale du Canada) *Appellants*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de la Saskatchewan,  
procureur général de l'Alberta, Congrès du  
travail du Canada, Institut professionnel  
de la fonction publique du Canada,  
Syndicat canadien de la fonction publique,  
section locale 675, Alliance de la Fonction  
publique du Canada, Confédération des  
syndicats nationaux et Syndicat des agents  
correctionnels du Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MEREDITH c. CANADA (PROCURER  
GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 2**

N° du greffe : 35424.

2014 : 19 février; 2015 : 16 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Réduction salariale — Loi restreignant les augmentations salariales dans le secteur public — Réduction unilatérale par le Conseil du Trésor des augmentations salariales déjà convenues pour les membres de la GRC — Loi fédérale sur le contrôle des salaires édictée subséquemment, en réaction à une crise financière mondiale, donnant un effet législatif à la décision du Conseil du Trésor relative aux membres de la GRC — La loi viole-t-elle la liberté d'association garantie par la Constitution? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable? — Loi sur le contrôle des dépenses, L.C. 2009, c. 2, art. 393 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).*

The Treasury Board establishes the pay and allowances paid to members of the RCMP. In setting their pay, the Treasury Board considers recommendations developed through the Pay Council, an advisory board composed of representatives of RCMP management and RCMP members.

In June 2008 and in response to recommendations initially made by the Pay Council, the Treasury Board announced salary increases of 3.32%, 3.5% and 2% for RCMP members for the years 2008 to 2010, as well as increases in certain forms of supplemental compensation. A government-wide response to a global financial crisis led the Treasury Board to revisit its decision concerning RCMP wages for the fiscal years 2008-10. In December 2008, the Treasury Board communicated to the RCMP Commissioner a revised wage decision providing for salary increases of 1.5% in each of 2008, 2009 and 2010, in line with limits previously announced for the whole of the public sector. Members of the Staff Relations Representative Program's ("SRRP") National Executive Committee and the Pay Council approached Treasury Board officials and members of Cabinet to discuss the wage rollback. All of their proposals for change were rejected.

Finally, in March 2009, the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393 ("ERA"), was enacted, imposing a limit of 1.5% on wage increases in the public sector for the 2008 to 2010 fiscal years. The ERA also prohibited any other increases to compensation but contained an exception for RCMP members permitting the negotiation of additional allowances as part of transformational initiatives within the RCMP.

M and R, who are members of the National Executive Committee of the SRRP, brought a constitutional challenge on behalf of all members of the RCMP, arguing that the December 2008 decision of the Treasury Board and the ERA violate the constitutional right to collective bargaining protected by s. 2(d) of the *Charter* by rolling back scheduled wage increases for RCMP members without prior consultation. They did not, however, challenge the constitutionality of the RCMP labour relations process.

A judge of the Federal Court declared that both the Treasury Board's December 2008 decision and the impugned provisions of the ERA violated s. 2(d) of the *Charter*. The judge found that the Pay Council was the only

Le Conseil du Trésor établit la solde et les indemnités versées aux membres de la GRC. Pour fixer leur solde, le Conseil du Trésor tient compte des recommandations élaborées par l'entremise du Conseil de la solde, un comité consultatif composé de représentants de la direction et des membres de la GRC.

Au mois de juin 2008, en réponse aux recommandations présentées initialement par le Conseil de la solde, le Conseil du Trésor a annoncé des hausses salariales de 3,32 %, 3,5 % et 2 % accordées aux membres de la GRC pour les années 2008 à 2010, ainsi que la majoration de certaines indemnités supplémentaires. La réaction gouvernementale à une crise financière mondiale a amené le Conseil du Trésor à réviser sa décision concernant la solde des membres de la GRC pour les années 2008 à 2010. En décembre 2008, le Conseil du Trésor a communiqué au commissaire de la GRC une décision révisée dans laquelle il accordait des augmentations salariales de 1,5 % pour chacune des années 2008, 2009 et 2010, en conformité avec les limites déjà annoncées pour l'ensemble du secteur public. Des membres du Comité exécutif national du Programme des représentants des relations fonctionnelles (« PRRF ») de la GRC et le Conseil de la solde ont pris contact avec des représentants du Conseil du Trésor et des membres du Cabinet pour discuter de la réduction des salaires. Toutes les modifications qu'ils ont proposées ont été rejetées.

Enfin, au mois de mars 2009, la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393 (« LCD »), a été adoptée, limitant à 1,5 % les augmentations salariales dans le secteur public pour les exercices 2008 à 2010. La LCD interdisait aussi toute autre augmentation de la rémunération, mais prévoyait une exception pour les membres de la GRC en permettant la négociation d'allocations additionnelles dans le cadre de toute initiative de transformation au sein de la GRC.

M et R, qui sont membres du Comité exécutif national du PRRF ont engagé une contestation constitutionnelle au nom de tous les membres de la GRC. Ils ont plaidé que la décision de décembre 2008 du Conseil du Trésor et la LCD, en réduisant sans consultation préalable les augmentations salariales prévues pour les membres de la GRC, violent le droit constitutionnel de négocier collectivement garanti par l'al. 2d) de la *Charte*. Ils n'ont toutefois pas contesté la constitutionnalité du processus des relations de travail de la GRC.

Une juge de la Cour fédérale a déclaré que la décision de décembre 2008 du Conseil du Trésor et les dispositions attaquées de la LCD violaient l'al. 2d) de la *Charte*. Elle a conclu que le Conseil de la solde était le

formal means by which RCMP members could collectively pursue goals relating to remuneration with the Treasury Board and that the Treasury Board's decision and the subsequently enacted *ERA* made it effectively impossible for the Pay Council to make representations on behalf of members of the RCMP and to have those representations considered in good faith. Neither violation was found to be saved by s. 1 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal disagreed. Having found that the *ERA* gave statutory effect to the Treasury Board's December 2008 decision, and that it was the constitutionality of that Act which was truly at issue, the Court of Appeal found that the *ERA* did not violate the freedom of association of RCMP members. It allowed the appeal.

*Held* (Abella J. dissenting): The appeal should be dismissed. The *ERA* does not infringe s. 2(d) of the *Charter*. Rolling back scheduled wage increases for RCMP members without prior consultation does not infringe their constitutional right to collective bargaining.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: For the reasons given in the companion case, *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3 (“*MPAO*”), s. 2(d) of the *Charter* protects RCMP members' freedom to associate and pursue their workplace goals through collective bargaining. In the absence of a true collective bargaining process, RCMP members used the Pay Council to develop recommendations for members' pay and to advance their compensation-related goals. The *Charter* protects that associational activity, even though the Pay Council process is part of the scheme found to be constitutionally inadequate in *MPAO*. Despite the deficiencies in the Pay Council process, it nonetheless constitutes associational activity that attracts *Charter* protection.

Interference with a constitutionally inadequate labour relations process may attract scrutiny under s. 2(d). However, in this case, the *ERA* did not substantially interfere with the process so as to infringe RCMP members' freedom of association. The limits imposed by the *ERA* were shared by all public servants, were consistent with the going rate reached in agreements concluded elsewhere in the core public administration and did not preclude consultation on other compensation-related issues, either in the past or the future. Furthermore, the *ERA* did not prevent the consultation process from moving forward.

seul mécanisme formel qui permettait aux membres de la GRC de poursuivre collectivement des objectifs liés à la rémunération avec le Conseil du Trésor, et que la décision du Conseil du Trésor et la *LCD* adoptée par la suite ont rendu de fait impossible pour le Conseil de la solde de présenter des observations au nom des membres de la GRC et de les voir prises en compte de bonne foi. Elle a statué qu'aucune de ces violations n'était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord. Après avoir conclu que la *LCD* donnait un effet législatif à la décision de décembre 2008 du Conseil du Trésor et que la véritable question en litige avait trait à la constitutionnalité de cette loi, la Cour d'appel fédérale a décidé que la *LCD* ne portait pas atteinte à la liberté d'association des membres de la GRC et elle a accueilli l'appel.

*Arrêt* (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est rejeté. La *LCD* ne viole pas l'al. 2d) de la *Charte*. La réduction sans consultation préalable des augmentations salariales prévues pour les membres de la GRC ne porte pas atteinte à leur droit constitutionnel de négocier collectivement.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : Pour les motifs exposés dans l'arrêt connexe *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3 (« *APMO* »), l'al. 2d) de la *Charte* protège la liberté des membres de la GRC de s'associer et de poursuivre leurs objectifs liés au travail au moyen de la négociation collective. En l'absence d'un processus véritable de négociation collective, les membres de la GRC se sont servis du Conseil de la solde en vue d'élaborer des recommandations au sujet de leur solde et d'atteindre leurs objectifs liés à la rémunération. La *Charte* protège cette activité associative, même si le processus du Conseil de la solde fait partie du régime qui, dans *APMO*, a été jugé inadéquat du point de vue constitutionnel. Malgré les vices qui l'affectent, le processus du Conseil de la solde constitue tout de même une activité associative qui bénéficie de la protection de la *Charte*.

Une entrave à un processus de relations de travail inadéquat au plan constitutionnel peut être l'objet d'un examen constitutionnel à l'égard des exigences de l'al. 2d). En l'espèce toutefois, la *LCD* n'a pas entravé de façon substantielle le processus de sorte qu'elle a porté atteinte à la liberté d'association des membres de la GRC. Les restrictions imposées par la *LCD* s'appliquaient à l'ensemble des fonctionnaires; elles correspondaient au taux courant établi dans des ententes conclues avec d'autres groupes dans l'administration publique centrale et n'interdisaient pas la consultation sur d'autres questions salariales, que

An exception for RCMP members included in the *ERA* allowed RCMP members to obtain significant benefits as a result of subsequent proposals brought forward through the existing Pay Council process. Actual outcomes are not determinative of a s. 2(d) analysis, but, in this case, the evidence of outcomes supports a conclusion that the impact of the enactment of the *ERA* on the associational activity of RCMP members was minor.

Simply put, the Pay Council continued to afford RCMP members a process for consultation on compensation-related issues within the constitutionally inadequate labour relations scheme that was then in place. The *ERA* and the government's course of conduct cannot be said to have substantially impaired the collective pursuit of the workplace goals of RCMP members. It is therefore unnecessary to comment on the application of s. 1 of the *Charter*.

*Per* Rothstein J.: There is agreement with the majority that there was no s. 2(d) violation in this case. However, the majority in *MPAO* made no findings with regard to the Pay Council process and the constitutionality of that process has not been challenged in this appeal. Accordingly, it must be assumed to be *Charter* compliant for the purposes of this appeal.

The December 2008 decision rolling back RCMP members' previously agreed-to wage increases was an interim measure designed to ensure that the RCMP's scheduled wage increases would not come into effect before wage restraint legislation could be enacted. That decision was subsequently overridden by the enactment of the *ERA*. It is therefore the validity of the *ERA* that is at issue here and the correct framework to analyse its validity is to ask whether the Act rendered meaningful collective bargaining for RCMP members, via the Pay Council process, effectively impossible.

The facts of this case unfolded in the midst of the 2008 global financial crisis. Though not determinative, this context is relevant to the inquiry into the adequacy of the government's consultation with the Pay Council. That context does not excuse the government's failure to consult before the December 2008 decision, but it helps us to understand the manner in which the process leading to the enactment of the *ERA* unfolded.

ce soit pour le passé ou pour l'avenir. Qui plus est, la *LCD* n'empêchait pas la poursuite du processus de consultation. Une exception prévue dans la *LCD* à l'égard des membres de la GRC leur a permis d'obtenir d'importants avantages à la suite de propositions ultérieures présentées dans le cadre du processus du Conseil de la solde. Les résultats concrets ne sont pas déterminants dans une analyse relative à l'al. 2d), mais ceux qui ont été mis en preuve en l'espèce étayent une conclusion selon laquelle l'adoption de la *LCD* a eu des répercussions mineures sur les activités associatives des membres de la GRC.

Bref, le Conseil de la solde a continué d'offrir aux membres de la GRC un processus de consultation sur les questions de rémunération en dépit du régime de relations de travail constitutionnellement défectueux alors en place. On ne saurait alors affirmer que la *LCD* et la conduite du gouvernement ont entravé de façon substantielle, pour les membres de la GRC, la poursuite collective de leurs objectifs liés au travail. Il n'est donc pas nécessaire de faire des commentaires sur l'application de l'article premier de la *Charte*.

*Le* juge Rothstein : Les juges majoritaires ont raison d'affirmer qu'il n'y a pas eu violation de l'al. 2d) en l'espèce. Cependant, dans l'arrêt *APMO*, les juges majoritaires n'ont tiré aucune conclusion au sujet du processus du Conseil de la solde, et la validité constitutionnelle de ce processus n'a pas été contestée en l'espèce. Pour le besoin du présent pourvoi, il faut en conséquence présumer qu'il est conforme à la *Charte*.

La décision du mois de décembre 2008 réduisant les hausses salariales déjà consenties aux membres de la GRC constituait une mesure provisoire visant à éviter que les hausses salariales prévues à l'égard de la GRC prennent effet avant l'édiction de la loi de contrôle des dépenses. Cette décision a subséquentement été écartée par l'édiction de la *LCD*. C'est donc la validité de la *LCD* qui est en cause dans le présent pourvoi et le cadre approprié pour en analyser la validité consiste à déterminer si la loi a effectivement rendu impossible pour les membres de la GRC une négociation collective véritable au moyen du processus du Conseil de la solde.

Les faits sont survenus au milieu de la crise financière qui a secoué le monde en 2008. Sans être déterminant, ce contexte est utile pour juger si les consultations que le gouvernement a menées avec le Conseil de la solde ont été suffisantes. Ce contexte n'excuse pas le défaut du gouvernement de procéder à des consultations avant la décision du mois de décembre 2008, mais il nous aide à comprendre de quelle manière s'est déroulé le processus ayant conduit à l'adoption de la *LCD*.

A contextual approach in this case requires an examination of the impact of the *ERA* on the ability of the Pay Council to engage in good faith exchanges with RCMP management. The *ERA* did place limits on the wage increases of RCMP members for three fiscal years. However, it did not completely restrict all compensation increases and it did not make collective bargaining effectively impossible for RCMP members. While the *ERA* precluded negotiations on the issue of wages for a limited period of time, there were other areas in which the members could see their compensation increase. And, pursuant to s. 62 of the *ERA*, members were able to negotiate an allowance increase for themselves. Although results of collective bargaining are not guaranteed under s. 2(d) of the *Charter*, the fact that such allowances were approved in a period of serious budgetary restraint is an important contextual factor in evaluating whether the *ERA* made collective bargaining effectively impossible for RCMP members.

After the December 2008 decision, members of the Pay Council and SRRP had several opportunities to meet with government representatives about the yet-to-be enacted *ERA*. These meetings constituted good faith and meaningful consultation that remedied the government's earlier failure to consult RCMP members. Government representatives demonstrated an openness to negotiate on compensation issues and to engage with the members.

The constitutionality of the *ERA* rests on whether its provisions make collective bargaining between the government and RCMP members effectively impossible, not on the manner in which the law was enacted. The restriction on wage increases imposed by the *ERA* was undoubtedly not the result that RCMP members hoped for. But so long as good faith consultation took place, their dissatisfaction with the result has no bearing on the constitutional analysis. The *ERA* did not make meaningful collective bargaining effectively impossible.

*Per* Abella J. (dissenting): The federal government's unilateral decision to roll back the agreed-upon RCMP pay increases through the *ERA* was unconstitutional. The increases themselves were the result of an extensive consultation process with the RCMP. The absence of any

L'analyse contextuelle en l'espèce requiert l'examen des conséquences de la *LCD* sur la possibilité pour le Conseil de la solde de procéder à des échanges de bonne foi avec la direction de la GRC. La *LCD* a effectivement restreint pour une période de trois ans les hausses salariales des membres de la GRC. Toutefois, elle n'a pas complètement exclu toute augmentation de la rémunération, et elle n'a pas rendu effectivement impossible toute négociation collective pour les membres de la GRC. La *LCD* empêchait les négociations sur la question salariale pour une période de temps limitée, mais d'autres aspects de la rémunération des membres de la GRC pouvaient donner lieu à une augmentation de leur rémunération. Conformément à l'art. 62 de la *LCD*, les membres ont pu négocier une augmentation de leurs allocations. Bien que l'al. 2d) de la *Charte* ne garantisse pas l'issue de la négociation collective, le fait que ces allocations aient été approuvées durant une période de sévères restrictions budgétaires constitue un facteur contextuel important pour déterminer si la *LCD* a fait en sorte qu'il a été effectivement impossible pour les membres de la GRC de négocier collectivement.

Après la décision du mois de décembre 2008, les membres du Conseil de la solde et du PRRF ont eu plusieurs occasions de rencontrer des représentants du gouvernement et de discuter avec eux de la *LCD* avant qu'elle soit édictée. Ces rencontres ont constitué des consultations véritables menées de bonne foi qui ont remédié au défaut antérieur du gouvernement de consulter les membres de la GRC. Les représentants du gouvernement se sont montrés ouverts à négocier les questions de rémunération et à échanger avec les membres de la GRC.

La constitutionnalité de la *LCD* dépend de la réponse à la question de savoir si ses dispositions rendent effectivement impossible la négociation collective entre le gouvernement et les membres de la GRC, et non de la façon dont la loi a été édictée. La restriction des augmentations salariales par la *LCD* ne constituait certainement pas le résultat souhaité par les membres de la GRC. Mais dès lors que des consultations ont été menées de bonne foi, leur insatisfaction quant à l'issue de ces consultations n'a aucune incidence sur l'analyse constitutionnelle. La *LCD* n'a pas rendu effectivement impossible la tenue de négociations collectives véritables.

*La* juge Abella (dissidente) : La décision unilatérale du gouvernement fédéral de réduire, par application de la *LCD*, les augmentations salariales convenues avec la GRC était inconstitutionnelle. Les augmentations elles-mêmes résultaient d'un vaste processus de consultation

meaningful opportunity for the RCMP to make representations about the extent and impact of the rollbacks had the effect of completely nullifying the right to a meaningful consultation process. This conduct was precisely what led this Court, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, to find an unjustified infringement of s. 2(d).

An employer cannot unilaterally reduce employees' wages, and must give them an opportunity to make meaningful representations. The unilateral rollback of the RCMP's agreed-upon wage increases without any such prior consultation is a substantial interference with the bargaining process. The fact that the rollbacks were for a three-year period and did not preclude discussion on some other issues did not diminish the severity of the breach.

This breach does not survive the s. 1 proportionality analysis. The government's articulated objectives for the *ERA* were to reduce wage pressure in the private sector, to demonstrate leadership by showing economic restraint in the use of public funds and to manage public sector wage costs to ensure fiscal stability. Even in the midst of a fiscal crisis, however, there are limits on the extent to which the government can restrain public sector wages that are the subject of collective agreements.

While wage rollbacks may technically be seen to be rationally connected to fiscal stability and responsibility, the refusal to engage in any meaningful form of consultation is not. Treasury Board consulted directly with all 17 bargaining agents of the core public service before the *ERA* was enacted. There is nothing in the record to explain what made the RCMP singularly ineligible for discussions about whether or how to roll back its agreed-upon wage package, or how refusing to engage in such discussions furthered the government's ability to address its fiscal concerns.

But even if rationally connected, the unilateral rollback cannot be said to be minimally impairing. Because meaningful consultation took place with almost every other bargaining agent in the core public service, it is clear that less infringing options than a complete absence of negotiations were available to the government. The breach of s. 2(d) cannot therefore be justified under s. 1.

avec la GRC. L'absence de toute occasion véritable pour la GRC de présenter des observations au sujet de la portée et des répercussions de la réduction a eu pour effet de réduire à néant le droit à un processus véritable de consultation. C'est précisément une conduite de ce genre qui a amené notre Cour à conclure, dans *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, à l'existence d'une atteinte injustifiée à l'al. 2d).

Un employeur ne peut réduire unilatéralement les salaires des employés et doit leur donner une occasion de présenter des observations utiles. La réduction unilatérale, sans consultation préalable, des augmentations salariales convenues pour la GRC constitue une entrave substantielle au processus de négociation. Le fait que les réductions s'appliquaient pendant une période de trois ans et qu'elles n'interdisaient pas les discussions sur certains autres points n'a pas atténué la gravité de l'atteinte.

Cette atteinte ne résiste pas à l'analyse de la proportionnalité de l'article premier. Les objectifs déclarés du gouvernement, en ce qui concerne la *LCD*, étaient de réduire la pression sur les salaires dans le secteur privé, de montrer la voie à suivre en faisant preuve de retenue dans l'utilisation des fonds publics et de gérer la charge salariale du secteur public de façon à assurer une stabilité financière. Toutefois, même en pleine crise financière, il y a des limites aux restrictions que le gouvernement peut imposer aux salaires du secteur public qui font l'objet de conventions collectives.

Même si les réductions salariales peuvent en principe paraître rationnellement liées à la stabilité et à la responsabilité financières, le refus de prendre part à toute forme de consultation véritable n'y est pas lié. Le Conseil du Trésor a directement consulté tous les 17 agents négociateurs de la fonction publique fédérale centrale avant l'adoption de la *LCD*. Rien au dossier n'explique pourquoi la GRC uniquement n'a pas eu droit à des discussions relatives à l'opportunité de la réduction des augmentations salariales convenues et à la façon de l'appliquer, et rien n'explique comment le refus de prendre part à de telles discussions a pu aider le gouvernement à faire face à ses préoccupations d'ordre financier.

Toutefois, même s'il existe un lien rationnel, on ne saurait affirmer que la réduction unilatérale constituait une atteinte minimale. Parce que des consultations véritables ont eu lieu avec presque tous les autres agents négociateurs de la fonction publique fédérale centrale, il est clair que le gouvernement disposait d'options moins attentatoires qu'une absence totale de négociations. La violation de l'al. 2d) ne peut en conséquence être justifiée au regard de l'article premier.

## Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

**Referred to:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3.

By Rothstein J.

**Referred to:** *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319.

By Abella J. (dissenting)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31*, Board of Arbitration, Vancouver, June 1, 1976; *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL); *Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick* (1982), 49 N.B.R. (2d) 31; *Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re)* (1998), 71 L.A.C. (4th) 129; *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL); *New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E.* (2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72; *New Brunswick (Board of Management) v. N.B.U.P.P.E.*, 2006 CarswellNB 332 (WL Can.); *Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) v. P.E.I.U.P.S.E.*, 2010 CarswellPEI 78 (WL Can.); *N.B.T.F. v. New Brunswick (Board of Management)*, 2004 CarswellNB 653 (WL Can.); *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

## Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin et le juge LeBel

**Arrêts mentionnés :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.

Citée par le juge Rothstein

**Arrêts mentionnés :** *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

Citée par le juge Abella (dissidente)

*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31*, Board of Arbitration, Vancouver, June 1, 1976; *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL); *Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick* (1982), 49 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 31; *Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re)* (1998), 71 L.A.C. (4th) 129; *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL); *New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E.* (2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72; *New Brunswick (Board of Management) c. N.B.U.P.P.E.*, 2006 CarswellNB 332 (WL Can.); *Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) c. P.E.I.U.P.S.E.*, 2010 CarswellPEI 78 (WL Can.); *N.B.T.F. c. New Brunswick (Board of Management)*, 2004 CarswellNB 653 (WL Can.); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.



### Statutes and Regulations Cited

- Bill C-10, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on January 27, 2009 and related fiscal measures*, 2nd Sess., 40th Parl., cl. 393, s. 62 (first reading).
- Budget Implementation Act*, 2009, S.C. 2009, c. 2, s. 393.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(d).
- Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, ss. 16, 35, 38, 43, 44 to 49, 57, 62.
- Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2.
- Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], s. 2(1) “employee”.
- Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 22(1).

### Authors Cited

- Canada. Minister of Finance. *Protecting Canada’s Future: Economic and Fiscal Statement, November 27, 2008*. Ottawa: Department of Finance, 2008.
- Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 2, *Collective Agreement Annotated*. Toronto: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
- International Labour Office. *Collective bargaining in the public service: A way forward*. International Labour Conference, 102nd Sess., Report III (Part 1B). Geneva: The Office, 2013.
- International Labour Organization. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5th (rev.) ed. Geneva: International Labour Office, 2006.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Dawson and Trudel JJ.A.), 2013 FCA 112, 444 N.R. 129, 360 D.L.R. (4th) 352, 280 C.R.R. (2d) 158, 2013 CLLC ¶220-034, [2013] F.C.J. No. 465 (QL), 2013 CarswellNat 1114 (WL Can.), setting aside a decision of Heneghan J., 2011 FC 735, 392 F.T.R. 25, 240 C.R.R. (2d) 204, [2011] F.C.J. No. 948 (QL), 2011 CarswellNat 2356 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

*Christopher Rootham and Alison McEwen*, for the appellants.

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2d).
- Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, partie 2.
- Loi d’exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, art. 393.
- Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10, art. 22(1).
- Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393, art. 16, 35, 38, 43, 44 à 49, 57, 62.
- Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2], art. 2(1) « fonctionnaire ».
- Projet de loi C-10, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en œuvre des mesures fiscales connexes*, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., art. 393, art. 62 (première lecture).

### Doctrine et autres documents cités

- Bureau international du Travail. *La négociation collective dans la fonction publique : un chemin à suivre*, Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., Rapport III (Partie 1B), Genève, Le Bureau, 2013.
- Canada. Ministre des Finances. *Protéger l’avenir du Canada : Énoncé économique et financier, le 27 novembre 2008*, Ottawa, Ministère des Finances, 2008.
- Corry, David J. *Collective Bargaining and Agreement*, vol. 2, *Collective Agreement Annotated*, Toronto, Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19).
- Organisation internationale du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT*, 5<sup>e</sup> éd. (rév.), Genève, Bureau international du Travail, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Dawson et Trudel), 2013 CAF 112, 444 N.R. 129, 360 D.L.R. (4th) 352, 280 C.R.R. (2d) 158, 2013 CLLC ¶220-034, [2013] F.C.J. No. 465 (QL), 2013 CarswellNat 1114 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Heneghan, 2011 CF 735, 392 F.T.R. 25, 240 C.R.R. (2d) 204, [2011] A.C.F. n° 948 (QL), 2011 CarswellNat 4080 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

*Christopher Rootham et Alison McEwen*, pour les appelants.

*Peter Southey, Donnaree Nygard and J. Sanderson Graham*, for the respondent.

*Robin K. Basu and Michael S. Dunn*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Karen Horsman, Jonathan Penner and Keith Evans*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Graeme G. Mitchell, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Roderick S. Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Fay Faraday*, for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada.

*Annick Desjardins*, for the intervener the Canadian Union of Public Employees, Local 675.

*Andrew Raven, Andrew Astritis and Morgan Rowe*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Éric Lévesque*, for the interveners Confédération des syndicats nationaux and the Union of Canadian Correctional Officers.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Cromwell, Karakatsanis and Wagner J.J. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. —

## I. Introduction

[1] This appeal raises the question whether the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393 (“*ERA*”), violates the guarantee of freedom of association in s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether the infringement is justified under s. 1. The appellants are serving members of the Royal Canadian Mounted Police

*Peter Southey, Donnaree Nygard et J. Sanderson Graham*, pour l’intimé.

*Robin K. Basu et Michael S. Dunn*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Karen Horsman, Jonathan Penner et Keith Evans*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Graeme G. Mitchell, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Roderick S. Wiltshire*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l’intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Fay Faraday*, pour l’intervenant l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

*Annick Desjardins*, pour l’intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 675.

*Andrew Raven, Andrew Astritis et Morgan Rowe*, pour l’intervenante l’Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Éric Lévesque*, pour les intervenants la Confédération des syndicats nationaux et le Syndicat des agents correctionnels du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL —

## I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393 (« *LCD* »), porte atteinte à la liberté d’association garantie à l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l’affirmative, si cette atteinte est justifiée au sens de l’article premier. Les appelants sont des membres actifs de

(“RCMP”) who were elected to the national executive of the Staff Relations Representative Program (“SRRP”). They argue that the *ERA*, by rolling back scheduled wage increases for RCMP members without prior consultation, violates the members’ constitutional right to collective bargaining, as recognized in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

[2] This case was heard together with a related appeal challenging the constitutionality of the RCMP labour relations regime, which prohibits RCMP members from bargaining through an independent union or employee association: *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3 (“*MPAO*”). In the companion case, we affirm and explain the protection afforded to collective bargaining by the freedom of association set out at s. 2(*d*) of the *Charter*.

[3] In *MPAO*, we have concluded that the imposition of the SRRP, combined with a prohibition on collective bargaining by RCMP members, infringes s. 2(*d*) and is not saved under s. 1. As stated at para. 9 of our reasons in that case, the SRRP is the “core component” of the labour relations system currently in place at the RCMP, though it is complemented by two other bodies — the Pay Council and the Mounted Police Members’ Legal Fund, a non-profit corporation funded through membership dues that provides legal assistance to RCMP members on employment-related issues. As detailed below, the Pay Council process depends on the existence of the SRRP and therefore cannot survive (at least in its current form) the conclusion in *MPAO* that the SRRP, within the existing RCMP labour relations system, unconstitutionally impairs the s. 2(*d*) rights of RCMP members. The Pay Council process is part of the scheme found to be constitutionally inadequate in *MPAO*.

la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») élus à l’exécutif national du Programme des représentants des relations fonctionnelles (« PRRF »). Ils plaident que la *LCD*, en réduisant sans consultation préalable les augmentations salariales prévues pour les membres de la GRC, viole leur droit constitutionnel de négocier collectivement, que reconnaît l’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

[2] La présente affaire a été entendue en même temps qu’un appel connexe dans lequel on conteste la constitutionnalité du régime de relations de travail de la GRC, qui interdit aux membres de cet organisme de négocier par l’entremise d’un syndicat indépendant ou d’une association d’employés : *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3 (« *APMO* »). Dans le pourvoi connexe, nous confirmons et expliquons la protection de la négociation collective par la liberté d’association garantie à l’al. 2*d*) de la *Charte*.

[3] Dans *APMO*, nous avons conclu que l’imposition du PRRF, conjuguée à l’interdiction faite aux membres de la GRC de négocier collectivement, viole l’al. 2*d*) et n’est pas justifiée au regard de l’article premier. Comme nous l’avons indiqué au par. 9 de nos motifs dans cette affaire, le PRRF est « au cœur » du régime de relations de travail actuellement en vigueur au sein de la GRC, même si s’ajoutent à lui deux autres organismes — le Conseil de la solde de la GRC et le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, une société sans but lucratif financée par les cotisations de ses adhérents, qui offre aux membres de la GRC une aide juridique pour des questions liées à l’emploi. Comme nous l’expliquerons en détail ci-après, le processus du Conseil de la solde dépend de l’existence du PRRF et ne peut donc subsister (tout au moins dans sa forme actuelle) puisque, suivant la conclusion tirée dans *APMO*, dans le régime de relations de travail actuellement en vigueur à la GRC, le PRRF viole de façon inconstitutionnelle les droits que l’al. 2*d*) garantit aux membres de la GRC. Le processus du Conseil de la solde fait partie du régime qui, dans *APMO*, a été jugé inadéquat du point de vue constitutionnel.

[4] This creates difficulties in the present appeal, as we must determine whether s. 2(d) can apply in the absence of a constitutionally adequate process of collective bargaining. The appellants do not challenge the constitutionality of the Pay Council process in these proceedings; they take no position on that issue as it arises in *MPAO*. In our view, despite the deficiencies in the Pay Council process, it nonetheless constitutes associational activity that attracts *Charter* protection. The question to be determined on this appeal is whether the *ERA* amounted to substantial interference with that activity despite its constitutional deficiencies. We conclude that it did not and would dismiss the appeal.

## II. Background

### A. *The Pay Council*

[5] The definition of “employee” in s. 2(1) of the *Public Service Labour Relations Act* (“*PSLRA*”), enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2, excludes RCMP members from the labour relations regime governed by the *PSLRA*. They are not permitted to unionize or attempt to bargain collectively. The *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, s. 22(1), provides that the Treasury Board shall establish the pay and allowances paid to members of the RCMP. The Treasury Board is a committee of the federal Cabinet and deals with public sector unions and employee representatives through intermediaries. In the case of RCMP members, the relevant intermediaries are the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (the “Minister”) and the RCMP Commissioner. In setting members’ pay, the Treasury Board responds to requests from the Minister, who, in turn, acts on recommendations received from the RCMP Commissioner. These recommendations are developed through an advisory board called the Pay Council.

[6] The Pay Council is a committee established by the RCMP Commissioner in 1996. It has no legislative

[4] Cette situation crée des difficultés en l’espèce, car nous devons décider si l’al. 2d) peut s’appliquer en l’absence d’un processus de négociation collective adéquat sur le plan constitutionnel. En effet, les appelants ne contestent pas la constitutionnalité du processus du Conseil de la solde dans la présente instance; ils ne prennent pas position sur cette question, car celle-ci est soulevée dans *APMO*. À notre avis, malgré les vices qui l’affectent, le processus du Conseil de la solde constitue tout de même une activité associative qui bénéficie de la protection de la *Charte*. La question à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir si la *LCD* représentait une entrave substantielle à cette activité malgré ses vices constitutionnels. Nous concluons que ce n’était pas le cas et nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

## II. Contexte

### A. *Le Conseil de la solde*

[5] L’alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (« *LRTFP* »), adoptée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2, exclut les membres de la GRC du régime de relations de travail que prévoit la *LRTFP*. Ceux-ci ne peuvent se syndiquer ni tenter de négocier collectivement. Le paragraphe 22(1) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10, prévoit que le Conseil du Trésor établit la solde et les indemnités versées aux membres de la GRC. Le Conseil du Trésor est un comité du Cabinet fédéral et traite avec les syndicats et les représentants des employés du secteur public au moyen d’intermédiaires. Dans le cas des membres de la GRC, ces intermédiaires sont le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le « ministre ») et le commissaire de la GRC. Pour fixer la solde des membres, le Conseil du Trésor répond aux demandes du ministre, qui agit lui-même sur la base des recommandations du commissaire de la GRC. Ces recommandations sont élaborées par l’entremise d’un comité consultatif appelé le Conseil de la solde.

[6] Le Conseil de la solde forme un comité que le commissaire de la GRC a créé en 1996. Il ne possède

basis. The Pay Council consists of five members: two representatives of management, two representatives of RCMP members, and a neutral chairperson appointed by the Commissioner. Of the two members' representatives, one is the Chair of the SRRP's Pay and Benefits Committee, and the other is an external compensation consultant appointed by the Commissioner on the advice of the SRRP National Executive Committee. The structure and operation of the SRRP is considered more fully in *MPAO*, released concurrently.

*B. The ERA and Its Impact on RCMP Wage Levels*

[7] The Pay Council develops its recommendations for RCMP members' pay and benefits with reference to a comparator group of eight Canadian police forces. The Pay Council aims to provide compensation placing the RCMP near the average of the top three comparator police forces. The anticipated wage increases at issue on this appeal were first discussed in 2007 and cover the years 2008, 2009 and 2010. The Pay Council's recommendations for those years were forwarded to the Commissioner and, subsequently, to the Minister and the Treasury Board. On June 26, 2008, the Treasury Board announced salary increases of 3.32%, 3.5% and 2% for 2008-10. Certain supplemental compensation was also increased: a doubling of service pay (an annual lump sum payment based on years of service) and an increase in the Field Trainer Allowance. These pay levels would have placed total compensation within the Pay Council's target range, the average compensation of the top three Canadian comparator police forces.

[8] According to the respondent, a change in economic circumstances led the government to revisit these increases. The collapse of the U.S. housing

aucun fondement législatif. Le Conseil de la solde est composé de cinq membres : deux représentants de l'organisation, deux représentants des membres de la GRC et un président neutre nommé par le commissaire. L'un des deux représentants des membres est le président du Comité de la solde et des avantages du PRRF, et l'autre est un conseiller externe en rémunération nommé par le commissaire sur le conseil du Comité exécutif national du PRRF. L'organisation et le fonctionnement du PRRF sont examinés plus en détail dans l'arrêt *APMO*, rendu simultanément.

*B. La LCD et ses répercussions sur les niveaux de rémunération de la GRC*

[7] Le Conseil de la solde élabore ses recommandations au sujet de la solde et des avantages sociaux des membres de la GRC en fonction d'un groupe de comparaison référentiel de huit corps policiers canadiens. Il a pour objectif de recommander une rémunération qui situe la GRC près de la moyenne des trois corps policiers les mieux rémunérés dans le groupe de comparaison. Les augmentations de salaire prévues qui sont en cause en l'espèce ont fait pour la première fois l'objet de discussions en 2007 et s'appliquaient aux années 2008, 2009 et 2010. Les recommandations du Conseil de la solde relatives à ces années ont été transmises au commissaire et, par la suite, au ministre ainsi qu'au Conseil du Trésor. Le 26 juin 2008, le Conseil du Trésor a annoncé des hausses salariales de 3,32 %, 3,5 % et 2 % pour les années 2008 à 2010. Certaines indemnités supplémentaires ont également été majorées : la solde de service (une somme forfaitaire annuelle calculée en fonction du nombre d'années de service) a été doublée et l'indemnité aux moniteurs de formation pratique a été augmentée. Ces niveaux de solde auraient placé la rémunération totale des membres de la GRC dans la fourchette cible du Conseil de la solde, soit la rémunération moyenne des trois corps policiers canadiens les mieux rémunérés dans le groupe de comparaison.

[8] Selon l'intimé, l'évolution de la situation économique a amené le gouvernement à revoir ces augmentations. L'effondrement du marché américain de

market in the summer of 2007 resulted in a global financial crisis that reached its peak in the fall of 2008. As is well known, this crisis included the bankruptcy of the American investment bank Lehman Brothers and the near-collapse of other significant financial institutions. Projections of gross domestic product growth fell dramatically, and unemployment in Canada rose sharply in November 2008.

[9] The Minister of Finance, Hon. James M. Flaherty, delivered an economic and fiscal statement on November 27, 2008 (*Protecting Canada's Future: Economic and Fiscal Statement, November 27, 2008* (2008) (“*Statement*”). The *Statement* projected budget deficits for fiscal years 2009-10, 2010-11 and 2011-12, and proposed wide-ranging economic measures intended to stabilize the financial system and enhance credit availability to Canadian businesses affected by the global credit crisis. At the same time, the government implemented a review of public spending, including public sector wages and salaries. As a result, the Treasury Board Secretariat recommended limiting spending on compensation. Where collective bargaining was underway, the Treasury Board Secretariat provided its negotiators with a mandate to bargain within certain wage increase limits. The *Statement* announced the government's intention to introduce wage restraint legislation — to limit or roll back wage increases for the public sector to 2.3% for 2007-8, and 1.5% for 2008-10 (p. 10).

[10] On December 4, 2008, the Governor General prorogued Parliament. Accordingly, the announced wage restraint legislation — the *ERA* — could not be introduced until early 2009. On December 11, 2008, however, the Treasury Board revisited its decision concerning RCMP wages for the fiscal years 2008-10. It communicated to the RCMP Commissioner a revised wage decision providing for salary increases of 1.5% in each of 2008, 2009 and 2010, in line with limits previously announced for the public sector.

l'habitation à l'été 2007 a provoqué une crise financière mondiale qui a atteint son paroxysme à l'automne 2008. Comme on le sait, cette crise a entraîné la faillite de la banque d'investissement américaine Lehman Brothers et le quasi-effondrement d'autres institutions financières importantes. Les prévisions de la croissance du produit intérieur brut ont chuté de façon spectaculaire et le taux de chômage a grimpé en flèche au Canada en novembre 2008.

[9] Le 27 novembre 2008, le ministre des Finances, l'honorable James M. Flaherty, a présenté un énoncé économique et financier (*Protéger l'avenir du Canada : Énoncé économique et financier, le 27 novembre 2008* (2008) (« *Énoncé* »)) dans lequel il prévoyait des déficits budgétaires pour les exercices financiers 2009-2010, 2010-2011 et 2011-2012, et proposait d'importantes mesures économiques visant à stabiliser le système financier et à améliorer l'accès au crédit pour les entreprises canadiennes touchées par la crise du crédit mondiale. À la même époque, le gouvernement procédait à un examen des dépenses de l'État, notamment de la rémunération dans le secteur public. En conséquence, le Secrétaire du Conseil du Trésor a recommandé de limiter les dépenses salariales. Là où des négociations collectives étaient en cours, le Secrétaire du Conseil du Trésor donnait mandat à ses agents de négocier les augmentations de salaire dans le cadre de certaines limites. Dans son *Énoncé*, le gouvernement annonçait son intention de déposer un projet de loi sur le contrôle des salaires — pour limiter ou réduire les augmentations salariales dans le secteur public à 2,3 % pour 2007-2008 et à 1,5 % pour les années 2008 à 2010 (p. 10).

[10] Le 4 décembre 2008, la gouverneure générale a prorogé le Parlement. Le projet de loi sur le contrôle des salaires qui avait été annoncé — la *LCD* — n'a donc pu être déposé avant le début de 2009. Cependant, le 11 décembre 2008, le Conseil du Trésor a révisé sa décision concernant la solde des membres de la GRC pour les exercices 2008 à 2010. Il a communiqué au commissaire de la GRC une décision révisée dans laquelle il accordait des augmentations salariales de 1,5 % pour chacune des années 2008, 2009 et 2010, en conformité avec les limites déjà annoncées pour le secteur public.

[11] Members of the SRRP's National Executive Committee and the Pay Council approached Treasury Board officials and members of Cabinet to discuss the wage rollback. The appellants met with the Minister of Public Safety, Hon. Peter Van Loan, on January 27, 2009 and February 2, 2009, and with the President of the Treasury Board, Hon. Vic Toews, on February 5, 2009. On February 11, 2009, the Pay Council presented the President of the Treasury Board with a package of recommendations concerning the announced rollback, but this proposal was rejected as inconsistent with the *ERA*.

[12] The *ERA* was enacted by s. 393 of the *Budget Implementation Act, 2009*, S.C. 2009, c. 2, which was tabled in the House of Commons on February 6, 2009, and received Royal Assent on March 12, 2009. Section 16 of the *ERA* imposed the following limits on wage increases in the public sector:

**16.** Despite any collective agreement, arbitral award or terms and conditions of employment to the contrary, but subject to the other provisions of this Act, the rates of pay for employees are to be increased, or are deemed to have been increased, as the case may be, by the following percentages for any 12-month period that begins during any of the following fiscal years:

(a) the 2006–2007 fiscal year, 2.5%;

(b) the 2007–2008 fiscal year, 2.3%;

(c) the 2008–2009 fiscal year, 1.5%;

(d) the 2009–2010 fiscal year, 1.5%; and

(e) the 2010–2011 fiscal year, 1.5%.

[13] The *ERA* prohibited any other increases to compensation. Any terms or conditions providing for such increases, for a period beginning December 8, 2008 and ending March 31, 2011, were of no effect pursuant to ss. 44 to 49. However, the *ERA* contained an exception for RCMP members:

[11] Des membres du Comité exécutif national du PRRF et le Conseil de la solde ont pris contact avec des représentants du Conseil du Trésor et des membres du Cabinet pour discuter de la réduction des salaires. Les appelants ont rencontré le ministre de la Sécurité publique, l'honorable Peter Van Loan, le 27 janvier et le 2 février 2009, ainsi que le président du Conseil du Trésor, l'honorable Vic Toews, le 5 février 2009. Le 11 février 2009, le Conseil de la solde a présenté au président du Conseil du Trésor un ensemble de recommandations portant sur la réduction annoncée, mais celles-ci ont été rejetées en raison de leur incompatibilité avec la *LCD*.

[12] La *LCD* a été édictée par l'art. 393 de la *Loi d'exécution du budget de 2009*, L.C. 2009, c. 2, qui a été déposée à la Chambre des communes le 6 février 2009 et a reçu la sanction royale le 12 mars 2009. L'article 16 de la *LCD* imposait les limites suivantes aux augmentations de salaire dans le secteur public :

**16.** Malgré toute convention collective, décision arbitrale ou condition d'emploi à l'effet contraire, mais sous réserve des autres dispositions de la présente loi, les taux de salaire des employés sont augmentés, ou sont réputés l'avoir été, selon le cas, selon les taux figurant ci-après à l'égard de toute période de douze mois commençant au cours d'un des exercices suivants :

a) l'exercice 2006-2007, un taux de deux et demi pour cent;

b) l'exercice 2007-2008, un taux de deux et trois dixièmes pour cent;

c) l'exercice 2008-2009, un taux de un et demi pour cent;

d) l'exercice 2009-2010, un taux de un et demi pour cent;

e) l'exercice 2010-2011, un taux de un et demi pour cent.

[13] La *LCD* interdisait toute autre augmentation de la rémunération. Toute condition d'emploi prévoyant une telle augmentation, au cours de la période allant du 8 décembre 2008 au 31 mars 2011, était rendue inopérante aux termes des art. 44 à 49. Toutefois, la *LCD* prévoyait une exception pour les membres de la GRC :

62. Despite sections 44 to 49, the Treasury Board may change the amount or rate of any allowance, or make any new allowance, applicable to members of the Royal Canadian Mounted Police if the Treasury Board is of the opinion that the change or the new allowance, as the case may be, is critical to support transformation initiatives relating to the Royal Canadian Mounted Police.

[14] On June 9, 2009, pursuant to s. 62, the Treasury Board approved compensation increases for RCMP members. A new policy was implemented increasing compensation for off-duty members required to be available for work. Service pay was also increased from 1% to 1.5% for every five years of service and extended, for the first time, to certain civilian members. The service pay increase had been first proposed by the Pay Council, in its February 11, 2009 recommendations to the Treasury Board.

### III. Judicial History

#### A. *Federal Court, 2011 FC 735, 392 F.T.R. 25*

[15] The application judge, Heneghan J., allowed the application for judicial review of the Treasury Board's December 11, 2008 decision. She also declared that both the decision and ss. 16, 35, 38, 43, 46 and 49 of the *ERA* violated s. 2(d) of the *Charter*, and that neither violation was saved by s. 1.

[16] Heneghan J. found that the Pay Council was “the only formal means through which Members of the RCMP [could] collectively pursue goals relating to remuneration with their employer, . . . the Treasury Board” (para. 72). She concluded that the Treasury Board's 2008 decision and the subsequently enacted *ERA* made it effectively impossible for the Pay Council to make representations on behalf of members of the RCMP and to have those representations considered in good faith. The unilateral cancellation of the previous pay and benefits agreement was found to be a substantial interference with the right protected by s. 2(d) of the *Charter*. Given that the cancellation of the pay increases would have lasting effects on pension amounts and

62. Malgré les articles 44 à 49, le Conseil du Trésor peut créer une nouvelle allocation applicable aux membres de la Gendarmerie royale du Canada ou modifier le montant ou le taux d'une allocation qu'ils reçoivent s'il estime qu'une telle mesure est indispensable à la mise en œuvre de toute initiative de transformation relative à cet organisme.

[14] Conformément à l'art. 62, le Conseil du Trésor a approuvé le 9 juin 2009 des augmentations de la rémunération des membres de la GRC. Lors de la mise en œuvre d'une nouvelle politique, la rémunération des membres qui doivent demeurer disponibles en dehors de leurs heures de travail a été augmentée. La solde de service a elle aussi été augmentée, passant de 1 à 1,5 % pour chaque période de cinq ans de service et pouvait, pour la première fois, être versée à certains membres civils. L'augmentation de la solde de service avait initialement été proposée par le Conseil de la solde, dans les recommandations du 11 février 2009 au Conseil du Trésor.

### III. Historique judiciaire

#### A. *Cour fédérale, 2011 CF 735*

[15] La juge Heneghan a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la décision prise le 11 décembre 2008 par le Conseil du Trésor. Elle a également déclaré que la décision ainsi que les art. 16, 35, 38, 43, 46 et 49 de la *LCD* violaient l'al. 2d) de la *Charte*, et qu'aucune de ces violations n'était justifiée au regard de l'article premier.

[16] La juge Heneghan a conclu que le Conseil de la solde était « le seul mécanisme formel qui permet[tait] aux membres de la GRC de poursuivre collectivement des objectifs liés à la rémunération avec leur employeur, [. . .] le Conseil du Trésor » (par. 72 (CanLII)). Elle a estimé que la décision de 2008 du Conseil du Trésor et la *LCD* adoptée par la suite ont rendu de fait impossible pour le Conseil de la solde de présenter des observations au nom des membres de la GRC et de les voir prises en compte de bonne foi. L'annulation unilatérale de l'entente antérieure sur la solde et les avantages sociaux constituait, selon elle, une entrave substantielle aux droits que protège l'al. 2d) de la *Charte*. Comme l'annulation des augmentations de la solde prévues aurait



future wage increases, the trial judge held that the impact of the *ERA* was permanent.

[17] Turning to her s. 1 *Charter* analysis, the trial judge held that some of the stated aims of the Treasury Board's decision — such as providing leadership, showing restraint and demonstrating respect for public funds in a time of financial crisis — were political in nature and were not pressing and substantial. She went on to find that the Attorney General of Canada had not provided persuasive and cogent evidence to show a rational connection between the reduction of wage increases of RCMP members and the stated aims of reducing upward pressure on private sector wages in a time of economic turmoil, providing leadership and demonstrating restraint with public funds. On the issue of minimal impairment, the judge held that the impairment to be considered was not the financial impact to members of the RCMP but the impairment of the s. 2(d) *Charter* right, particularly of the Pay Council process. Noting that the Treasury Board had taken the time to consult 17 bargaining agents and that it, along with separate government agencies, had succeeded in signing upwards of 40 agreements with bargaining agents inside and outside of the core public administration, the application judge found the Treasury Board's unilateral action and disregard for the Pay Council process to be not minimally impairing. Finally, the trial judge found that the only substantiated benefit — saving the Treasury Board an undisclosed amount of money — did not outweigh the detrimental effects of the *ERA*.

B. *Federal Court of Appeal, 2013 FCA 112, 444 N.R. 129*

[18] The Federal Court of Appeal (per Dawson J.A., Nadon and Trudel JJ.A. concurring) held that

des effets durables sur les prestations de pension et les futures hausses salariales, la juge de première instance a statué que les répercussions de la *LCD* étaient permanentes.

[17] Dans son analyse relative à l'article premier de la *Charte*, la juge de première instance a conclu que certains objectifs déclarés de la décision du Conseil du Trésor — par exemple, montrer la voie à suivre, faire preuve de retenue et démontrer du respect à l'égard des fonds publics en période de crise financière — constituaient des objectifs de nature politique et n'étaient pas urgents et réels. Elle a ajouté que le procureur général du Canada n'avait pas présenté d'éléments de preuve établissant de façon convaincante l'existence d'un lien rationnel entre la réduction des augmentations de la solde des membres de la GRC et les objectifs déclarés de réduire la pression à la hausse sur les salaires dans le secteur privé dans une période de bouleversements économiques, de montrer la voie à suivre et de faire preuve de retenue dans l'emploi des fonds publics. Sur la question de l'atteinte minimale, la juge a statué que l'atteinte qu'il fallait examiner ne portait pas sur les répercussions financières sur les membres de la GRC, mais plutôt sur la violation du droit garanti à l'al. 2d) de la *Charte*, plus particulièrement à l'égard du processus du Conseil de la solde. Elle a fait remarquer que le Conseil du Trésor avait pris le temps de consulter 17 agents négociateurs et que, de concert avec des organismes distincts du gouvernement, il avait signé plus de 40 ententes avec les agents négociateurs de l'intérieur et de l'extérieur de l'administration publique centrale. La juge de première instance a alors conclu que la mesure unilatérale prise par le Conseil du Trésor et son indifférence à l'égard du processus du Conseil de la solde ne constituaient pas une atteinte minimale. Enfin, elle a statué que le seul avantage justifié — permettre au Conseil du Trésor d'épargner une somme d'argent non dévoilée — ne l'emportait pas sur les effets préjudiciables de la *LCD*.

B. *Cour d'appel fédérale, 2013 CAF 112*

[18] La Cour d'appel fédérale (la juge Dawson, avec l'accord des juges Nadon et Trudel) a estimé

the application judge had committed an error of law by treating the Treasury Board decision and the *ERA* as a single limit on freedom of association and failing to conduct separate constitutional analyses of each. Having found that the *ERA* gave statutory effect to the Treasury Board's December 2008 decision, the Federal Court of Appeal conducted a *de novo* analysis of the constitutionality of the impugned provisions of the *ERA*. It found that the *ERA* did not violate the appellants' right of association and allowed the appeal.

[19] The Federal Court of Appeal identified two contextual factors relevant to its analysis of the constitutionality of the *ERA*: (i) the nature of the associational activity enjoyed by members of the RCMP, including the fact that the Treasury Board can act unilaterally as it is not obliged to consult or negotiate with the Pay Council or Staff Relations Representatives with respect to wages and benefits; and (ii) the purpose of the *ERA* and its effect upon members of the RCMP.

[20] The court concluded that the *ERA* did not substantially interfere with the process by which members of the RCMP pursue their associational activity, as it did not make it impossible for members of the RCMP to act collectively to achieve workplace goals. Rather, the *ERA* merely modified terms and conditions of employment which the Treasury Board was authorized by law to set. According to the Federal Court of Appeal, the *ERA* did not substantially interfere with the existing process by which associational activity was pursued because that process is one in which members do not bargain directly with their employer and where the employer, as the ultimate decision-maker, was authorized to set the terms and conditions of employment without consultation or negotiation. Furthermore, the Pay Council continued to exert meaningful influence over certain working conditions other than pay and benefits, demonstrating that the associational process continued to function despite the enactment of the *ERA*. Accordingly, the *ERA* did not render the RCMP's associational process pointless.

que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en considérant que la décision du Conseil du Trésor et la *LCD* constituaient ensemble une seule restriction à la liberté d'association, et en n'effectuant pas une analyse constitutionnelle distincte de chacune d'elles. Après avoir conclu que la *LCD* donnait un effet législatif à la décision de décembre 2008 du Conseil du Trésor, la Cour d'appel fédérale a effectué sa propre analyse de la constitutionnalité des dispositions contestées de la *LCD*. Elle a décidé que la *LCD* ne portait pas atteinte au droit d'association des appelants et elle a accueilli l'appel.

[19] La Cour d'appel fédérale a relevé deux facteurs contextuels pertinents pour son analyse de la constitutionnalité de la *LCD* : (i) la nature de l'activité associative dont bénéficient les membres de la GRC, notamment le fait que le Conseil du Trésor peut agir unilatéralement et n'est pas tenu de consulter le Conseil de la solde ou les représentants des relations fonctionnelles, ni de négocier avec eux, sur la question de la solde et des avantages sociaux; (ii) l'objet de la *LCD* et ses effets sur les membres de la GRC.

[20] Selon la Cour d'appel, la *LCD* n'avait pas entravé de façon substantielle le processus par lequel les membres de la GRC poursuivaient leur activité associative, car elle n'avait pas éliminé la possibilité pour eux d'agir collectivement pour réaliser des objectifs liés au travail. La *LCD* avait plutôt simplement modifié des conditions d'emploi que le Conseil du Trésor était autorisé à établir en vertu de la loi. D'après la Cour d'appel, la *LCD* n'avait pas entravé sérieusement le processus existant par lequel l'activité associative était poursuivie, parce qu'il s'agit d'un processus dans lequel les membres ne négocient pas directement avec leur employeur et où celui-ci est autorisé, en tant que décideur ultime, à établir les conditions d'emploi sans consultation ni négociation. En outre, le Conseil de la solde a continué d'exercer une influence significative sur certaines conditions de travail, autres que la solde et les avantages sociaux, ce qui démontre que le processus d'association a continué de fonctionner malgré l'adoption de la *LCD*. Par conséquent, la Cour d'appel a estimé que la *LCD* n'avait pas rendu la liberté d'association inutile.

[21] On the issue of the *ERA*'s purpose, the Federal Court of Appeal found that the purpose of the *ERA* was valid as part of a series of measures designed to stabilize the economy in a time of financial crisis. Moreover, the Federal Court of Appeal held that the measures contained in the *ERA* did not prohibit or make it substantially impossible for members of the RCMP to exercise their freedom of association in the future.

#### IV. Issues

[22] On November 4, 2013, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Do ss. 16, 35, 38, 43, 46 and 49 of the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[23] The parties have also raised issues concerning the constitutionality of the Treasury Board decision of December 11, 2008, and the appropriate remedy. These issues are rendered moot by our decision in this case that the impugned provisions of the *ERA* are constitutionally valid, and by our decision in *MPAO* that the *SRRP* violates s. 2(d) and cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

#### V. Analysis

##### A. *Theoretical Foundations of Section 2(d)*

[24] For the reasons given in the companion case, *MPAO*, s. 2(d) of the *Charter* protects workers' freedom to associate and pursue their workplace goals through collective bargaining. In s. 2(d) cases, the courts must ask whether state action has substantially impaired the employees' collective pursuit of

[21] À propos de l'objet de la *LCD*, la Cour d'appel fédérale a conclu à sa validité, comme il faisait partie d'une série de mesures destinées à stabiliser l'économie en période de crise financière. En outre, elle a statué que les mesures contenues dans la *LCD* n'avaient pas empêché ou rendu de fait impossible l'exercice futur de la liberté d'association des membres de la GRC.

#### IV. Questions en litige

[22] Le 4 novembre 2013, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. Les articles 16, 35, 38, 43, 46 et 49 de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393, violent-ils l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[23] Les parties ont également soulevé des questions portant sur la constitutionnalité de la décision prise par le Conseil du Trésor le 11 décembre 2008, et sur la réparation appropriée. Ces questions sont maintenant théoriques puisque nous avons statué en l'espèce que les dispositions attaquées de la *LCD* sont constitutionnellement valides, et du fait de notre décision, dans *APMO*, suivant laquelle le *PRRF* viole l'al. 2d) et que cette violation ne peut être validée par application de l'article premier de la *Charte*.

#### V. Analyse

##### A. *Fondements théoriques de l'al. 2d)*

[24] Pour les motifs exposés dans l'arrêt connexe *APMO*, l'al. 2d) de la *Charte* protège la liberté des travailleurs de s'associer et de poursuivre leurs objectifs liés au travail au moyen de la négociation collective. Dans les instances relatives à l'al. 2d), les tribunaux doivent déterminer si les mesures prises

workplace goals. The test applicable to this question is set out in *Health Services*.

[25] Section 2(d) guarantees a right to a meaningful labour relations process, but it does not guarantee a particular outcome. What is guaranteed is the right of employees to associate in a meaningful way in the pursuit of collective workplace goals. In *MPAO*, we concluded that the imposition of the SRP, combined with a prohibition on collective bargaining by RCMP members, infringes this right. At the same time, the record here establishes that, in the absence of a true collective bargaining process, RCMP members used the Pay Council to advance their compensation-related goals. In our view, the *Charter* protects that associational activity, even though the process does not provide all that the *Charter* requires. The legal alternatives available are not full collective bargaining or a total absence of constitutional protection. Interference with a constitutionally inadequate process may attract scrutiny under s. 2(d). Accordingly, we must examine whether the *ERA* substantially interfered with the existing Pay Council process, so as to infringe the appellants' freedom of association.

B. *Whether the ERA Infringes Section 2(d)*

[26] For the affected RCMP members, the *ERA* resulted in a rollback of scheduled wage increases from the previous Pay Council recommendations accepted by the Treasury Board, from between 2% and 3.5% to 1.5% in each of 2008, 2009 and 2010. The original increase would also have doubled service pay and increased the Field Trainer Allowance. Both of these were also eliminated by the *ERA*, subject to subsequent negotiations pursuant to s. 62 of that Act.

par l'État ont entravé de façon substantielle la poursuite collective par les employés d'objectifs liés au travail. Le critère applicable pour trancher cette question est énoncé dans l'arrêt *Health Services*.

[25] L'alinéa 2d) garantit le droit à un processus véritable de relations de travail, sans pour autant donner la certitude d'un résultat en particulier. Cette disposition protège le droit des employés de s'associer de façon utile dans la poursuite d'objectifs collectifs relatifs au travail. Dans *APMO*, nous avons conclu que l'imposition du PRRF, conjuguée à l'interdiction pour les membres de la GRC de négocier collectivement, portait atteinte à ce droit. En même temps, le dossier en l'espèce établit que, en l'absence d'un processus véritable de négociation collective, les membres de la GRC se sont servis du Conseil de la solde en vue d'atteindre leurs objectifs liés à la rémunération. À notre avis, la *Charte* protège cette activité associative, même si le processus ne respecte pas l'ensemble des exigences de la *Charte*. Un processus complet de négociation collective ou une absence totale de protection constitutionnelle ne constituent pas des solutions de rechange légales possibles. Mais une entrave à un processus inadéquat au plan constitutionnel peut être l'objet d'un examen constitutionnel à l'égard des exigences de l'al. 2d). Par conséquent, nous devons déterminer si la *LCD* a entravé de façon substantielle le processus du Conseil de la solde existant, de sorte qu'elle a porté atteinte à la liberté d'association des appelants.

B. *La LCD viole-t-elle l'al. 2d)?*

[26] Pour les membres de la GRC qui sont touchés, la *LCD* a entraîné une réduction des augmentations salariales recommandées par le Conseil de la solde et acceptées par le Conseil du Trésor. Les augmentations qui devaient se situer entre 2 % et 3,5 % ont été réduites à 1,5 % pour chacune des années 2008, 2009 et 2010. On prévoyait aussi initialement le doublement de la solde de service et une augmentation de l'indemnité versée aux moniteurs de formation pratique. La *LCD* a également supprimé ces deux avantages, sous réserve de négociations ultérieures sous le régime de l'art. 62 de cette loi.

[27] The Attorney General of Canada acknowledges that wages are an important issue, but notes that the limits imposed by the *ERA* were time-limited in nature, were shared by all public servants, and did not permanently remove the subject of wages from collective bargaining. Accordingly, he suggests that the importance of the wage restraints does not rise to the level of a s. 2(d) violation. For the reasons that follow, we conclude that s. 2(d) was not breached.

[28] The facts of *Health Services* should not be understood as a minimum threshold for finding a breach of s. 2(d). Nonetheless, the comparison between the impugned legislation in that case and the *ERA* is instructive. The *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, Part 2, introduced radical changes to significant terms covered by collective agreements previously concluded. By contrast, the level at which the *ERA* capped wage increases for members of the RCMP was consistent with the going rate reached in agreements concluded with other bargaining agents inside and outside of the core public administration and so reflected an outcome consistent with actual bargaining processes. The process followed to impose the wage restraints thus did not disregard the substance of the former procedure. And the *ERA* did not preclude consultation on other compensation-related issues, either in the past or the future.

[29] Furthermore, the *ERA* did not prevent the consultation process from moving forward. Most significantly in the case of RCMP members, s. 62 permitted the negotiation of additional allowances as part of “transformation[al] initiatives” within the RCMP. The record indicates that RCMP members were able to obtain significant benefits as a result of subsequent proposals brought forward through the existing Pay Council process. Service pay was increased from 1% to 1.5% for every five years of service — representing a 50% increase — and extended for the first time to certain civilian members. A new and more generous policy for stand-by pay was also approved. Actual outcomes are not determinative of a s. 2(d) analysis, but, in this case, the evidence of outcomes supports a conclusion that the enactment

[27] Le procureur général du Canada reconnaît l’importance des salaires, mais fait remarquer que les restrictions imposées par la *LCD* s’appliquaient pour une durée limitée à l’ensemble des fonctionnaires et n’excluaient pas cette question définitivement du processus de la négociation collective. Par conséquent, il laisse entendre que les restrictions salariales n’ont pas une importance telle qu’il en résulte une violation de l’al. 2d). Pour les motifs qui suivent, nous concluons qu’il n’y a pas eu violation de l’al. 2d).

[28] Il ne faut pas considérer que les faits de l’affaire *Health Services* constituent un seuil minimal pour causer une violation de l’al. 2d). Néanmoins, la comparaison entre la loi contestée dans cette affaire et la *LCD* est instructive. La partie 2 de la *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2, modifiait radicalement des conditions importantes de conventions collectives en vigueur. En revanche, le niveau des augmentations salariales des membres de la GRC prévu dans la *LCD* correspondait au taux courant établi dans des ententes conclues avec d’autres agents négociateurs de l’intérieur et de l’extérieur de l’administration publique centrale et reflétait donc un résultat conforme aux processus réels de négociation. Le processus d’imposition des restrictions salariales ne faisait donc pas abstraction de la procédure suivie antérieurement. Et la *LCD* n’interdisait pas la consultation sur d’autres questions salariales, que ce soit pour le passé ou pour l’avenir.

[29] Qui plus est, la *LCD* n’empêchait pas la poursuite du processus de consultation. Fait plus important encore dans le cas des membres de la GRC, l’art. 62 permettait la négociation d’allocations additionnelles dans le cadre de toute « initiative de transformation » au sein de la GRC. Il ressort du dossier que les membres de la GRC ont pu obtenir d’importants avantages à la suite de propositions ultérieures présentées dans le cadre du processus du Conseil de la solde. La solde de service a été augmentée de 1 à 1,5 % pour chaque période de cinq ans de service — ce qui représentait une augmentation de 50 % — et pouvait pour la première fois être versée à certains membres civils. On a également approuvé une nouvelle politique plus généreuse relative à l’indemnité de disponibilité. Les

of the *ERA* had a minor impact on the appellants' associational activity.

[30] Simply put, the Pay Council continued to afford RCMP members a process for consultation on compensation-related issues within the constitutionally inadequate labour relations framework that was then in place. The *ERA* and the government's course of conduct cannot be said to have substantially impaired the collective pursuit of the workplace goals of RCMP members. This said, our conclusions, as they relate to the *ERA*'s impact on the Pay Council process, should not be taken to endorse the constitutional validity of that process or of similar schemes.

## VI. Justification

[31] In view of our conclusion on the s. 2(d) question, we need not determine whether any infringement in this case is a reasonable limit justified in a free and democratic society. We will not comment on the application of s. 1 of the *Charter*.

## VII. Conclusion

[32] We would dismiss the appeal, with costs to the respondent throughout, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 16, 35, 38, 43, 46 and 49 of the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

résultats concrets ne sont pas déterminants dans une analyse relative à l'al. 2d), mais ceux qui ont été mis en preuve en l'espèce étayaient une conclusion selon laquelle l'adoption de la *LCD* a eu des répercussions mineures sur les activités associatives des appelants.

[30] Bref, le Conseil de la solde a continué d'offrir aux membres de la GRC un processus de consultation sur les questions de rémunération en dépit du cadre de relations de travail constitutionnellement inadéquat alors en place. On ne saurait alors affirmer que la *LCD* et la conduite du gouvernement ont entravé de façon substantielle, pour les membres de la GRC, la poursuite collective de leurs objectifs liés au travail. Cela dit, il ne faut pas considérer que nos conclusions relatives à l'incidence de la *LCD* sur le processus du Conseil de la solde confirment la validité constitutionnelle de ce processus ou de régimes semblables.

## VI. Justification

[31] Compte tenu de notre conclusion sur la question relative à l'al. 2d), il n'est pas nécessaire de déterminer si une violation en l'espèce constitue une limite raisonnable qui est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Nous n'émettons aucun commentaire sur l'application de l'article premier de la *Charte*.

## VII. Conclusion

[32] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens à l'intimé devant toutes les cours, et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 16, 35, 38, 43, 46 et 49 de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393, violent-ils l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

It is not necessary to answer the question.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J. —

### I. Introduction

[33] I concur with the majority’s disposition of this appeal. However, as their reasons apply the analytical framework of the majority reasons in the companion case of *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3 (“MPAO”), in which I have dissented, I now issue separate reasons. The correct framework to analyse this case is to ask whether the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393 (“ERA”), rendered meaningful collective bargaining for RCMP members, via the Pay Council process, effectively impossible. As meaningful collective bargaining occurred and the ERA did not preclude negotiations in the future, there is no violation of s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

### II. Facts and Judicial History

[34] I accept the majority’s summary of the facts and judicial history. Any departures or additions are in the analysis below.

### III. Analysis

#### A. *The Effective Impossibility Test*

[35] In *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, this Court found that s. 2(d) encompasses a right to collective bargaining that “requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation” (para. 90). The majority of the Court affirmed this conclusion in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, and set out the test for finding an infringement of s. 2(d) of the *Charter* in the labour relations context: “. . . whether the impugned law or state action

Il n’est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN —

### I. Introduction

[33] Je souscris au dispositif des juges majoritaires en l’espèce. Toutefois, comme ils appliquent le cadre analytique proposé par la majorité dans l’affaire connexe *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3 (« APMO »), dans laquelle je suis dissident, je formule des motifs distincts. Le cadre approprié pour analyser cette affaire consiste à déterminer si la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393 (la « LCD »), a effectivement rendu impossible pour les membres de la GRC une négociation collective véritable au moyen du processus du Conseil de la solde. Comme une négociation collective véritable a eu lieu et que la LCD n’a pas empêché les négociations pour l’avenir, il n’y a pas eu violation de l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

### II. Faits et historique judiciaire

[34] Je fais mien le résumé des faits et de l’historique judiciaire des juges majoritaires. Toute divergence ou tout ajout se retrouve dans l’analyse qui suit.

### III. Analyse

#### A. *Le critère de l’impossibilité effective*

[35] Dans l’arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, notre Cour a jugé que l’al. 2d) comporte un droit de négocier collectivement qui « implique que l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90). La Cour à la majorité a confirmé cette conclusion dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, et y a énoncé comme suit le critère applicable pour décider s’il y a violation de l’al. 2d) de la *Charte* en

has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals” (para. 46). Collective bargaining is protected, but only “in the minimal sense of good faith exchanges” (*Fraser*, at para. 90). An infringement of s. 2(d) will be found where employees or employee representatives can demonstrate that government action or legislation makes it effectively impossible to make collective representations and to have management consider these representations in good faith (*Fraser*, at para. 98).

B. *The Relevant Inquiry Is Into the Validity of the ERA*

[36] There is some debate between the parties to this appeal as to the relevant time period to consider when determining whether there was a s. 2(d) breach in the present case. That debate has focused on the timing and degree of consultation between the Treasury Board and the RCMP’s Pay Council, a body designed to resolve pay and benefits issues with a cooperative and consultative approach. The Attorney General of Canada maintains that the validity of the *ERA* is what is ultimately at issue and that any consultation which occurred prior to its adoption by Parliament is relevant. The appellants, on the other hand, argue that the crucial period for determining whether there was an infringement of their rights under s. 2(d) of the *Charter* was before December 11, 2008, when the Treasury Board made its decision modifying the previously agreed-upon wage increases for RCMP members (the “December 11 Decision”). Specifically, they say that meaningful consultation should have occurred between November 17, 2008 (when officials from the Treasury Board Secretariat met with the Commissioner of the RCMP about the wage increase limits to urge him to meet with the Pay Council) and the December 11 Decision. The appellants argue that the *ERA*, which was introduced in the House of Commons on February 6, 2009, and received Royal Assent on March 12, 2009, was merely a codification of the December 11 Decision.

contexte de relations de travail : « . . . si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail » (par. 46). Le droit à la négociation collective est protégé, mais uniquement « dans le sens d’un droit minimal strict à des échanges de bonne foi » (*Fraser*, par. 90). Les tribunaux concluront à l’existence d’une violation de l’al. 2d) lorsque les employés ou leurs représentants peuvent démontrer que la mesure gouvernementale ou législative les empêche effectivement de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi par la direction (*Fraser*, par. 98).

B. *La question pertinente est celle de la validité de la LCD*

[36] Les parties au présent pourvoi ne s’entendent pas sur la période qui doit être prise en compte pour déterminer s’il y a eu violation de l’al. 2d) en l’espèce. Elles ont axé le débat sur le moment et l’étendue des consultations qu’ont tenues le Conseil du Trésor et le Conseil de la solde de la GRC, un organisme chargé de résoudre les questions de rémunération et d’avantages sociaux dans un esprit de collaboration et de consultation. Le procureur général du Canada soutient que la question ultime porte sur la validité de la *LCD*, et que les consultations tenues avant l’adoption de cette loi sont pertinentes. Les appelants soutiennent par contre que la période cruciale pour déterminer si les droits que leur garantit l’al. 2d) de la *Charte* ont été violés est celle qui a précédé le 11 décembre 2008, date de la décision du Conseil du Trésor modifiant les augmentations salariales convenues auparavant en faveur des membres de la GRC (la « décision du 11 décembre »). Plus précisément, ils affirment que des consultations véritables auraient dû avoir lieu entre le 17 novembre 2008 — date à laquelle des représentants du Secrétariat du Conseil du Trésor ont rencontré le commissaire de la GRC au sujet des limites imposées aux hausses salariales et l’ont exhorté à rencontrer le Conseil de la solde — et la décision du 11 décembre. Les appelants prétendent que la *LCD*, qui a été déposée à la Chambre des communes le 6 février 2009 et qui a reçu la sanction royale le 12 mars 2009, ne faisait que confirmer par la loi la décision du 11 décembre.



[37] The appellants' argument does not stand up to scrutiny. The December 11 Decision was an interim measure. It was designed, in light of the Governor General's December 4, 2008 prorogation of Parliament, to ensure that the RCMP's previously agreed-to wage increases would not come into effect in January 2009, only to be rolled back a few months later when the *ERA* was brought into force. Even if the December 11 Decision had been made with appropriate consultation, it was overridden by the enactment of the *ERA*. It is therefore the validity of the *ERA* that is at stake here and any consultations having occurred prior to its enactment are relevant to the s. 2(d) analysis.

C. *The ERA Does Not Infringe Section 2(d) of the Charter*

(1) The Pay Council Process Must Be Assumed to Be Constitutionally Compliant

[38] The majority in *MPAO* found that the Staff Relations Representative Program ("SRRP") did not meet the requirements of s. 2(d) of the *Charter*. However, it made no findings with regard to the Pay Council process, and the appellants have not challenged the constitutionality of that process in this case. Respectfully, I cannot agree with the majority's finding that the Pay Council process "does not provide all that the *Charter* requires" (para. 25) when the constitutional questions stated by the Chief Justice in this appeal do not deal with this issue. The appropriate analysis is that since the Pay Council process itself is not challenged, it must be assumed to be constitutionally compliant. In any event, there is no reason to believe, on the evidence as presented, that the Pay Council process renders meaningful collective bargaining effectively impossible for RCMP members.

(2) Sufficient Consultation After December 11, 2008

[39] The Attorney General of Canada conceded that there was no consultation with the Pay Council

[37] L'argument des appelants ne résiste toutefois pas à l'examen. La décision du 11 décembre constituait une mesure provisoire. Compte tenu de la prorogation du Parlement ordonnée par la gouverneure générale le 4 décembre 2008, cette mesure visait à éviter que les hausses salariales consenties plus tôt à la GRC prennent effet en janvier 2009 puis soient réduites quelques mois plus tard lors de l'entrée en vigueur de la *LCD*. Même si la décision du 11 décembre a été prise à la suite de consultations adéquates, elle a été écartée par l'édiction de la *LCD*. C'est donc la validité de la *LCD* qui est en cause dans le présent pourvoi, et les consultations tenues avant l'édiction de cette loi sont pertinentes dans l'analyse relative à l'al. 2d).

C. *La LCD ne contrevient pas à l'al. 2d) de la Charte*

(1) Le processus du Conseil de la solde doit être présumé conforme à la Constitution

[38] Dans l'arrêt *APMO*, la Cour à la majorité a conclu que le Programme des représentants des relations fonctionnelles (le « PRRF ») ne satisfaisait pas aux exigences de l'al. 2d) de la *Charte*. Elle n'a toutefois tiré aucune conclusion au sujet du processus du Conseil de la solde, et les appelants n'ont pas contesté la validité constitutionnelle de ce processus en l'espèce. En toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion de la majorité suivant laquelle le processus du Conseil de la solde « ne respecte pas l'ensemble des exigences de la *Charte* » (par. 25) alors que les questions constitutionnelles énoncées par la Juge en chef en l'espèce ne traitent aucunement de cette question. Pour les besoins de l'analyse, il faut considérer que, puisque le processus du Conseil de la solde lui-même n'est pas contesté, il doit être présumé conforme à la Constitution. En tout état de cause, aucune raison ne porte à croire, eu égard à la preuve présentée, que le processus du Conseil de la solde rend effectivement impossible pour les membres de la GRC une négociation collective véritable.

(2) Consultations suffisantes après le 11 décembre 2008

[39] Le procureur général du Canada concède que le Conseil de la solde n'a pas été consulté avant

prior to the December 11 Decision limiting wage increases for RCMP members. At the hearing, counsel for Messrs. Meredith and Roach conceded that the government may rehabilitate any deficiency in the consultation process up until the time that the legislation receives Royal Assent. The question is thus whether the government subsequently remedied its failure to consult prior to the December 11 Decision by engaging in meaningful and good faith consultation with members of the Pay Council between December 11, 2008 and the enactment of the *ERA* on March 12, 2009.

[40] In assessing whether the consultations that took place after December 11, 2008 satisfied the requirements of the derivative right to collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter*, this Court should adopt a broad, contextual approach, as advocated in *Health Services* (para. 92). The facts of this case unfolded in the midst of the 2008 global financial crisis. Though not determinative, this context is relevant to the inquiry into the adequacy of the government's consultation with the Pay Council. The context of the financial crisis does not excuse the government's failure to consult before the December 11 Decision, but the existence of those exigent circumstances helps us to understand the circumstances in which the process leading to the *ERA* unfolded.

[41] A contextual approach in this case requires an examination of the impact of the *ERA* on the ability of the Pay Council to engage in good faith exchanges with RCMP management. The *ERA* did place limits on RCMP members' wage increases for three fiscal years, until 2011. However, it did not completely restrict all compensation increases and it did not make collective bargaining effectively impossible for RCMP members.

[42] While the freeze on wage increases precluded negotiations on that issue for a limited period of time, there were other areas in which the members could see their compensation increase (see *ERA*, s. 62). And RCMP members took advantage of these opportunities to subsequently negotiate an increase in

la décision du 11 décembre qui a limité les augmentations salariales des membres de la GRC. À l'audience, l'avocat de MM. Meredith et Roach a reconnu que le gouvernement peut corriger toute lacune survenant dans le processus de consultation, et ce, tant que la loi n'a pas reçu la sanction royale. Il s'agit donc de déterminer si le gouvernement a par la suite remédié à son défaut de mener des consultations avant la décision du 11 décembre en procédant à des consultations véritables et de bonne foi avec les membres du Conseil de la solde entre cette date et l'adoption de la *LCD* le 12 mars 2009.

[40] Pour décider si les consultations tenues après le 11 décembre 2008 satisfont aux exigences du droit dérivé à la négociation collective découlant de l'al. 2d) de la *Charte*, la Cour doit procéder à une analyse large et contextuelle, comme le préconise l'arrêt *Health Services* (par. 92). Les faits sont survenus au milieu de la crise financière qui a secoué le monde en 2008. Sans être déterminant, ce contexte est utile pour juger si les consultations que le gouvernement a menées avec le Conseil de la solde ont été suffisantes. Le contexte de la crise financière n'excuse pas le défaut du gouvernement de procéder à des consultations avant la décision du 11 décembre, mais l'existence de cette situation d'urgence nous aide à comprendre les circonstances dans lesquelles s'est déroulé le processus ayant conduit à l'adoption de la *LCD*.

[41] Dans le cas qui nous occupe, l'analyse contextuelle requiert l'examen des conséquences de la *LCD* sur la possibilité pour le Conseil de la solde de procéder à des échanges de bonne foi avec la direction de la GRC. La *LCD* a effectivement limité pour une période de trois ans, jusqu'en 2011, les hausses salariales des membres de la GRC. Toutefois, elle n'a pas complètement exclu toute augmentation de la rémunération, et elle n'a pas rendu effectivement impossible toute négociation collective pour les membres de la GRC.

[42] Le gel des hausses salariales empêchait les négociations sur cette question pour une période de temps limitée, mais d'autres aspects de la rémunération des membres de la GRC pouvaient donner lieu à une augmentation de leur rémunération (voir la *LCD*, art. 62). Les membres ont effectivement

allowances for members. Although results of collective bargaining are not guaranteed under s. 2(d), the fact that such allowances were approved in a period of serious budgetary restraint is an important contextual factor in evaluating whether the *ERA* made collective bargaining effectively impossible for RCMP members.

[43] After the December 11 Decision, Messrs. Meredith and Roach, among others associated with the SRRP and the Pay Council, had several opportunities to speak with senior government officials about the yet-to-be introduced *ERA*. On January 27 and February 2, 2009, they met with the Honourable Peter Van Loan, then-Minister of Public Safety, to discuss alternatives to the wage increase restrictions. On February 5, 2009, they met with the Honourable Vic Toews, then-President of the Treasury Board. Mr. Toews was not willing to discuss changes to the wage increase limits in the *ERA*, because those limits were being imposed across the public sector. He did, however, indicate that he was open to discussion on changes to other aspects of compensation, specifically referencing allowances. When the *ERA* was introduced in the House of Commons on February 6, 2009, it included a provision specific to the RCMP:

62. Despite sections 44 to 49 [the restraints on public sector wage increases], the Treasury Board may change the amount or rate of any allowance, or make any new allowance, applicable to members of the Royal Canadian Mounted Police if the Treasury Board is of the opinion that the change or the new allowance, as the case may be, is critical to support transformation initiatives relating to the Royal Canadian Mounted Police.

(Bill C-10, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on January 27, 2009 and related fiscal measures*, 2nd Sess., 40th Parl., cl. 393 (first reading))

Messrs. Meredith and Roach, along with other Staff Relations Representatives, met with the RCMP

profité de ces possibilités pour négocier par la suite une augmentation des allocations auxquelles ils ont droit. Bien que l'al. 2d) ne garantisse pas l'issue de la négociation collective, le fait que ces allocations aient été approuvées durant une période de sévères restrictions budgétaires constitue un facteur contextuel important pour déterminer si la *LCD* a fait en sorte qu'il a été effectivement impossible pour les membres de la GRC de négocier collectivement.

[43] Après la décision du 11 décembre, MM. Meredith et Roach, ainsi que d'autres personnes associées au PRRF et au Conseil de la solde, ont eu plusieurs occasions de parler à des représentants de haut rang du gouvernement au sujet de la *LCD* avant le dépôt de celle-ci. Le 27 janvier et le 2 février 2009, ils ont rencontré l'honorable Peter Van Loan, alors ministre de la Sécurité publique, pour discuter de solutions de rechange aux limites imposées aux hausses salariales. Le 5 février 2009, ils ont rencontré l'honorable Vic Toews, alors président du Conseil du Trésor. Ce dernier n'était pas disposé à discuter de changements aux limites des augmentations de salaire prescrites par la *LCD* étant donné que ces limites s'appliquaient à l'ensemble de la fonction publique. Il a toutefois indiqué qu'il était prêt à discuter de changements à d'autres aspects de la rémunération, mentionnant plus particulièrement les allocations. Lorsque la *LCD* a été déposée devant la Chambre des communes le 6 février 2009, une de ses dispositions concernait expressément la GRC :

62. Malgré les articles 44 à 49 [restrictions aux hausses salariales dans le secteur public], le Conseil du Trésor peut créer une nouvelle allocation applicable aux membres de la Gendarmerie royale du Canada ou modifier le montant ou le taux d'une allocation qu'ils reçoivent s'il estime qu'une telle mesure est indispensable à la mise en œuvre de toute initiative de transformation relative à cet organisme.

(Projet de loi C-10, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 27 janvier 2009 et mettant en œuvre des mesures fiscales connexes*, 2<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., art. 393 (première lecture))

MM. Meredith et Roach, ainsi que d'autres représentants des relations fonctionnelles, ont rencontré

Commissioner on March 3, 2009 to discuss compensation. At a meeting the following day, the Commissioner instructed the Pay Council to consider how existing allowances could be increased to advance transformation initiatives for the RCMP, in conformity with s. 62 of the *ERA*.

[44] These meetings constituted good faith and meaningful consultation that remedied the government's earlier failure to consult members of the RCMP. Government representatives demonstrated an openness to negotiate on compensation issues and to engage with the RCMP members' representatives. And, pursuant to s. 62 of the *ERA*, the appellants were able to secure a service pay increase from 1% to 1.5% for every five years of service (2011 FC 735, 392 F.T.R. 25, at para. 47).

[45] This Court has never recognized a duty on legislatures to consult with any affected individual or group before enacting legislation, even where a measure impacts constitutional rights (see *Health Services*, at para. 157). Under the doctrine of parliamentary privilege, legislatures' internal procedures are their own and are not for the judiciary to dictate (see *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319). The constitutionality of the *ERA* rests on whether its provisions make collective bargaining between the government and employee representatives effectively impossible, not on the manner in which the law was enacted.

[46] The *ERA* did not constrain future collective bargaining by the Pay Council. It is true that s. 57 of the *ERA* prevents it from negotiating a backward-looking lump sum payment to compensate for the difference in wages between the wage increases originally approved in June 2008 and the limits imposed during the restraint period. However, the fact that there is nothing in the *ERA* that overrides the Pay Council's process of establishing compensation

le commissaire de la GRC le 3 mars 2009 afin de discuter de rémunération. À l'occasion d'une autre rencontre tenue le lendemain, le commissaire a donné pour instruction au Conseil de la solde d'examiner des façons d'augmenter les allocations existantes pour appuyer, conformément à l'art. 62 de la *LCD*, la mise en œuvre d'initiatives de transformation relatives à la GRC.

[44] Ces rencontres ont constitué des consultations véritables et menées de bonne foi qui ont remédié au défaut antérieur du gouvernement de consulter les membres de la GRC. Les représentants du gouvernement se sont montrés ouverts à négocier les questions de rémunération et à échanger avec les représentants des membres de la GRC. Et, conformément à l'art. 62 de la *LCD*, les appelants ont pu obtenir une augmentation de 1 à 1,5 % de leur solde de service pour chaque période de cinq années de service (2011 CF 735, par. 47 (CanLII)).

[45] Notre Cour n'a jamais reconnu que les législateurs sont tenus de consulter des personnes ou groupes touchés avant d'adopter une mesure législative, même si celle-ci a des incidences sur des droits constitutionnels (voir *Health Services*, par. 157). Selon la doctrine du privilège parlementaire, les assemblées législatives sont maîtres de leur procédure interne et il n'appartient pas aux tribunaux de la leur dicter (voir *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319). La constitutionnalité de la *LCD* dépend de la réponse à la question de savoir si ses dispositions rendent effectivement impossible la négociation collective entre le gouvernement et les représentants des employés, et non de la façon dont la loi a été édictée.

[46] La *LCD* n'a pas restreint la possibilité pour le Conseil de la solde de mener de futures négociations collectives. Il est vrai que l'art. 57 de la *LCD* a pour effet d'empêcher le Conseil de la solde de négocier un paiement forfaitaire rétroactif qui indemniserait les employés pour les écarts de salaire entre les augmentations salariales approuvées à l'origine en juin 2008 et les limites imposées durant la période de contrôle des dépenses. Cependant, le fait que rien

recommendations in reference to other police forces suggests that RCMP compensation is likely to remain in step with that of other police forces.

[47] As the majority says in *MPAO*, the fact that some goals are not ultimately achieved by the association does not mean that the interests served by collective bargaining have been frustrated: s. 2(d) “guarantees a process rather than an outcome” (para. 67). The restriction on wage increases imposed by the *ERA* was undoubtedly not the result that RCMP members and their representatives hoped for. But so long as good faith consultation took place, their dissatisfaction with the result has no bearing on the constitutional analysis.

[48] In sum, the *ERA* did not render meaningful collective bargaining effectively impossible for RCMP members. On the contrary, through meetings with various senior officials and the inclusion of s. 62 in the *ERA*, the government had engaged in meaningful consultations with RCMP members’ representatives and evidenced an openness to continue the dialogue about compensation in the future. There was no breach of s. 2(d) of the *Charter*.

#### IV. Conclusion

[49] The Pay Council process itself has not been challenged in this appeal and it must be assumed to be *Charter* compliant. I agree with the majority that there was no s. 2(d) violation in this case. The *ERA* did not make meaningful collective bargaining effectively impossible. There was consultation with RCMP members’ representatives before the *ERA* received Royal Assent and s. 62 of the *ERA* explicitly allowed future negotiations on some issues of compensation. I would dismiss the appeal with costs.

dans la *LCD* n’écarter le mécanisme par lequel le Conseil de la solde établit ses recommandations en matière de rémunération en fonction de la rémunération accordée à d’autres corps policiers tend à indiquer que la rémunération versée aux membres de la GRC continuera vraisemblablement de rester en phase avec celle des autres corps policiers.

[47] Comme l’expliquent les juges majoritaires dans l’arrêt *APMO*, le fait que l’association ne puisse pas ultimement réaliser certains objectifs ne signifie pas qu’il a été porté atteinte aux intérêts protégés par la négociation collective : l’al. 2d) « garantit [. . .] un processus plutôt qu’un résultat » (par. 67). Les limites imposées aux augmentations salariales par la *LCD* ne constituaient certainement pas le résultat souhaité par les membres de la GRC et par leurs représentants. Mais dès lors que des consultations ont été menées de bonne foi, leur insatisfaction quant à l’issue de ces consultations n’a aucune incidence sur l’analyse constitutionnelle.

[48] En somme, la *LCD* n’a pas rendu effectivement impossible toute négociation collective véritable pour les membres de la GRC. Au contraire, du fait de la participation de certains de ses membres importants à des rencontres et de l’insertion de l’art. 62 dans la *LCD*, le gouvernement a tenu des consultations véritables avec les représentants des membres de la GRC et il s’est montré ouvert à poursuivre le dialogue au sujet de la rémunération à l’avenir. Il n’y a pas eu violation de l’al. 2d) de la *Charte*.

#### IV. Conclusion

[49] Le processus lui-même du Conseil de la solde n’a pas été contesté dans cet appel et il faut présumer qu’il est conforme à la *Charte*. À l’instar des juges majoritaires, j’estime qu’il n’y a pas eu violation de l’al. 2d) en l’espèce. La *LCD* n’a pas rendu effectivement impossible la tenue de négociations collectives véritables. Des représentants des membres de la GRC ont été consultés avant que la *LCD* ne reçoive la sanction royale, et l’art. 62 de la *LCD* permettait explicitement des négociations pour l’avenir sur certaines questions touchant la rémunération. Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

The following are the reasons delivered by

[50] ABELLA J. (dissenting) — I do not, with great respect, agree that the federal government’s unilateral decision to roll back agreed-upon RCMP wage increases through the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, is constitutional. These increases were the result of an extensive consultation process between the RCMP and the government. The absence of any real opportunity to make representations about the extent and impact of the rollbacks before they were approved by Treasury Board had the effect of completely nullifying the right to a meaningful consultation process and thereby denied members their s. 2(d) *Charter* rights. This failure to consult with the RCMP, particularly when almost every other bargaining agent in the core public service was consulted, was, in my respectful view, neither rationally connected to the government’s objective of fiscal stability nor minimally impairing. It cannot, therefore, be justified under s. 1.

[51] The majority concludes that because the rollbacks applied for a limited three-year period and did not preclude discussion on some other issues, the impact of the *Expenditure Restraint Act* on RCMP members’ s. 2(d) rights was minor. I see the impact as being far more significant.

[52] A measure violates s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* when it substantially interferes with the employees’ ability to engage in meaningful associational bargaining activity (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 90). Interference is obviously more likely to be found to be substantial if it relates to an issue that is central to the collective bargaining process (*Health Services*, at paras. 95-96).

Version française des motifs rendus par

[50] LA JUGE ABELLA (dissidente) — En toute déférence, je ne suis pas d’accord pour dire que la décision unilatérale du gouvernement fédéral de réduire, par application de la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, les augmentations salariales convenues avec la GRC est constitutionnelle. Ces augmentations résultaient d’un vaste processus de consultation entre la GRC et le gouvernement. L’absence de toute occasion véritable de présenter des observations au sujet de la portée et des répercussions de la réduction avant que le Conseil du Trésor l’approuve a eu pour effet de réduire à néant le droit à un processus véritable de consultation, et de priver de ce fait les membres des droits que leur garantit l’al. 2d) de la *Charte*. Cette omission de consulter la GRC, surtout lorsque pratiquement tous les autres agents négociateurs de la fonction publique fédérale centrale ont été consultés, n’était pas, à mon avis, rationnellement liée à l’objectif de stabilité financière du gouvernement et ne constituait pas une atteinte minimale. Cette omission ne saurait en conséquence être justifiée au regard de l’article premier.

[51] Selon les juges majoritaires, parce que les réductions des augmentations salariales s’appliquaient pendant une période limitée de trois ans et qu’elles n’interdisaient pas les discussions sur certains autres points, les répercussions de la *Loi sur le contrôle des dépenses* sur les droits que l’al. 2d) garantit aux membres de la GRC étaient mineures. À mon sens, ces répercussions étaient beaucoup plus importantes.

[52] Une mesure viole l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu’elle entrave de façon substantielle la possibilité pour les employés d’exercer une véritable activité associative liée à la négociation (*Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 90). L’entrave sera évidemment plus susceptible d’être jugée substantielle si elle se rapporte à une question d’importance capitale pour le processus de négociation collective (*Health Services*, par. 95-96).

[53] Ensuring fair wages is among the key purposes of collective bargaining. Dickson C.J. explained its salience in his dissent in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368:

The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, *collective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions.* [Emphasis added.]

[54] That is why labour arbitrators have generally concluded that an employer cannot, no matter how benign its motives, unilaterally reduce the wages of employees and must meet with the union to discuss the rollback (David J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (loose-leaf), at pp. 21-9 and 21-11).

[55] The RCMP wage increases had been agreed to in June 2008 following a consultation process between the RCMP Pay Council, the RCMP Commissioner, the Minister responsible for the RCMP and Treasury Board. The Pay Council was established by the RCMP Commissioner in 1996 and is the RCMP members' only mechanism for making representations to management about compensation issues. The Pay Council's recommendations are submitted through the RCMP Commissioner to the Minister of Public Safety and then on to the employer, Treasury Board.

[56] The Pay Council process allows for, among other concerns, the ability to maintain competitive salaries to recruit and retain officers. The Pay Council recommendations at issue in this case were made in the spring of 2008 and sought to bring RCMP

[53] L'un des principaux objectifs de la négociation collective est d'assurer des salaires justes. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368, le juge en chef Dickson en explique toute l'importance dans ses motifs dissidents :

L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et charitable, mais *la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.* [Italiques ajoutés.]

[54] Voilà pourquoi les arbitres du travail concluent généralement qu'un employeur ne peut, même pour de bons motifs, réduire unilatéralement les salaires des employés et doit rencontrer le syndicat pour discuter de la réduction (David J. Corry, *Collective Bargaining and Agreement* (feuilles mobiles), p. 21-9 et 21-11).

[55] Les augmentations salariales de la GRC avaient été convenues en juin 2008 à la suite d'un processus de consultation entre le Conseil de la solde de la GRC, le commissaire de la GRC, le ministre responsable de la GRC et le Conseil du Trésor. Le Conseil de la solde a été créé par le commissaire de la GRC en 1996 et il s'agit du seul mécanisme dont disposent les membres de la GRC pour présenter à la direction des observations au sujet des questions de rémunération. Le commissaire de la GRC présente les recommandations du Conseil de la solde au ministre de la Sécurité publique, qui les transmet à l'employeur, le Conseil du Trésor.

[56] Le processus du Conseil de la solde permet notamment à la GRC de maintenir les salaires à un niveau concurrentiel pour le recrutement des agents et la conservation de l'effectif. Les recommandations du Conseil de la solde qui font l'objet

compensation into the target compensation range by increasing wages in 2008, 2009 and 2010. The proposed wage increases were agreed to by the Commissioner and the Minister of Public Safety, and accepted by Treasury Board. As a result, on June 26, 2008, Treasury Board announced wage increases at rates of 3.32% for 2008, 3.5% for 2009 and 2% for 2010, along with an increase in service pay and the Field Trainer Allowance.

[57] These increases were never implemented. Instead, on November 27, 2008, the federal government announced its intention to limit wage increases in the federal public service. The statutory mechanism for implementing these limits was the *Expenditure Restraint Act*, which was enacted on March 12, 2009. It prohibited not only wage increases greater than 1.5% for the 2008-11 fiscal years, but also barred future bargaining to recoup the wages lost during this period. Treasury Board was responsible for implementing the wage limits.

[58] Prior to the government's announcement on November 27, Treasury Board had consulted with all 17 bargaining agents in the core public administration with whom it normally negotiated compensation issues. By early December 2008, it had signed 14 new agreements with those agents.

[59] In addition, Treasury Board met throughout November 2008 with the heads of federal agencies and Crown corporations, encouraging them to meet with their unions and seek agreements within the forthcoming *Expenditure Restraint Act* limits. By early December, these agencies and corporations had reached over 30 agreements with their respective bargaining agents.

[60] The RCMP, on the other hand, was given no opportunity to make meaningful representations about the forthcoming wage limits. Instead, on

du présent litige ont été faites au printemps 2008 et visaient à placer la rémunération à la GRC dans la fourchette cible de rémunération par des augmentations salariales en 2008, 2009 et 2010. Le commissaire, le ministre de la Sécurité publique et le Conseil du Trésor ont accepté les augmentations salariales proposées. En conséquence, le 26 juin 2008, le Conseil du Trésor a annoncé des augmentations de 3,32 % pour 2008, 3,5 % pour 2009 et 2 % pour 2010, ainsi qu'une augmentation de la solde de service et de l'indemnité aux moniteurs de formation pratique.

[57] Ces augmentations n'ont jamais été mises en œuvre. Le 27 novembre 2008, le gouvernement fédéral annonçait plutôt son intention de limiter les augmentations salariales dans la fonction publique fédérale. La *Loi sur le contrôle des dépenses*, édictée le 12 mars 2009, constituait le mécanisme de mise en œuvre de cette mesure. En plus d'interdire les augmentations salariales de plus de 1,5 % pour les exercices 2008 à 2011, la loi interdisait toute négociation future visant à permettre aux employés de récupérer les salaires perdus pendant cette période. Le Conseil du Trésor était chargé de l'application des limites salariales.

[58] Avant l'annonce faite par le gouvernement le 27 novembre, le Conseil du Trésor avait consulté tous les 17 agents négociateurs de l'administration publique centrale avec lesquels il négociait normalement les questions de rémunération. Au début de décembre 2008, il avait signé avec ces agents négociateurs 14 nouvelles ententes.

[59] En outre, le Conseil du Trésor a rencontré au cours du mois de novembre 2008 les dirigeants d'organismes fédéraux et de sociétés d'État et les a encouragés à rencontrer leurs syndicats et à tenter de conclure des ententes respectant les limites qui allaient être prescrites par la *Loi sur le contrôle des dépenses*. Au début de décembre, ces organismes et sociétés avaient conclu plus de 30 ententes avec leurs agents négociateurs respectifs.

[60] Par ailleurs, la GRC ne s'est vu offrir aucune occasion de présenter des observations utiles au sujet des limites salariales à venir. Le 17 novembre 2008, le



November 17, 2008, Treasury Board met with the RCMP Commissioner and *informed* him of the rollbacks and then, on December 11, 2008, confirmed that it would not implement the RCMP wage increases agreed to in June 2008.

[61] The Pay Council did not learn that the wage limits would apply to the wages agreed upon in June 2008 until it was informed by the Commissioner on December 12, 2008, hours before the Commissioner notified the general membership of the RCMP of the rollbacks. The Pay Council representatives soon after requested the chance to meet with the President of Treasury Board and the Minister of Public Safety. They received no response until after the January 27, 2009 budget speech, when each agreed to meet with representatives of the Pay Council. Neither Minister was willing to discuss the rollbacks at the meetings. On February 11, 2009, the Pay Council submitted written representations concerning the wage rollbacks to the President of Treasury Board, but they were rejected without discussion.

[62] The unilateral rollback of three years of agreed-upon wage increases without any prior consultation is self-evidently a substantial interference with the bargaining process. This conduct was precisely what led this Court in *Health Services* to find an unjustified infringement of s. 2(d). I have difficulty seeing the distinction between that case and this one. The fact that the rollbacks were limited to a three-year period does not attenuate the key fact that they were unilateral. Nor does the fact that consultation was possible on other more minor compensation issues minimize the severity of the breach.

[63] The failure to engage in *any* discussion meant that the RCMP was denied its right to a meaningful negotiation process about wages, a central component of employment relationships generally and particularly for RCMP members whose other benefits — pensions, disability benefits, paid time off, and service pay — were tied to their wage amounts.

Conseil du Trésor a plutôt rencontré le commissaire de la GRC et l'*a informé* des réductions des augmentations salariales, pour ensuite, le 11 décembre 2008, confirmer qu'il ne mettrait pas en œuvre les augmentations salariales à la GRC convenues en juin 2008.

[61] Le Conseil de la solde n'a appris que les limites salariales s'appliqueraient aux soldes convenues que lorsque le commissaire l'en a informé le 12 décembre 2008, quelques heures avant que le commissaire en fasse l'annonce à l'ensemble des membres de la GRC. Peu après, les représentants du Conseil de la solde ont demandé qu'on leur donne l'occasion de rencontrer le président du Conseil du Trésor et le ministre de la Sécurité publique. Ils n'ont obtenu une réponse qu'après le discours du budget du 27 janvier 2009, lorsque les deux ministres ont accepté de les rencontrer. Au cours de ces réunions, ni l'un ni l'autre des ministres n'était disposé à discuter des réductions salariales. Le 11 février 2009, le Conseil de la solde a présenté à ce sujet des observations écrites au président du Conseil du Trésor, mais elles ont été rejetées sans discussion.

[62] La réduction unilatérale, sans consultation préalable, des augmentations salariales convenues pour trois ans constitue manifestement une entrave substantielle au processus de négociation. C'est précisément une conduite de ce genre qui a amené notre Cour à conclure, dans *Health Services*, à l'existence d'une atteinte injustifiée à l'al. 2d). Je vois difficilement ce qui peut distinguer cette affaire de celle qui nous occupe. Limiter l'application de cette réduction à une période de trois ans n'atténue en rien le fait primordial que la réduction était unilatérale. La possibilité de tenir des consultations sur d'autres questions de rémunération de moindre importance ne minimise non plus en rien la gravité de l'atteinte.

[63] Le refus de prendre part à *toute* discussion a eu pour effet de priver la GRC de son droit à un processus véritable de négociation des salaires, un élément central des relations de travail généralement, et particulièrement en ce qui concerne les membres de la GRC, dont les autres avantages — pensions, prestations d'invalidité, congés rémunérés et solde de service — étaient rattachés au montant de leur solde.

[64] This breach does not, in my respectful view, survive the s. 1 proportionality analysis. The government's articulated objectives for the *Expenditure Restraint Act* were to reduce wage pressure in the private sector; to demonstrate leadership by showing economic restraint in the use of public funds; and to manage public sector wage costs to ensure fiscal stability. To be rationally connected to these objectives, it must be reasonable to conclude that the means adopted by the government, in this case the *unilateral* imposition of rollbacks of the previously agreed-to RCMP wage increases, would help meet the objectives.

[65] The fact that there are fiscal concerns does not give the government an unrestricted licence in how it deals with the economic interests of its employees. In *Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31* (unreported, June 1, 1976), Chairman Owen Shime articulated what have come to be seen as six guiding criteria for assessing the fairness of wage settlements for public employees covered by collective agreements. His list of considerations, summarized in *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL), included the following criteria of particular relevance:

Public employees should not be required to subsidize the community or the industry in which they work by accepting substandard wages and working conditions. . . . [O]n balance, if the community needs and demands the public service, then the members of the community must bear the necessary cost to provide fair and equitable wages and not expect the employees to subsidize the service by accepting substandard wages. If economies are required to cushion the taxes then they may have to be implemented by curtailing portions of the service rather than wages and working conditions . . . .

[64] Cette atteinte, à mon humble avis, ne résiste pas à l'analyse de la proportionnalité de l'article premier. Les objectifs déclarés du gouvernement, en ce qui concerne la *Loi sur le contrôle des dépenses*, étaient de réduire la pression sur les salaires dans le secteur privé, de montrer la voie à suivre en faisant preuve de retenue dans l'utilisation des fonds publics et de gérer la charge salariale du secteur public de façon à assurer une stabilité financière. Pour que l'on puisse constater l'existence d'un lien rationnel avec ces objectifs, il faut pouvoir raisonnablement conclure que la mesure gouvernementale — en l'occurrence l'imposition *unilatérale* des réductions des augmentations salariales déjà consenties à la GRC — contribuerait à l'atteinte de ces objectifs.

[65] L'existence de préoccupations d'ordre financier n'autorise pas sans réserve le gouvernement à déterminer la façon dont il s'occupe des intérêts économiques de ses employés. Dans *Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31* (non publié, le 1<sup>er</sup> juin 1976), le président Owen Shime a exposé ce que l'on considère maintenant comme les six critères pour évaluer l'équité des règlements salariaux des employés du secteur public régis par des conventions collectives. La liste des considérations qu'il a dressée, résumée dans *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*, [2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL), comprenait les critères suivants qui sont particulièrement pertinents en l'espèce :

[TRADUCTION] Les employés du secteur public ne devraient pas être tenus de subventionner la collectivité ou le secteur d'activité dans lequel ils travaillent en acceptant des salaires et des conditions de travail médiocres. [ . . . ] [T]out compte fait, si la collectivité a besoin d'un service public et l'exige, ses membres doivent assumer ce qu'il en coûte nécessairement pour offrir des salaires justes et équitables et ne pas s'attendre à ce que les employés subventionnent le service en acceptant des salaires médiocres. S'il est nécessaire d'économiser pour atténuer le fardeau fiscal, il faudrait le faire en réduisant certains éléments du service offert, plutôt qu'en réduisant les salaires et les conditions de travail . . .

... Consideration should be given to the wage rates paid to workers performing similar jobs in other industries, in both the private and public sectors. What are the comparisons to that which prevails in other sectors of the economy? ... [W]hat are the patterns set in similar occupations in private sector businesses? [para. 26]

[66] The Shime criteria continue to be relied on by arbitrators: *Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick* (1982), 49 N.B.R. (2d) 31; *Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re)* (1998), 71 L.A.C. (4th) 129 (N.S.); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL); *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*; *New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E.* (2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72 (N.B.L.E.B.); *New Brunswick (Board of Management) v. N.B.U.P.P.E.*, 2006 CarswellNB 332 (WL Can.) (L.E.B.); *Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) v. P.E.I.U.P.S.E.*, 2010 CarswellPEI 78 (WL Can.); and *N.B.T.F. v. New Brunswick (Board of Management)*, 2004 CarswellNB 653 (WL Can.) (L.E.B.).

[67] Additional guidance can be taken from the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations of the International Labour Organization (ILO), which expressed the view that even in the midst of a fiscal crisis, there are limits on the extent to which governments can restrain public sector wages that are the subject of collective agreements (International Labour Office, *Collective bargaining in the public service: A way forward* (International Labour Conference, 102nd Sess., 2013), at p. 124). Notably too the ILO has recognized a general principle that “any limitation on collective bargaining on the part of the authorities should be preceded by consultations with the workers’ and employers’ organizations in an effort to obtain their agreement” (*Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association*

... Il faut prendre en compte les taux de rémunération des travailleurs qui accomplissent les tâches similaires dans d’autres domaines d’activité, tant dans le secteur privé que dans le secteur public. Quelles comparaisons peuvent être faites avec ce qui existe dans d’autres secteurs de l’économie? [...] [Q]uelles tendances peut-on observer dans des emplois semblables dans les entreprises du secteur privé? [par. 26]

[66] Les arbitres continuent de s’appuyer sur les critères établis par Shime : *Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick* (1982), 49 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 31; *Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re)* (1998), 71 L.A.C. (4th) 129 (N.-É.); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL); *New Brunswick (Board of Management) (Re)*, [2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL); *Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re)*; *New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E.* (2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72 (C.T.E.N.-B.); *New Brunswick (Board of Management) c. N.B.U.P.P.E.*, 2006 CarswellNB 332 (WL Can.) (C.T.E.); *Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) c. P.E.I.U.P.S.E.*, 2010 CarswellPEI 78 (WL Can.); et *N.B.T.F. c. New Brunswick (Board of Management)*, 2004 CarswellNB 653 (WL Can.) (C.T.E.).

[67] La Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations de l’Organisation internationale du travail (OIT) peut également nous éclairer sur cette question. Selon la Commission, même en pleine crise financière, il y a des limites aux restrictions que les gouvernements peuvent imposer aux salaires du secteur public qui font l’objet de conventions collectives (Bureau international du Travail, *La négociation collective dans la fonction publique : un chemin à suivre* (Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., 2013), p. 132-133). Fait important également, l’OIT a reconnu un principe général selon lequel « les limitations à la négociation collective de la part des autorités publiques devraient être précédées de consultations avec les organisations de travailleurs et d’employeurs en vue de rechercher l’accord des parties » (*La liberté*

*Committee of the Governing Body of the ILO* (5th (rev.) ed. 2006), at para. 999).

[68] All of these complexities and interrelated factors make the need for meaningful consultation with affected employees particularly crucial.

[69] While wage rollbacks may technically be seen to be rationally connected to fiscal stability and responsibility, the refusal to engage in any meaningful form of consultation is not. Treasury Board consulted directly with all 17 bargaining agents of the core public service before the *Expenditure Restraint Act* was enacted. There is nothing in the record to explain what made the RCMP singularly ineligible for discussions about whether or how to roll back its agreed-upon wage package, or how refusing to engage in such discussions furthered the government's ability to address its fiscal concerns.

[70] But even if rationally connected, a measure must also be "carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160).

[71] Because meaningful consultation took place with almost every other bargaining agent in the core public service, it is clear that less infringing options than a complete absence of negotiations were available to the government. The unilateral rollback of wages through the *Expenditure Restraint Act* cannot, therefore, be said to be minimally impairing.

[72] I would allow the appeal.

*Appeal dismissed with costs, ABELLA J. dissenting.*

*syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (5<sup>e</sup> éd. (rév.) 2006), par. 999).

[68] En raison de toutes ces complexités et tous ces facteurs interreliés, la tenue de consultations véritables avec les employés touchés est particulièrement cruciale.

[69] Même si les réductions des augmentations de salaire peuvent en principe paraître rationnellement liées à la stabilité et à la responsabilité financières, le refus de prendre part à toute forme de consultation véritable n'y est pas lié. Le Conseil du Trésor a directement consulté tous les 17 agents négociateurs de la fonction publique fédérale centrale avant l'adoption de la *Loi sur le contrôle des dépenses*. Rien au dossier n'explique pourquoi la GRC uniquement n'a pas eu droit à des discussions relatives à l'opportunité de la réduction des augmentations salariales convenues et à la façon de l'appliquer, et rien n'explique comment le refus de prendre part à de telles discussions a pu aider le gouvernement à faire face à ses préoccupations d'ordre financier.

[70] Toutefois, même s'il existe un lien rationnel, une mesure doit également être « soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160).

[71] Parce que des consultations véritables ont eu lieu avec presque tous les autres agents négociateurs de la fonction publique fédérale centrale, il est clair que le gouvernement disposait d'options moins attentatoires qu'une absence totale de négociations. Par conséquent, on ne saurait affirmer que la réduction unilatérale des augmentations salariales par l'effet de la *Loi sur le contrôle des dépenses* constituait une atteinte minimale.

[72] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.*

*Solicitors for the appellants: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs des appelants : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada: Fay Faraday, Toronto.*

*Procureure de l'intervenant l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : Fay Faraday, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Union of Public Employees, Local 675: Canadian Union of Public Employees, Montréal.*

*Procureur de l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 675 : Syndicat canadien de la fonction publique, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners Confédération des syndicats nationaux and the Union of Canadian Correctional Officers: Laroche Martin, Montréal.*

*Procureurs des intervenants la Confédération des syndicats nationaux et le Syndicat des agents correctionnels du Canada : Laroche Martin, Montréal.*

**Tervita Corporation,  
Complete Environmental Inc. and  
Babkirk Land Services Inc.** *Appellants*

v.

**Commissioner of Competition** *Respondent*

**INDEXED AS: TERVITA CORP. v. CANADA  
(COMMISSIONER OF COMPETITION)**

**2015 SCC 3**

File No.: 35314.

2014: March 27; 2015: January 22.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF  
APPEAL**

*Competition — Mergers — Review — Commissioner of Competition opposing merger on ground that merger likely to prevent competition substantially — Merged parties raising statutory efficiencies defence — Competition Tribunal rejecting defence and making divestiture order — Proper legal test for determining when merger gives rise to substantial prevention of competition under Competition Act — Proper approach to statutory efficiencies defence — Content of Commissioner's burden for purposes of efficiencies defence — Whether merger likely to prevent competition substantially — Whether gains in efficiency resulting from merger greater than and offset anti-competitive effects of merger — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 92, 96.*

*Administrative law — Appeals — Standard of review — Competition Tribunal — Standard of review applicable to tribunal's determinations of questions of law arising under Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34 — Whether statutory language in appeal provision rebuts presumption that standard of reasonableness applies to tribunal's interpretation of own statute — Competition Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).*

**Tervita Corporation,  
Complete Environmental Inc. et  
Babkirk Land Services Inc.** *Appelantes*

c.

**Commissaire de la concurrence** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : TERVITA CORP. c. CANADA  
(COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)**

**2015 CSC 3**

N° du greffe : 35314.

2014 : 27 mars; 2015 : 22 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE**

*Concurrence — Fusionnements — Examen — Opposition de la commissaire de la concurrence à un fusionnement au motif qu'il aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence — Défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi invoquée par les parties fusionnées — Rejet de la défense par le Tribunal de la concurrence et prononcé d'une ordonnance de dessaisissement — Quel est le bon critère juridique pour déterminer si le fusionnement empêche sensiblement la concurrence aux termes de la Loi sur la concurrence? — Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi? — En quoi consiste le fardeau qui incombe à la commissaire relativement à la défense fondée sur les gains en efficacité? — Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence? — Les gains en efficacité résultant du fusionnement surpassent-ils et neutralisent-ils les effets anticoncurrentiels du fusionnement? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 92, 96.*

*Droit administratif — Appels — Norme de contrôle — Tribunal de la concurrence — Norme de contrôle applicable aux décisions du tribunal sur des questions de droit qui concernent la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34 — Le libellé de la disposition d'appel réfute-t-il la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le tribunal de sa loi constitutive? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 13(1).*

Four permits for the operation of secure landfills for the disposal of hazardous waste generated by oil and gas operations have been issued in Northeastern British Columbia. T holds two permits and operates two landfills pursuant to them. A third permit is held by an Aboriginal community but the landfill has not yet been constructed. The fourth permit is held by B, a wholly owned subsidiary of C. When T acquired C, the Commissioner of Competition (the “Commissioner”) opposed the transaction on the ground that it was likely to substantially prevent competition in secure landfill services in Northeastern British Columbia. The Commissioner asked the Competition Tribunal (the “Tribunal”) to order, pursuant to s. 92 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (the “Act”), that the transaction be dissolved, or in the alternative, that T divest itself of B or C.

Pursuant to s. 92 of the Act, the Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in the relevant market. It further found that the efficiencies gained by the merger were not greater than and would not offset the anti-competitive effects of the merger, such that T had failed to bring itself within the efficiencies exception contained in s. 96 of the Act. The Tribunal ordered T to divest itself of B. The Federal Court of Appeal upheld the Tribunal’s conclusion that the merger would likely substantially prevent competition. With respect to the s. 96 efficiencies defence, the court held that the Tribunal erred in a number of respects. However, in its fresh assessment of the matter, the court concluded that the merger only provided marginal gains in efficiency which were not significant enough to approve a merger under s. 96. As a result, the court dismissed the appeal.

*Held* (Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed, the divestiture order set aside and the s. 92 application dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: While a standard of reasonableness presumptively applies in this case because the questions at issue are questions of law arising under the Tribunal’s home statute, that presumption is rebutted. The appeal provision in the *Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), evidences a clear Parliamentary intention that decisions of the Tribunal be reviewed on a less

Quatre permis d’exploitation visant des sites d’enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières ont été délivrés dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. T est titulaire de deux de ces permis et exploite deux sites d’enfouissement conformément à ces permis. Un troisième permis est détenu par une collectivité autochtone, mais les installations n’ont pas encore été construites. Le quatrième permis est détenu par B, une filiale en propriété exclusive de C. Quand T a acquis C, la commissaire de la concurrence s’est opposée à cette opération, au motif qu’elle aurait vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence dans les services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. La commissaire a demandé au Tribunal de la concurrence (le « Tribunal ») d’ordonner l’annulation de la transaction en vertu de l’art. 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »), ou, à titre subsidiaire, d’ordonner à T de se départir de B ou de C.

Le Tribunal a conclu, en vertu de l’art. 92, que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans le marché en cause. Il a statué en outre que les gains en efficacité engendrés par le fusionnement ne surpassaient pas les effets anticoncurrentiels du fusionnement et ne les neutraliseraient pas, de telle sorte que T ne pouvait invoquer l’exception relative aux gains en efficacité énoncée à l’art. 96 de la Loi. Il a ordonné à T de se départir de B. La Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement proposé aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. Quant à la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96, de l’avis de la cour, le Tribunal s’était trompé à certains égards. Toutefois, après une nouvelle appréciation de la question, la cour a conclu que le fusionnement avait seulement engendré des gains en efficacité négligeables, qui n’étaient pas assez importants pour que le fusionnement soit approuvé sous le régime de l’art. 96. Par conséquent, la cour a rejeté l’appel.

*Arrêt* (la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli, l’ordonnance de dessaisissement est annulée et la demande présentée en vertu de l’art. 92 est rejetée.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : Même si la norme de contrôle de la décision raisonnable est présumée applicable en l’espèce, car les questions en litige sont des questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal, cette présomption est réfutée. La disposition d’appel de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), témoigne de l’intention

than deferential standard, supporting the view that questions of law should be reviewed for correctness and questions of fact and mixed law and fact for reasonableness.

The concern under the “prevention” branch of s. 92 of the Act is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. To determine whether a merger gives rise to a substantial prevention of competition under s. 92(1), the Tribunal must look to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. First, it is necessary to identify the firm or firms the merger would prevent from independently entering the market. Typically, the potential competitor will be one of the merged parties: the acquired firm or the acquiring firm. The potential entry of the acquired firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, it would likely have entered the relevant market. The potential entry of the acquiring firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquiring firm would have entered the relevant market independently or through the acquisition and expansion of a smaller firm.

Second, it is necessary to examine the “but for” market condition to see if, absent the merger, the potential competitor would have likely entered the market and if so whether the effect of that competitor’s entry on the market would likely be substantial. If the independent entry has no effect on the market power of the acquiring firm then the merger cannot be said to prevent competition substantially. At this stage of the analysis, any factor that could influence entry upon which evidence has been adduced should be considered, such as the plans and assets of that merging party, current and expected market conditions, and other factors listed in s. 93 of the Act. The timeframe for entry must be discernible. In other words, there must be evidence of when the merging party is realistically expected to enter the market in absence of the merger. That evidence must be sufficient to meet the “likely” test on a balance of probabilities, keeping in mind that the further into the future the Tribunal looks, the more difficult it will be to meet the test. The inherent time delay that a new entrant, facing certain barriers and acting diligently to overcome them, could be expected to experience when trying to enter the market is an important consideration, but should not support an effort to

clair du législateur de ne pas imposer la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions du Tribunal, ce qui appuie la thèse selon laquelle la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit et celle de la décision raisonnable aux questions mixtes de droit et de fait et aux questions de fait.

Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. Pour déterminer si un fusionnement empêche sensiblement la concurrence, aux termes du par. 92(1), le Tribunal doit envisager l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Premièrement, il faut déterminer l’entreprise — ou les entreprises — que le fusionnement empêcherait d’entrer dans le marché de manière indépendante. Le concurrent éventuel est habituellement une partie au fusionnement : l’entreprise acquise ou l’entreprise acquérante. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la première lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait vraisemblablement pénétré le marché en cause. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la seconde lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait pénétré le marché en question de manière indépendante ou par le truchement de l’acquisition et de l’expansion d’une entreprise de plus petite taille.

Deuxièmement, il faut examiner l’état du marché pour voir si, n’eût été le fusionnement, le concurrent éventuel serait vraisemblablement entré dans le marché et, dans l’affirmative, si l’effet de la pénétration par le concurrent éventuel aurait vraisemblablement un effet sensible sur le marché. Si la pénétration par le concurrent n’a aucun effet sur la puissance commerciale de l’entreprise acquérante, l’on ne peut dire du fusionnement qu’il a pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. À cette étape de l’analyse, tous les éléments qui sont susceptibles d’influer sur cette pénétration du marché et à l’égard desquels une preuve a été produite doivent être pris en considération, comme les plans et éléments d’actif de la partie concernée, les conditions du marché actuelles et attendues et d’autres facteurs, énumérés à l’art. 93 de la Loi. Le délai de pénétration du marché doit être discernable. Autrement dit, il doit y avoir une preuve du moment où la partie au fusionnement aurait, de façon réaliste, pénétré le marché en l’absence du fusionnement. La preuve doit être suffisante pour qu’il soit satisfait à la condition de « vraisemblance » selon la prépondérance des probabilités, mais il ne faut pas oublier que plus l’examen par le Tribunal porte loin dans le futur, plus



look farther into the future than the evidence supports. As for whether a potential competitor's entry into the market will have a substantial effect, it is necessary to assess a variety of dimensions of competition including price and output, as well as the degree and duration of any effect it would have on the market. Section 93 of the Act provides a non-exhaustive list of factors that may be considered.

In the present case, the Tribunal's conclusion that the merger is likely to substantially prevent competition is correct. It used a forward-looking "but for" analysis, identified the acquired party as the focus of the analysis, and assessed whether, but for the merger, the acquired party would likely have entered the relevant market in a manner sufficient to compete with T. The Tribunal did not speculate; rather, it made findings of fact based on the abundant evidence before it. While the Tribunal's treatment of the asserted 10 percent reduction in prices that would allegedly have been realized in absence of the merger was flawed, there was sufficient other evidence upon which it could find a substantial prevention of competition as a result of the merger.

As s. 92 of the Act is engaged, it is necessary to determine whether the s. 96 efficiencies defence applies to prevent the making of an order under s. 92. The defence requires an analysis of whether the efficiency gains of the merger, which result from the integration of resources, outweigh the anti-competitive effects, which result from the decrease in or absence of competition in the relevant geographic and product market. The Commissioner has the burden of proving the anti-competitive effects, and the merging parties bear the onus of proving the remaining elements of the defence. There are different possible methodologies for the comparative exercise under s. 96, two of which have been the subject of judicial consideration in Canada: the "total surplus standard" which involves quantifying the deadweight loss which will result from a merger, and the "balancing weights standard" under which the Tribunal weighs the effects of the merger on consumers against the effects of the merger on the shareholders of the merged entity. Because the Act does not set out which methodology should be used, the Tribunal has the flexibility to make the ultimate choice of methodology in view of the particular circumstances of each merger.

il est difficile d'y satisfaire. La période qu'un nouveau concurrent aux prises avec certains obstacles et qui agit avec diligence pour les surmonter pourrait voir s'écouler lorsqu'il tente de pénétrer le marché est certes un facteur important, mais ne permet toutefois pas d'envisager au-delà de ce que la preuve appuie. Quant à savoir si la pénétration du marché par un concurrent éventuel aura un effet sensible, il faut examiner diverses dimensions de la concurrence, dont le prix et les extrants, ainsi que l'ampleur et la durée de tout effet qu'elle aurait sur le marché. L'article 93 de la Loi dresse une liste non exhaustive de facteurs dont il peut être tenu compte.

En l'espèce, la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence est correcte. Il a procédé à une analyse prospective axée sur l'absence hypothétique, a mis la partie acquise au centre de l'analyse et a demandé si, n'eût été le fusionnement, la partie acquise aurait vraisemblablement pénétré le marché pertinent dans une mesure suffisante pour livrer concurrence à T. Le Tribunal n'a fait aucune conjecture; il a plutôt tiré des conclusions de fait sur le fondement de la preuve abondante dont il disposait. Si la caractérisation par le Tribunal de la soi-disant baisse du prix de 10 p. 100 qui aurait été réalisée en l'absence du fusionnement était mal fondée, il disposait de suffisamment d'autres éléments de preuve pour conclure que le fusionnement empêcherait sensiblement la concurrence.

Étant donné qu'il est satisfait à l'art. 92 de la Loi, il y a lieu de déterminer si la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 fait obstacle à l'ordonnance visée à l'art. 92. La défense commande une analyse visant à déterminer si les gains en efficacité qu'entraîne le fusionnement, résultant de l'intégration des ressources, surpassent les effets anticoncurrentiels qui découlent de la diminution ou de l'absence de concurrence dans le marché géographique et dans celui du produit en cause. La commissaire est tenue de prouver les effets anticoncurrentiels; les parties au fusionnement assument quant à elles la charge de prouver les autres éléments de la défense. Il existe diverses manières de procéder à l'exercice de comparaison qu'appelle l'art. 96; deux ont été examinées par les tribunaux au Canada : le critère du « surplus total », qui implique une quantification de la perte sèche qui découlera d'un fusionnement, et le critère des « coefficients pondérateurs » suivant lequel le Tribunal compare les effets du fusionnement sur les consommateurs et sur les actionnaires de l'entité fusionnée. Comme la Loi ne précise pas la méthode à appliquer, le Tribunal jouit de la latitude requise pour décider en bout de ligne à la lumière des circonstances propres à chaque fusionnement.

While s. 96 does give primacy to economic efficiency, it is not without limitation. Not all economic efficiencies should be taken into account under s. 96. A distinction should be drawn between efficiencies claimed because a merging party would be able to bring those efficiencies into being faster than would be the case but for the merger (“early-mover efficiencies”), and efficiencies that a merging party could realize sooner than a competitor only because the competitor would be delayed in implementing those efficiencies because of legal proceedings associated with a divestiture order (“order implementation efficiencies”). Efficiencies that are the result of the regulatory process of the Act are not cognizable under s. 96, because they result from the operation and application of the legal framework regulating competition law in Canada, rather than from the merger itself. On the other hand, early-mover efficiencies are cognizable under s. 96, because they are real economic efficiencies that are caused by the merger. In this case, however, the classification of the one-year transportation and market efficiency gains claimed by T as either early-mover efficiencies or order implementation efficiencies would not be dispositive because the efficiencies were not ultimately realized by T.

In its consideration of the efficiencies defence, the Tribunal should consider all available quantitative and qualitative evidence. It is the Commissioner’s burden to quantify all quantifiable anti-competitive effects. Effects that can be quantified should be quantified, even as estimates, provided such estimates are grounded in evidence that can be challenged and weighed. If effects are realistically measurable, failure to at least estimate the quantification of those effects will not result in the effects being assessed on a qualitative basis. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances.

Here, the Commissioner did not quantify quantifiable anti-competitive effects and therefore failed to meet her burden under s. 96. Specifically, there is no price elasticity information which means that the possible range of deadweight loss resulting from the merger is unknown. To permit the Tribunal to consider the price decrease evidence without the rest of the information necessary to

L’article 96 accorde effectivement la primauté à l’efficacité de l’économie, mais il n’est pas dépourvu de limites. Ce ne sont pas tous les gains en efficacité économiques qui devraient être pris en considération dans l’analyse qu’appelle l’art. 96. Il y a lieu de distinguer entre les gains en efficacité qu’une partie au fusionnement prétend être en mesure de réaliser plus rapidement qu’en l’absence du fusionnement (« gains en efficacité du premier arrivé ») et les gains en efficacité qu’une partie au fusionnement pourrait réaliser plus tôt qu’un concurrent pour la seule raison que ce dernier devrait attendre la fin de la procédure de dessaisissement (« gains en efficacité liés à l’exécution d’une ordonnance »). Les gains en efficacité qui résultent de l’application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l’art. 96, car ils découlent de l’exécution et de l’application du cadre qui régit le droit de la concurrence au Canada, plutôt que du fusionnement en soi. En revanche, les gains en efficacité du premier arrivé sont admissibles pour l’application de l’art. 96, car il s’agit de gains en efficacité économiques qui résultent véritablement du fusionnement. Néanmoins, en l’espèce, la classification de ces gains en efficacité d’un an relatifs au transport et à l’expansion du marché invoqués par T à titre de gains du premier arrivé ou de gains liés à l’exécution d’une ordonnance ne serait pas déterminante, puisque ces gains n’ont pas été réalisés.

Dans l’analyse de la défense fondée sur les gains en efficacité, le Tribunal devrait prendre en considération tous les éléments quantitatifs et qualitatifs à sa disposition. Il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anticoncurrentiels quantifiables. Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être, ou à tout le moins être estimés, dans la mesure où de telles estimations sont fondées sur une preuve qui peut être attaquée et soumise. L’omission d’en donner au moins une estimation quantitative, lorsqu’il est réalistement possible de le faire, ne donnera pas lieu à une analyse qualitative de ces effets. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l’analyse et permet au Tribunal d’effectuer l’évaluation la plus objective possible dans les circonstances.

En l’espèce, la commissaire n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables et, partant, elle ne s’est pas acquittée du fardeau que lui impose l’art. 96. En particulier, sans données sur l’élasticité par rapport au prix, la fourchette possible de la perte sèche résultant du fusionnement est inconnue. Permettre au Tribunal de tenir compte de la baisse des prix invoquée sans les

quantify deadweight loss admits far too much subjectivity into the analysis, with no guarantee that the Tribunal will have enough information to ensure that a subjective assessment would align with what would actually be observed if the effect were properly quantified. As a result, those quantifiable anti-competitive effects should be assigned zero weight. In setting the weight of these effects at undetermined, the Federal Court of Appeal allowed for subjective judgment to overtake the analysis. Its “undetermined” approach also raises concerns of fairness to the merging parties, in that it places them in the impossible position of having to demonstrate that the efficiency gains exceed and offset an amount that is undetermined. Under this approach, requiring the merging parties to prove the remaining elements of the defence on a balance of probabilities becomes an unfair exercise as they do not know the case they have to meet.

The balancing test under s. 96 mandates a flexible but objectively reasonable approach by which the Tribunal must determine both quantitative and qualitative aspects of the merger, and then weigh and balance those aspects. The test may be framed as a two-step inquiry. First, the quantitative efficiencies of the merger should be compared against the quantitative anti-competitive effects. Where the quantitative anti-competitive effects outweigh the quantitative efficiencies, this step will in most cases be dispositive, and the defence will not apply. Under the second step, the qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue. However, despite the flexibility the Tribunal has in applying this balancing approach, more than marginal efficiency gains should not be required for the defence to apply. The words of the Act do not provide a basis for requiring this kind of threshold. Nor does the statutory context of s. 96(1) indicate that it should be read to include a threshold significance requirement. As a result, the Federal Court of Appeal erred in holding that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger.

In this case, the Commissioner did not meet her burden to prove the anti-competitive effects, and as such, the weight given to the quantifiable effects is zero. There are no proven qualitative effects. T, however, established overhead efficiency gains resulting from B’s obtaining

autres données sur la perte sèche fait intervenir une trop grande subjectivité dans l’équation, et rien ne garantit qu’il dispose de données suffisantes pour vérifier si l’analyse subjective concorderait avec celle fondée sur des effets quantifiés en bonne et due forme. Par conséquent, les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls. En concluant que ces effets avaient une valeur indéterminée, la Cour d’appel fédérale a permis qu’un jugement subjectif dicte l’analyse. La démarche de la Cour d’appel fédérale, qui a attribué une valeur « indéterminée », soulève aussi des questions d’équité à l’égard des parties au fusionnement en ce sens qu’on les met dans une situation insoutenable : démontrer que les gains en efficacité surpassent et neutralisent une somme indéterminée. Ainsi, exiger des parties au fusionnement qu’elles prouvent les autres éléments de la défense selon la prépondérance des probabilités devient un exercice inéquitable, car elles ignorent la preuve qui leur est opposée.

La pondération qu’exige l’art. 96 commande une méthode souple, mais objectivement raisonnable invitant le Tribunal à déterminer les aspects tant quantitatifs que qualitatifs du fusionnement, puis à les soulever. On peut concevoir le critère comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut comparer les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement à ses effets anticoncurrentiels quantitatifs. Si les effets anticoncurrentiels quantitatifs dépassent les gains en efficacité quantitatifs, l’analyse prend alors fin dans la plupart des cas, et la défense ne s’appliquera pas. Dans un deuxième temps, il faut mettre en balance les gains en efficacité qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause. Cependant, en dépit de la latitude dont jouit le Tribunal lorsqu’il applique cette méthode de pondération, il ne faudrait pas exiger des gains en efficacité plus que négligeables pour que la défense s’applique. Le libellé de la Loi ne permet pas d’exiger un tel seuil. Le contexte législatif du par. 96(1) ne permet pas non plus que cette disposition soit assortie d’un seuil implicite. La Cour d’appel fédérale a donc commis une erreur en statuant qu’un fusionnement anticoncurrentiel ne saurait être approuvé sous le régime de l’art. 96 si seuls des gains négligeables ou insignifiants en découlent.

En l’espèce, la commissaire ne s’est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver l’existence d’effets anticoncurrentiels, de sorte qu’une valeur nulle a été accordée aux effets quantifiables. Aucun effet anticoncurrentiel qualitatif n’a été établi. Or, T a établi l’existence de

access to T's administrative and operating functions. These proven gains meet the "greater than and offset" requirement, and the efficiencies defence has therefore been made out.

*Per Abella J.:* The applicable standard of review in this case is reasonableness, not correctness. Following the case of *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, which introduced a new edifice for the review of specialized tribunals, the jurisprudence of this Court has developed into a presumption that, regardless of the presence or absence of either a right of appeal or a privative clause, when a tribunal is interpreting its home statute, reasonableness applies. While the statutory language granting the right of appeal in this case may be different from the language granting the right of appeal in other cases where this Court has applied a reasonableness standard, it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal's own statute. Using such language to trump the deference owed to tribunal expertise, elevates the factor of statutory language to a pre-eminent and determinative status we have long denied it. To apply correctness in this case represents a reversion to the pre-*Pezim* era, undermines the statutorily-recognized expertise of the Tribunal, and constitutes an inexplicable variation from the Court's jurisprudence that is certain to engender the very "standard of review" confusion that inspired this Court to try to weave the strands together in the first place. Applying the reasonableness standard, the Tribunal's interpretation of s. 96 of the Act was unreasonable.

*Per Karakatsanis J. (dissenting):* T was not entitled to the benefit of the s. 96 efficiencies defence. Efficiencies and effects should be quantified wherever reasonably possible in the s. 96 analysis, and the assessment of qualitative effects should be objectively reasonable, supported by evidence and clear reasoning. However, the need for "reasonable objectivity" does not justify a hierarchical approach to quantitative and qualitative aspects under the efficiencies defence; nor should qualitative effects be of lesser importance than quantitative effects. The statutory language of the Act does not distinguish between quantitative and qualitative efficiencies, and many of the wide-ranging purposes of the Act set out in s. 1.1

gains en efficience liés à la baisse des coûts indirects qui découlent de l'obtention par B de l'accès aux fonctions administratives et opérationnelles de T. Ces gains prouvés satisfont à la condition de surpassement et de neutralisation, et par conséquent, la défense fondée sur les gains en efficience a été établie.

*La juge Abella :* La norme de contrôle judiciaire qui s'applique en l'espèce est celle de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte. Après l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, qui a jeté les bases d'un nouvel édifice de révision des décisions des tribunaux spécialisés, la jurisprudence de la Cour a créé une présomption selon laquelle, qu'il y ait ou non de droit d'appel ou de clause privative, dès lors qu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Bien que le libellé de la disposition accordant le droit d'appel en l'espèce diffère de celui qui est en cause dans d'autres affaires où la Cour applique la norme de la décision raisonnable, il ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s'impose à l'égard de l'interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive. Invoquer ce genre de libellé pour supplanter la déférence que commande l'expertise du tribunal a pour effet d'élever le facteur du libellé de la loi au rang d'élément prééminent et déterminant que nous avons longtemps refusé de lui reconnaître. Appliquer la norme de la décision correcte en l'espèce constitue un retour à la situation antérieure à l'arrêt *Pezim*, sape l'expertise du Tribunal reconnue par le texte législatif et représente un écart inexplicable par rapport à la jurisprudence de la Cour qui va engendrer sans aucun doute la confusion relative à la « norme de contrôle » qui avait amené la Cour au départ à vouloir y mettre de l'ordre. Si l'on applique la norme de la décision raisonnable, l'interprétation de l'art. 96 de la Loi par le Tribunal n'était pas raisonnable.

*La juge Karakatsanis (dissidente) :* T n'avait pas le droit de se prévaloir de la défense fondée sur les gains en efficience en l'espèce. Les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire dans le cadre de l'analyse que commande l'art. 96, et l'évaluation des effets qualitatifs devrait être objectivement raisonnable et étayée par des éléments de preuve et un raisonnement clair. Toutefois, la nécessité d'une « objectivité raisonnable » ne saurait justifier une conception hiérarchique des aspects quantitatifs et qualitatifs qu'il faut évaluer au regard de la défense fondée sur les gains en efficience; et les aspects qualitatifs ne jouent pas un rôle moins important

may not be quantifiable. Indeed, many important anti-competitive effects of a merger may be qualitative in nature, and in some cases, those qualitative effects may be determinative in the s. 96 analysis. The legislation mandates a purposive analysis, and the relative significance of qualitative and quantitative gains or effects can only be determined in the circumstances of each case. It is neither helpful nor necessary to predetermine their relative role and importance in the s. 96 defence.

The Federal Court of Appeal's view that the s. 96 analysis is at heart about balancing overall efficiency gains against overall anti-competitive effects is an approach that provides an appropriate level of flexibility, given that efficiencies and anti-competitive effects will not always be easy to measure. The s. 96 framework enables the expert Tribunal to holistically assess the entirety of the evidence before it, rather than artificially bifurcating the analysis of qualitative and quantitative effects that may, in some cases, more helpfully be analyzed together.

Further, while the Commissioner bears the evidentiary burden to lead evidence of the anti-competitive effects of a merger, and bears the risk that the failure to fully quantify such effects where possible may render the evidence insufficient to counter the evidence of efficiency gains, the failure to quantify quantifiable anti-competitive effects does not invalidate the evidence that established there was a known anti-competitive effect of undetermined extent. Relevant evidence is generally admissible, and the failure to lead the best evidence available goes to weight, not admissibility. Neither the statutory language of the Act nor its purpose or context require that an anti-competitive effect of undetermined weight become irrelevant or inadmissible.

The Federal Court of Appeal was entitled to conclude that the Tribunal's finding that prices would have been 10 percent lower in the relevant area in the absence of a merger amounted to evidence of a known anti-competitive effect of undetermined weight. The court was also in a position to accept that T's pre-existing monopoly was likely to magnify the anti-competitive effects of the merger. Ultimately, the court was entitled to find that the proven efficiency gains were marginal to the

que les effets quantitatifs. Le libellé de la Loi n'établit aucune distinction entre les gains en efficience quantitatifs et qualitatifs, et plusieurs des objets variés de Loi prévus à l'art. 1.1 peuvent ne pas être quantifiables. En effet, il se peut que nombre d'effets anticoncurrentiels importants d'un fusionnement soient de nature qualitative et, dans certains cas, ces effets qualitatifs peuvent être déterminants dans l'analyse qu'appelle l'art. 96. La loi prévoit une analyse téléologique, et l'importance relative des gains ou effets qualitatifs d'une part et quantitatifs d'autre part ne peut être déterminée qu'au cas par cas. Il n'est ni utile ni nécessaire de déterminer à l'avance le rôle et l'importance de chaque catégorie dans l'analyse visant à décider si la défense fondée sur l'art. 96 s'applique.

L'avis de la Cour d'appel fédérale, selon qui l'analyse qu'appelle l'art. 96 porte essentiellement sur la pondération des gains en efficience toutes catégories confondues et des effets anticoncurrentiels toutes catégories confondues, permet une certaine souplesse, les gains en efficience et les effets anticoncurrentiels n'étant pas toujours faciles à mesurer. Le cadre applicable à l'art. 96 permet au Tribunal expert d'évaluer globalement la preuve qui lui a été présentée plutôt que de scinder artificiellement l'analyse des effets qualitatifs et des effets quantitatifs. En effet, dans certains cas, il peut être plus utile de les analyser ensemble.

En outre, si la commissaire doit présenter des éléments de preuve sur les effets anticoncurrentiels du fusionnement et assume le risque qu'une quantification incomplète des effets quantifiables soit insuffisante pour réfuter la preuve des gains en efficience, la preuve ayant établi qu'il y avait un effet anticoncurrentiel connu d'une valeur indéterminée n'est pas invalidée du fait d'une quantification incomplète. La preuve pertinente est généralement admissible, et le défaut de présenter la meilleure preuve possible influe sur le poids qui peut être accordé à cette preuve, non pas sur son admissibilité. Ni le libellé de la Loi ni par ailleurs son objet ou son contexte ne font en sorte qu'un effet anticoncurrentiel d'une valeur indéterminée devienne non pertinent ou inadmissible.

La Cour d'appel fédérale pouvait juger que la conclusion du Tribunal selon laquelle les prix auraient été inférieurs de 10 p. 100 dans la zone pertinente, n'eût été le fusionnement, constituait la preuve d'un effet anticoncurrentiel connu, mais d'une valeur indéterminée. Elle pouvait également juger que le monopole préexistant de T aurait vraisemblablement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels du fusionnement. Finalement, la cour pouvait conclure à bon droit que les gains en efficience

point of being negligible and did not likely exceed the known (but undetermined) anti-competitive effects.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Distinguished:** *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185, rev'g 2000 Comp. Trib. 15, 7 C.P.R. (4th) 385, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xiii; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 64 C.P.R. (4th) 181; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Comp. Trib. 3, 11 C.P.R. (4th) 425, aff'd 2003 FCA 131, 24 C.P.R. (4th) 178, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289; *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (1977); *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, aff'd 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529.

By Abella J.

**Applied:** *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; **referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012]

établis étaient minimales au point d'être négligeables et n'excédaient vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels connus mais indéterminés.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Distinction d'avec les arrêts :** *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185, inf. 2000 Trib. conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL), autorisation d'appel rejetée, [2001] 2 R.C.S. xiii; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyaeries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Trib. conc. 3, [2001] D.T.C.C. n° 3 (QL), conf. par 2003 CAF 131, autorisation d'appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii; *Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 1901; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL); *BOC International Ltd. c. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (1977); *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne : [http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002\\_0238c\\_45QDJ-5222007-2669.pdf](http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_0238c_45QDJ-5222007-2669.pdf)), conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529.

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :** *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; **arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de*

2 S.C.R. 283; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633.

By Karakatsanis J. (dissenting)

*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence thereof*, Bill C-91, 1st Sess., 33rd Parl., 1985 (assented to June 17, 1986), S.C. 1986, c. 26.  
*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23.  
*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 1.1, 79(1)(c), 91 “merger”, 92, 93, 94 to 96.  
*Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).  
*National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 101.  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167.  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, s. 149(1).

#### Authors Cited

Campbell, A. Neil. *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997.  
 Canada. Competition Bureau. *Merger Enforcement Guidelines*. Gatineau: The Bureau, 2011.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., April 7, 1986, p. 11962.  
 Canada. Minister of Consumer and Corporate Affairs. *Competition Law Amendments: A Guide*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1985.

*musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

*Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne : [http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002\\_0238c\\_45QDJ-5222007-2669.pdf](http://www.ct-tc.gc.ca/CMFiles/CT-1998-002_0238c_45QDJ-5222007-2669.pdf)).

#### Lois et règlements cités

*Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur les banques et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, projet de loi C-91, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 1985 (sanctionnée le 17 juin 1986), L.C. 1986, c. 26.  
*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23.  
*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 101.  
*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 1.1, 79(1)c), 91 « fusionnement », 92, 93, 94 à 96.  
*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 13(1).  
*Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167.  
*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, art. 149(1).

#### Doctrine et autres documents cités

Campbell, A. Neil. *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1997.  
 Canada. Bureau de la concurrence. *Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi*, Gatineau, Le Bureau, 2011.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 7 avril 1986, p. 11962.

- Facey, Brian A., and Cassandra Brown. *Competition and Antitrust Laws in Canada: Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013.
- Facey, Brian A., and Dany H. Assaf. *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Facey, Brian A., Gregory Hilton-Sullivan and Mark Graham. “The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review” (2010), 6 *C.L.I.* 28.
- Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary*, 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, “offset”.
- Musgrove, James B., Janine MacNeil and Michael Osborne, eds. *Fundamentals of Canadian Competition Law*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2010.
- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “offset”.
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. “Reforming Canadian Competition Policy: Once More Unto the Breach” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381.
- Trebilcock, Michael, et al. *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 2002.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.
- Wakil, Omar. *The 2014 Annotated Competition Act*. Toronto: Carswell, 2013.
- Canada. Ministre de la Consommation et des Corporations. *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985.
- Facey, Brian A., and Cassandra Brown. *Competition and Antitrust Laws in Canada : Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2013.
- Facey, Brian A., and Dany H. Assaf. *Competition and Antitrust Law : Canada and the United States*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Facey, Brian A., Gregory Hilton-Sullivan and Mark Graham. « The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review » (2010), 6 *C.L.I.* 28.
- Grand Robert de la langue française* (version électronique), « neutraliser ».
- Musgrove, James B., Janine MacNeil and Michael Osborne, eds. *Fundamentals of Canadian Competition Law*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2010.
- Petit Larousse illustré*, éd. 2013, Paris, Larousse, 2012, « neutraliser ».
- Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. « Reforming Canadian Competition Policy : Once More Unto the Breach » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 381.
- Trebilcock, Michael, et al. *The Law and Economics of Canadian Competition Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 2002.
- Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed., Toronto, Canada Law Book, 2012.
- Wakil, Omar. *The 2014 Annotated Competition Act*, Toronto, Carswell, 2013.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Evans, Stratas and Mainville JJ.A.), 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, 446 N.R. 261, 360 D.L.R. (4th) 717, [2013] F.C.J. No. 557 (QL), 2013 CarswellNat 1400 (WL Can.), affirming a decision of the Competition Tribunal, 2012 Comp. Trib. 14, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL), 2012 CarswellNat 4409 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis J. dissenting.

*John B. Laskin, Linda M. Plumpton, Dany H. Assaf and Crawford G. Smith*, for the appellants.

*Christopher Rupar, John Tyhurst and Jonathan Hood*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Evans, Stratas et Mainville), 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, 446 N.R. 261, 360 D.L.R. (4th) 717, [2013] A.C.F. n° 557 (QL), 2013 CarswellNat 6936 (WL Can.), qui a confirmé une décision du Tribunal de la concurrence, 2012 Trib. conc. 14, 2012 CACT 14 (CanLII), [2012] D.T.C.C. n° 14 (QL), 2012 CarswellNat 4409 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Karakatsanis est dissidente.

*John B. Laskin, Linda M. Plumpton, Dany H. Assaf et Crawford G. Smith*, pour les appelantes.

*Christopher Rupar, John Tyhurst et Jonathan Hood*, pour l’intimé.



The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered by

ROTHSTEIN J. —

**TABLE OF CONTENTS**

	Paragraph
I. <u>Overview</u> .....	1
II. <u>Facts</u> .....	3
III. <u>Statutory Provisions</u> .....	9
IV. <u>Decisions Below</u> .....	10
A. <i>Competition Tribunal, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL)</i> .....	10
(1) <u>Section 92</u> .....	11
(2) <u>Section 96</u> .....	17
B. <i>Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352</i> .....	23
(1) <u>Section 92</u> .....	25
(2) <u>Section 96</u> .....	28
V. <u>Issues</u> .....	33
VI. <u>Analysis</u> .....	34
A. <i>Standard of Review</i> .....	34
B. <i>Merger Review Analysis Under Section 92 of the Act</i> .....	41
(1) <u>Merger Review: An Overview</u> .....	42
(2) <u>Determining Whether a Substantial Lessening or Prevention Will Likely Occur</u> .....	49

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

**TABLE DES MATIÈRES**

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u> .....	1
II. <u>Faits</u> .....	3
III. <u>Dispositions législatives</u> .....	9
IV. <u>Historique judiciaire</u> .....	10
A. <i>Tribunal de la concurrence, 2012 CACT 14 (CanLII)</i> .....	10
(1) <u>Article 92</u> .....	11
(2) <u>Article 96</u> .....	17
B. <i>Cour d'appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352</i> .....	23
(1) <u>Article 92</u> .....	25
(2) <u>Article 96</u> .....	28
V. <u>Questions en litige</u> .....	33
VI. <u>Analyse</u> .....	34
A. <i>Norme de contrôle</i> .....	34
B. <i>Cadre analytique applicable à l'examen du fusionnement prévu par l'art. 92 de la Loi</i> ....	41
(1) <u>Examen du fusionnement : aperçu</u> .....	42
(2) <u>Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet de diminuer ou d'empêcher sensiblement la concurrence?</u> .....	49

(a) <i>“But For” Analysis Should Be Used</i> .....49	a) <i>Analyse axée sur l’absence hypothétique</i> ..... 49
(b) <i>The “But For” Analysis Under Section 92(1) Is Forward-Looking</i> .....52	b) <i>L’analyse axée sur l’absence hypothétique qu’appelle le par. 92(1) est prospective</i> ..... 52
(c) <i>Similarities and Differences Between the “Lessening” and “Prevention” Branches of Section 92</i> ....54	c) <i>Similarités et différences entre les volets relatifs à la « diminution » et à l’« empêchement » de l’art. 92</i> ..... 54
C. <i>The “Prevention” Branch of Section 92(1)</i> ...56	C. <i>Volet relatif à l’« empêchement » du par. 92(1)</i> ..... 56
(1) <u>The Law</u> .....60	(1) <u>Le droit</u> ..... 60
(a) <i>Identify the Potential Competitor</i> ....61	a) <i>Déterminer le concurrent éventuel</i> ..... 61
(b) <i>Examine the “But For” Market Condition</i> .....64	b) <i>L’état du marché n’eût été le fusionnement</i> ..... 64
(i) <u>Likelihood of Entry by One of the Merging Parties</u> .....67	(i) <u>Une partie au fusionnement serait-elle vraisemblablement entrée dans le marché?</u> .....67
(ii) <u>Likely to Have a Substantial Effect on the Market</u> ..... 78	(ii) <u>Y aurait-il vraisemblablement un effet sensible sur le marché?</u> ..... 78
(2) <u>Application to the Present Case</u> ..... 80	(2) <u>Application à la présente affaire</u> ..... 80
D. <i>The Efficiencies Defence</i> ..... 84	D. <i>Défense fondée sur les gains en efficience</i> .... 84
(1) <u>History of the Efficiencies Defence</u> ..... 85	(1) <u>Historique de la défense fondée sur les gains en efficience</u> ..... 85
(2) <u>Jurisprudential History of Section 96</u> ..... 88	(2) <u>Historique jurisprudentiel de l’art. 96</u> .... 88
(3) <u>Methodological Approaches to Section 96</u> .....91	(3) <u>Méthodologies applicables à l’art. 96</u> ....91
(4) <u>Order Implementation Efficiencies Are Not Valid Efficiencies Under Section 96</u> ..... 102	(4) <u>Les gains en efficience liés à l’exécution de l’ordonnance ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96</u> ..... 102

(5) <u>The Balancing Test Under Section 96</u> ... 121	(5) <u>Pondération qu'exige l'art. 96</u> ..... 121
(a) <i>The Commissioner's Burden</i> ..... 122	a) <i>Fardeau de la commissaire</i> ..... 122
(i) <u>The Content of the Commissioner's Burden</u> ..... 123	(i) <u>Teneur du fardeau de la commissaire</u> ..... 123
(ii) <u>What Consequences Flow From a Failure to Meet the Burden?</u> ..... 127	(ii) <u>Quelles sont les conséquences de l'omission de s'acquitter du fardeau?</u> ..... 127
(b) <i>The Approach to the Section 96 Balancing</i> ..... 141	b) <i>Méthode de pondération applicable dans l'analyse qu'appelle l'art. 96</i> ..... 141
(i) <u>The Requirement That the Efficiency Gains Be "Greater Than" and "Offset" the Anti-competitive Effects</u> ..... 142	(i) <u>La condition selon laquelle les gains en efficacité « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels</u> ..... 142
(ii) <u>Pre-existing Monopoly</u> ..... 156	(ii) <u>Monopole préexistant</u> ..... 156
(iii) <u>Application to This Case</u> ..... 159	(iii) <u>Application à la présente affaire</u> ..... 159
(c) <i>The Commissioner's Alternative Argument</i> ..... 161	c) <i>Argument subsidiaire de la commissaire</i> ..... 161
(d) <i>Conclusion on the Balancing Under Section 96</i> ..... 165	d) <i>Conclusion sur la pondération qu'exige l'art. 96</i> ..... 165
(6) <u>Postscript</u> ..... 167	(6) <u>Post-scriptum</u> ..... 167
VII. <u>Conclusion</u> ..... 168	VII. <u>Conclusion</u> ..... 168

APPENDIX: Sections 1.1, 79(1), 92, 93 and 96 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34

ANNEXE : Articles 1.1, 79(1), 92, 93 et 96 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34

## I. Overview

[1] The appellant in this case, Tervita Corp., operates two hazardous waste secure landfills in British Columbia. In February 2010, Tervita Corp. acquired a company which held a permit for another secure landfill site. This transaction attracted the attention of the Commissioner of Competition, who initiated

## I. Aperçu

[1] L'appelante dans la présente affaire, Tervita Corp., exploite deux sites d'enfouissement sécuritaire de déchets dangereux en Colombie-Britannique. En février 2010, elle a procédé à l'acquisition d'une entreprise titulaire d'un permis visant un autre site d'enfouissement sécuritaire. Cette opération a attiré

the merger review process under the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 (the “Act”).

[2] The purpose of the Act is in part “to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy” (s. 1.1). It is within this context that merger reviews are conducted. This appeal provides this Court the opportunity to address two issues in merger review: the “prevention” branch of s. 92 and the s. 96 efficiencies defence.

## II. Facts

[3] Four permits for the operation of secure landfills for the disposal of hazardous waste generated by oil and gas operations have been issued in North-eastern British Columbia. The appellant Tervita Corp. holds two of the permits and operates two hazardous waste landfills pursuant to them: the Silverberry (capacity for 6,000,000 tonnes of waste) and Northern Rockies (3,344,000 tonnes) landfills. A third permit was issued for the Peejay site, a site developed by an Aboriginal community, but the landfill has not yet been constructed.

[4] The fourth permit, Babkirk site, is held by the appellant Babkirk Land Services Inc. (“Babkirk”), a wholly owned subsidiary of the appellant Complete Environmental Inc. (“Complete”). The previous Babkirk owners operated a hazardous waste landfill on the site from 1998 to 2004. In 2009, they sold Babkirk to Complete, which is owned and controlled by five investors (the “Vendors”).

[5] The Vendors intended to begin operating the Babkirk site mainly as a bioremediation facility which would treat contaminated soil using microorganisms, and to complement the bioremediation site with a secure landfill facility to store hazardous

l’attention de la commissaire de la concurrence, qui a alors ordonné l’examen du fusionnement sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34 (la « Loi »).

[2] La Loi a pour objet notamment « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficience de l’économie canadienne » (art. 1.1). C’est dans cet esprit que s’effectue l’examen d’un fusionnement. Le présent pourvoi offre à la Cour l’occasion de se pencher sur deux aspects d’un tel exercice : le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » et la défense fondée sur les gains en efficience, énoncée à l’art. 96.

## II. Faits

[3] Quatre permis d’exploitation visant des sites d’enfouissement sécuritaire des déchets dangereux produits par des exploitations pétrolières et gazières ont été délivrés dans le Nord-Est de la Colombie-Britannique. Tervita Corp., appelante, est titulaire de deux de ces permis, en vertu desquels elle exploite les sites d’enfouissement Silverberry (capacité de six millions de tonnes de déchets) et Northern Rockies (3 344 000 tonnes). Un troisième permis a été délivré à l’égard du site Peejay, aménagé par une collectivité autochtone, mais dont les installations n’ont pas encore été construites.

[4] Le quatrième permis, délivré à l’égard du site Babkirk, est détenu par Babkirk Land Services Inc. (« Babkirk »), appelante en l’espèce, une filiale en propriété exclusive de Complete Environmental Inc. (« Complete »), autre appelante. De 1998 à 2004, les propriétaires précédents de Babkirk ont exploité à cet endroit un site d’enfouissement de déchets dangereux. En 2009, ils ont vendu Babkirk à Complete, que cinq investisseurs (les « vendeurs ») possédaient et contrôlaient.

[5] Sur le site Babkirk, les vendeurs comptaient exploiter principalement une installation de bio-restauration utilisant des microorganismes pour la décontamination des sols, assortie d’un site d’enfouissement sécuritaire ayant la capacité de

waste not amenable to bioremediation. In February 2010, the Vendors received a permit for this secure landfill with a capacity of 750,000 tonnes.

[6] Soon afterwards, a company called Integrated Resources Technologies Ltd. (“IRTL”) offered to purchase Complete. The Vendors then explored the possibility of selling to other third parties. Secure Energy Services (“SES”) showed some interest, but at a lower price. The Vendors decided to accept IRTL’s offer, but it was withdrawn in June 2010 due to lack of financing. In one last attempt to sell, the Vendors pursued various discussions with SES and Tervita Corp., then known as CCS Corp. (hereinafter “Tervita Corp.”). In July 2010, the Vendors reached an understanding with Tervita Corp. and a letter of intent was signed.

[7] The sale of the Vendors’ shares in Complete (including Babkirk and the Babkirk site) closed on January 7, 2011. However, prior to closing, the Commissioner of Competition informed the parties that she opposed the transaction on the ground that it was likely to substantially prevent competition in secure landfill services in Northeastern British Columbia. After closing, the Commissioner asked the Competition Tribunal to order, pursuant to s. 92 of the *Competition Act*, that the transaction be dissolved, or in the alternative, that Tervita Corp. divest itself of Complete or Babkirk.

[8] The three appellants in this appeal, Tervita Corp., Complete and Babkirk, are hereinafter referred to collectively as “Tervita”.

### III. Statutory Provisions

[9] The relevant statutory provisions in this case are included in the Appendix. The statutory provisions most directly at issue in this appeal are ss. 92, 93 and 96 of the Act.

stocker les déchets dangereux qui ne se prêtent pas à la biorestauration. En février 2010, le permis d’enfouissement a été délivré pour une capacité de 750 000 tonnes.

[6] Peu de temps après, Integrated Resources Technologies Ltd. (« IRTL ») a offert d’acquérir Complete. Les vendeurs ont ensuite envisagé la possibilité de vendre à des tiers. Secure Energy Services (« SES ») s’est montrée intéressée, mais offrait un prix inférieur. Les vendeurs avaient décidé d’accepter l’offre d’IRTL quand elle l’a retirée en juin 2010 pour financement insuffisant. Dans une ultime tentative, les vendeurs ont engagé des pourparlers avec SES et Tervita Corp., dont la raison sociale était alors CCS Corp. (ci-après « Tervita Corp. »). En juillet 2010, une entente est intervenue entre les vendeurs et Tervita Corp., qui ont signé la lettre d’intention.

[7] La vente des parts des vendeurs dans Complete (qui possède Babkirk et le site Babkirk) a été conclue le 7 janvier 2011. Or, auparavant, la commissaire de la concurrence avait informé les parties qu’elle s’opposait à cette opération, au motif qu’elle aurait vraisemblablement pour effet de nuire sensiblement à la concurrence dans les services d’enfouissement sécuritaire du Nord-Est de la Colombie-Britannique. Après la vente, la commissaire a demandé au Tribunal de la concurrence d’ordonner l’annulation de la transaction en vertu de l’art. 92 de la *Loi sur la concurrence* ou, à titre subsidiaire, d’ordonner à Tervita Corp. de se départir de Complete ou de Babkirk.

[8] Les trois appelantes dans le présent pourvoi, Tervita Corp., Complete et Babkirk, sont ci-après appelées collectivement « Tervita ».

### III. Dispositions législatives

[9] Les dispositions législatives pertinentes, dont les art. 92, 93 et 96 de la Loi, sont reproduites en annexe.

#### IV. Decisions Below

##### A. *Competition Tribunal, [2012] C.C.T.D. No. 14 (QL)*

[10] Pursuant to s. 92, the Tribunal found that the merger was likely to prevent competition substantially in the relevant market. The Tribunal further found that Tervita had not brought itself within the efficiencies exception contained in s. 96 that would have permitted the merger notwithstanding s. 92. It found that the efficiencies gained by the merger were not greater than the effects of the likely prevention of competition resulting from the merger, and would not offset those effects. It ordered Tervita to divest itself of Babkirk.

##### (1) Section 92

[11] The Tribunal assessed whether “effective competition in the relevant market likely [would] have emerged ‘but for’ the [m]erger” (para. 129). The parties “essentially agreed” that the commencement of the timeframe for considering the “but for” market condition, i.e. a market condition where the merger did not occur, was the end of July 2010 (para. 131). This was the point in time a letter of intent between Tervita and the Vendors was signed. The Tribunal agreed that this timeframe commenced at the end of July 2010.

[12] As of the end of July 2010, the Tribunal saw only two realistic scenarios for the Babkirk site:

1. The Vendors would have sold to a waste company called [SES], which would have operated a Secure Landfill; or
2. The Vendors would have operated a bioremediation facility together with a half cell of Secure Landfill. [para. 132]

[13] The Tribunal found that, on a balance of probabilities, SES would not have made an acceptable offer for the Complete site at any time during the summer of 2010. Thus, according to the Tribunal, the Vendors would have moved forward with the second option: operate the Babkirk site as a bioremediation facility.

#### IV. Historique judiciaire

##### A. *Tribunal de la concurrence, 2012 CACT 14 (CanLII)*

[10] Le Tribunal a conclu, en vertu de l’art. 92, que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence dans le marché en cause. Il a statué en outre que Tervita ne pouvait invoquer l’exception relative aux gains en efficacité énoncée à l’art. 96, en application de laquelle le fusionnement serait permis en dépit de l’art. 92, car les gains en efficacité engendrés ne surpassaient ou ne neutralisaient pas les effets anticoncurrentiels vraisemblables du fusionnement. Il a ordonné à Tervita de se départir de Babkirk.

##### (1) Article 92

[11] Le Tribunal a demandé s’il y aurait « vraisemblablement eu une concurrence réelle en l’absence du fusionnement » (par. 129). Les parties étaient « essentiellement d’accord » pour dire que la période à examiner pour déterminer l’état du marché en l’absence du fusionnement commençait à la fin de juillet 2010 (par. 131), car c’était l’époque à laquelle Tervita et les vendeurs avaient signé la lettre d’intention. Le Tribunal en a convenu.

[12] Selon le Tribunal, à la fin de juillet 2010, seuls deux scénarios réalistes pouvaient se présenter pour le site Babkirk :

1. Les vendeurs auraient vendu à une société de déchets appelée [SES], laquelle aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire;
2. Les vendeurs auraient exploité une installation de biorestauration ainsi qu’une demi-cellule d’enfouissement sécuritaire. [par. 132]

[13] Le Tribunal a conclu que, selon la prépondérance des probabilités, SES n’aurait à aucun moment à l’été de 2010 présenté une offre acceptable à l’égard du site Complete. Ainsi, de l’avis du Tribunal, les vendeurs auraient choisi la deuxième option : exploiter une installation de biorestauration au site Babkirk.

[14] Bioremediation is a “method of treating soil by using micro-organisms to reduce contamination” (para. 42). The Tribunal concluded that the Vendors would have had the bioremediation facility fully operational by October 2011, but that it would have been unprofitable. The Tribunal concluded that it was “unreasonable to suppose that [the Vendors] would have been prepared to operate unprofitably beyond the fall of 2012” (para. 206). Accordingly, the Tribunal found that the Vendors would have either begun operating the Babkirk site as a secure landfill themselves or would have sold the site to a purchaser who would have operated the site as a secure landfill. Either way, the Babkirk site full-service secure landfill would have been a “direct and substantial” competitor with Tervita no later than the spring of 2013 (para. 215).

[15] The Tribunal found that a likely effect of the merger would have been to allow Tervita to maintain its ability to exercise materially greater market power than it would in the absence of the merger. It found that in the absence of the merger, disposal fees, called “tipping fees” in the industry, would have been 10 percent lower in the “Contestable Area” (the relevant geographic market) (para. 229(iii)).

[16] The Tribunal concluded that the merger was likely to prevent competition substantially.

(2) Section 96

[17] The s. 96 efficiencies defence is an exception to the application of s. 92. The defence prohibits the Tribunal from making an order precluding a merger when it finds that the merger is likely to bring about gains in efficiency that would be greater than and would offset the anti-competitive effects of the merger.

[18] The Tribunal found that the Commissioner had failed to meet her burden to demonstrate the

[14] La biorestauration est une « méthode de traitement du sol qui fait appel à des microorganismes pour diminuer le degré de contamination » (par. 42). Le Tribunal a conclu que les vendeurs auraient rendu l’installation de biorestauration pleinement opérationnelle au plus tard en octobre 2011, mais que celle-ci ne se serait pas révélée rentable. Il était d’avis qu’il n’était « pas raisonnable de supposer [que les vendeurs] auraient été en mesure d’exploiter une installation non rentable après l’automne 2012 » (par. 206). En conséquence, selon le Tribunal, les vendeurs auraient opté pour l’enfouissement sécuritaire ou auraient vendu le site Babkirk à un acheteur, qui l’aurait exploité pour l’enfouissement sécuritaire. Quel que soit le scénario, Tervita et le site d’enfouissement sécuritaire à service complet Babkirk seraient devenus des concurrents « directs et importants » au plus tard au printemps 2013 (par. 207).

[15] Le Tribunal a conclu que Tervita aurait selon toute vraisemblance continué d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante grâce au fusionnement que sans le fusionnement. Il a conclu que l’absence de fusionnement se serait traduite par une diminution des droits d’élimination — que l’on appelle « redevances de déversement » dans l’industrie — de 10 p. 100 dans la « région contestable » (la zone pertinente pour ce marché) (par. 229(iii)).

[16] Le Tribunal a conclu que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

(2) Article 96

[17] La défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96 constitue une exception à l’application de l’art. 92. Elle empêche le Tribunal de rendre une ordonnance interdisant un fusionnement dans les cas où il conclut que celui-ci aura vraisemblablement pour effet d’entraîner des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels du fusionnement.

[18] Le Tribunal était d’avis que la commissaire ne s’était pas acquittée du fardeau de démontrer la

extent of the quantifiable anti-competitive effects. The Commissioner's expert had only estimated that a price decrease of 10 percent would be precluded by the merger but provided no estimate of the volume having regard to the elasticity of demand. The Tribunal found that this meant that Tervita could not take a position about whether the number it calculated as its total efficiencies was greater than the adverse effects of the merger (para. 246). However, the Tribunal concluded that, "in the unusual circumstances of this case", Tervita was not prejudiced by the Commissioner's failure to quantify the anti-competitive effects of the merger. Tervita was still able to effectively attack the Commissioner's expert's findings and assert the s. 96 defence (para. 246). The Tribunal accepted, on a balance of probabilities, the Commissioner's expert's estimate of a minimum annual deadweight loss (paras. 301-3).

[19] The Tribunal also accepted what it found to be qualitative anti-competitive effects — namely environmental effects related to price reduction on-site clean-up and "value propositions", or offers Tervita would have made in a competitive environment to certain customers resulting in lower total cost for overall waste services used by such customers (paras. 306-7).

[20] The Tribunal rejected most of Tervita's claimed efficiencies gains because they would likely be achieved even if the divestiture order were made (para. 265). The Tribunal also rejected the claimed "order implementation efficiencies" ("OIEs") — those transportation and market expansion efficiencies resulting from delays associated with the implementation of a divestiture order. The Tribunal held that OIEs are not cognizable under s. 96, because to give merging parties the benefit of these efficiencies would be contrary to the purposes of the Act (para. 270). The Tribunal did accept "overhead" efficiencies claimed by Tervita (para. 275).

mesure des effets anticoncurrentiels quantifiables. L'expert de la commissaire avait estimé seulement que le fusionnement empêcherait une baisse des prix de 10 p. 100, mais il n'a fourni aucune estimation quant au volume compte tenu de l'élasticité de la demande. Selon le Tribunal, Tervita n'était donc pas en mesure de déterminer si, suivant ses calculs, le total des gains en efficacité surpassait les effets néfastes du fusionnement (par. 246). Il a cependant conclu que, « dans les circonstances inhabituelles de la présente affaire », le fait que la commissaire n'avait pas quantifié les effets anticoncurrentiels du fusionnement n'avait causé aucun préjudice à Tervita. Cette dernière avait pu contester les conclusions de l'expert de la commissaire et opposer la défense fondée sur l'art. 96 (par. 246). Le Tribunal a admis, suivant la norme de la prépondérance des probabilités, l'estimation avancée par l'expert de la commissaire au sujet de la valeur minimale de la perte sèche annuelle (par. 301-303).

[19] Le Tribunal a admis également ce qu'il a jugé être des effets anticoncurrentiels qualitatifs — à savoir d'une part les effets environnementaux de l'assainissement des lieux découlant de la réduction des prix et d'autre part les « propositions de valeur », qui représentent les offres que Tervita aurait faites dans un contexte concurrentiel à certains clients et qui se seraient traduites pour eux par une baisse du coût total des services généraux d'élimination des déchets (par. 306-307).

[20] Le Tribunal a rejeté la plupart des gains en efficacité invoqués par Tervita au motif que ceux-ci se réaliseraient vraisemblablement même s'il prononçait l'ordonnance de dessaisissement (par. 265). Le Tribunal a rejeté également les « gains en efficacité liés à l'exécution de l'ordonnance » (« GEEO ») — soit ceux associés au transport et à l'expansion du marché découlant du délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement. Le Tribunal a conclu que les GEEO ne sont pas admissibles pour l'application de l'art. 96, car accorder aux parties au fusionnement le bénéfice de ces gains en efficacité irait à l'encontre des objectifs de la Loi (par. 270). Le Tribunal a cependant admis les gains en efficacité liés à la « baisse des coûts indirects » avancés par Tervita (par. 275).



[21] The Tribunal weighed the proven quantifiable efficiency gains against the quantifiable anti-competitive effects it accepted and found that the combined quantitative and qualitative efficiency gains were not likely to be “greater than” the combined quantitative and qualitative anti-competitive effects (paras. 313-14). The Tribunal further supported this conclusion on the basis that, in the absence of a s. 92 order, the merger would maintain a monopolistic structure in the relevant market, thus precluding “benefits of competition that will arise in ways that will defy prediction” (para. 317).

[22] In his concurring reasons, Chief Justice Crampton<sup>1</sup> held that for non-quantified effects, where there is not sufficient evidence to provide even a rough quantification of an effect that is ordinarily quantifiable, the Tribunal is still able to accord this factor some qualitative weight (para. 408).

B. *Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352*

[23] Tervita appealed to the Federal Court of Appeal, challenging the divestiture order made by the Tribunal.

[24] The Federal Court of Appeal first determined that the Tribunal’s findings on questions of law should be reviewed on a standard of correctness, while its findings on questions of fact or of mixed law and fact should be reviewed on a standard of reasonableness (paras. 52-68).

(1) Section 92

[25] The Federal Court of Appeal confirmed the Tribunal’s approach that the analysis required under s. 92 of the Act is “necessarily forward-looking” (para. 87) and therefore the Tribunal was correct in “look[ing] into the future to ascertain whether the [Babkirk site entering] the market would have occurred within a reasonable period of time” (para. 88).

<sup>1</sup> Crampton C.J. is a judicial member of the Competition Tribunal as well as the Chief Justice of the Federal Court.

[21] Le Tribunal a comparé les gains en efficience quantifiables établis aux effets anticoncurrentiels quantifiables qu’il a admis, concluant que les gains en efficience quantitatifs et qualitatifs ne « surpasseront » vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs (par. 313-314). Il a fondé cette conclusion également sur le fait que, si l’ordonnance visée à l’art. 92 n’était pas prononcée, le fusionnement maintiendrait une structure monopolistique dans le marché en question, de sorte qu’il empêcherait la réalisation des « avantages de la concurrence de manière impossible à prévoir » (par. 317).

[22] Dans ses motifs concordants, le juge en chef Crampton<sup>1</sup> a affirmé qu’il est loisible au Tribunal, lorsque la preuve ne permet pas de quantifier, même grossièrement, des effets qui seraient normalement quantifiables, de leur attribuer une valeur qualitative (par. 408).

B. *Cour d’appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352*

[23] Tervita a contesté devant la Cour d’appel fédérale l’ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal.

[24] Dans un premier temps, la Cour d’appel a déterminé que la norme de la décision correcte s’appliquait aux conclusions du Tribunal sur les questions de droit et que celle de la décision raisonnable s’appliquait à ses conclusions sur les questions de fait ou sur les questions mixtes de fait et de droit (par. 52-68).

(1) Article 92

[25] La Cour d’appel fédérale a confirmé la conception du Tribunal, suivant laquelle l’analyse qu’appelle l’art. 92 de la Loi est « nécessairement prospective » (par. 87). À son avis, c’est à bon droit que le Tribunal a envisagé « l’avenir afin de vérifier si la pénétration du marché [par le site Babkirk] aurait eu lieu dans un délai raisonnable » (par. 88).

<sup>1</sup> Le juge en chef Crampton est juge du Tribunal de la concurrence et juge en chef de la Cour fédérale.

While recognizing that what constitutes a reasonable period of time will “necessarily vary from case to case and will depend on the business under consideration” (para. 89), the court set out two guidelines for determining what constitutes a “reasonable period of time”:

- (1) “the time frame must be discernible” (para. 90), and
- (2) “the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue” (para. 91).

[26] Applying those guidelines, the Federal Court of Appeal held that the Tribunal “discerned a clear time frame under which the Babkirk site would enter the market for secure landfills” (para. 92) and that this discernible timeframe “was also well within the temporal framework of the barriers to market entry” (para. 94).

[27] The Federal Court of Appeal upheld the Tribunal’s conclusion that the proposed merger would likely substantially prevent competition.

(2) Section 96

[28] The Federal Court of Appeal found that the Tribunal had erred in allowing the Commissioner to discharge her burden of proving the quantifiable anti-competitive effects through a reply expert report setting out a “rough estimate” of the deadweight loss arising from the merger (para. 128). Tervita had suffered prejudice because the Tribunal had accepted the methodology of the Commissioner’s expert which was “clearly deficient” (para. 124) as the methodology used was not capable of calculating the deadweight loss (paras. 123-25). Although Tervita has the ultimate burden of establishing that the efficiency gains are greater than and offset the anti-competitive effects, this “does not relieve the Commissioner of her burden to prove the anti-competitive effects and to quantify those effects where possible” (para. 127).

Tout en reconnaissant que ce qui est susceptible de constituer un délai raisonnable « varie nécessairement d’une affaire à l’autre et dépend du type d’entreprise en cause » (par. 89), la cour a énoncé deux critères permettant de circonscrire ce concept :

- (1) « le délai doit être discernable » (par. 90),
- (2) « le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question » (par. 91).

[26] Ayant appliqué ces critères, la Cour d’appel fédérale est arrivée à la conclusion que le Tribunal « discernait un délai évident à l’intérieur duquel le site Babkirk pénétrerait le marché des sites d’enfouissement sécuritaires » (par. 92) et que ce délai discernable « s’inscrivait résolument dans le cadre temporel des obstacles à la pénétration du marché » (par. 94).

[27] La Cour d’appel fédérale a confirmé la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement proposé aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

(2) Article 96

[28] Selon la Cour d’appel fédérale, c’est à tort que le Tribunal a permis à la commissaire de produire en réplique un rapport d’expert énonçant une « estimation approximative » de la perte sèche découlant du fusionnement pour s’acquitter de son fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels quantifiables (par. 128). Tervita a subi un préjudice du fait que le Tribunal a admis la méthodologie « clairement déficiente » (par. 124) de l’expert de la commissaire, qui ne permettait pas le calcul de la perte sèche (par. 123-125). Même s’il incombe à Tervita d’établir que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels, cela « ne dégage nullement la commissaire du fardeau de prouver les effets anticoncurrentiels et de les quantifier autant que possible » (par. 127).

[29] The Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal that to recognize the OIEs would be contrary to the overall scheme of the Act (para. 135). Further, because Tervita had still not started to build or operate at the Babkirk site, those gains had not been and never would be realized (para. 138).

[30] Respecting the final balancing under s. 96, the Federal Court of Appeal found that the Tribunal had generally set out the right test (para. 146), except that its methodology was overly subjective. Efficiencies and anti-competitive effects should be quantified wherever reasonably possible, and the weight given to unquantifiable qualitative effects must be reasonable (para. 148). The court held that the Tribunal erred in a number of respects, including considering qualitative environmental effects that were not cognizable under s. 96 (paras. 155-56), double-counting the reduced site clean-up as both a qualitative effect and as part of the deficient deadweight loss analysis (para. 157) and considering Tervita Corp.'s monopoly as a distinct anti-competitive effect (paras. 159-61).

[31] In the Federal Court of Appeal's fresh assessment of the matter, it concluded that the quantitative anti-competitive effects of the merger which were not quantified by the Commissioner should be afforded an "undetermined" weight (paras. 167-68), as opposed to a weight of zero. In this case, the merger only provided marginal gains in efficiency while at the same time strengthening the market monopoly in the area (para. 169). The court held that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from it (paras. 170-72). In this case, the conclusion was strengthened because "a pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger" (para. 173).

[29] La Cour d'appel fédérale a souscrit à la conclusion du Tribunal selon laquelle prendre en considération les gains en efficacité liés à l'exécution d'une ordonnance serait contraire à l'objectif global de la Loi (par. 135). De plus, Tervita n'ayant pas encore entrepris la construction ou l'exploitation du site Babkirk, ces gains ne s'étaient pas matérialisés et ne se matérialiseraient jamais (par. 138).

[30] La Cour d'appel fédérale a conclu que le Tribunal avait généralement énoncé le bon critère pour la pondération finale qu'appelle l'art. 96 (par. 146), mais que sa méthodologie était trop subjective. Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu'il est raisonnablement possible de le faire, et la valeur accordée aux effets qualitatifs qu'il est impossible de quantifier doit être raisonnable (par. 148). De l'avis de la cour, le Tribunal s'était trompé à certains égards. Entre autres, il avait pris en considération des effets environnementaux qualitatifs que n'admet pas l'art. 96 (par. 155-156), il avait compté la réduction des coûts d'assainissement des lieux à la fois dans les effets qualitatifs et dans son analyse déficiente de la perte sèche (par. 157) et il avait tenu le monopole détenu par Tervita Corp. pour un effet anticoncurrentiel distinct (par. 159-161).

[31] Ayant procédé à une nouvelle appréciation de la question, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'il fallait donner aux effets anticoncurrentiels quantitatifs du fusionnement qui n'avaient pas été quantifiés par la commissaire, non pas une valeur nulle, mais une valeur « indéterminée » (par. 130). Dans la présente affaire, le fusionnement a seulement engendré des gains en efficacité négligeables tout en renforçant la situation de monopole dans le secteur (par. 169). La cour a statué qu'un fusionnement anticoncurrentiel ne peut être approuvé sous le régime de l'art. 96 s'il permet seulement de réaliser des gains en efficacité négligeables ou insignifiants (par. 170-172). Cette conclusion se trouve confirmée ici parce qu'« un monopole préexistant comme celui dont il s'agit en l'espèce aura habituellement pour effet d'amplifier les effets anticoncurrentiels d'un fusionnement » (par. 173).

[32] The Federal Court of Appeal dismissed Tervita's appeal.

#### V. Issues

[33] This appeal raises three issues:

1. What is the appropriate standard of review?
2. What is the proper legal test to determine when a merger gives rise to a substantial prevention of competition under s. 92(1) of the Act?
3. What is the proper approach to the efficiencies defence under s. 96 of the Act and, in this respect:
  - a. Can order implementation efficiencies be included as efficiency gains in the balancing analysis?
  - b. What is the proper approach to the requirement that efficiency gains be greater than and offset the anti-competitive effects?

#### VI. Analysis

##### A. *Standard of Review*

[34] The parties agree that the Federal Court of Appeal properly applied a correctness standard of review to the Tribunal's determinations of questions of law. I agree that correctness is the applicable standard in this case.

[35] The questions at issue are questions of law arising under the Tribunal's home statute and therefore a standard of reasonableness presumptively applies (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, per Fish J.; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30).

[32] La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de Tervita.

#### V. Questions en litige

[33] Trois questions sont soulevées dans le présent pourvoi :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Quel critère juridique permet de déterminer dans quel cas un fusionnement a pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre cette expression pour l'application du par. 92(1) de la Loi?
3. Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 de la Loi et, à cet égard :
  - a. Les gains en efficacité liés à l'exécution d'une ordonnance comptent-ils dans la pondération?
  - b. Comment faut-il envisager la condition selon laquelle les gains en efficacité doivent surpasser et neutraliser les effets anticoncurrentiels?

#### VI. Analyse

##### A. *Norme de contrôle*

[34] Les parties sont d'accord pour dire que la Cour d'appel fédérale a bien appliqué la norme de contrôle de la décision correcte à l'égard des conclusions du Tribunal sur les questions de droit. J'en conviens, la norme de contrôle applicable dans la présente affaire est celle de la décision correcte.

[35] Les questions en litige sont des questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal. La norme de contrôle de la décision raisonnable est présumée applicable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654,

However, the presumption of reasonableness is rebutted in this case.

[36] A decision or order of the Tribunal on a question of law is appealable as of right as if “it were a judgment of the Federal Court” with the proviso that leave is required for appeals on questions of fact (*Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1)). The Federal Court of Appeal has consistently held that questions of law arising from decisions of the Tribunal should be reviewed on a correctness standard (see *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 (“*Superior Propane I*”), at paras. 59-91; see also *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598, at para. 43; *Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co.*, 2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3, at para. 34; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co.*, 2008 FCA 22, 64 C.P.R. (4th) 181, at para. 5).

[37] In finding that the presumption of reasonableness is not rebutted, Justice Abella acknowledges that the statutory language in the appeal provisions in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; and *Smith* differs from the language at issue here, but is of the opinion that “it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal’s own statute” (para. 179).

[38] With respect, the difference in statutory language between the *Competition Tribunal Act* and the legislation relied upon by Justice Abella is significant. The appeal provision at issue in *Pezim* and *McLean* provided that individuals affected by decisions of the B.C. Securities Commission “may appeal to the Court of Appeal with leave of a justice of that court” (*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, s. 149(1), which later became *Securities Act*,

par. 30). Or, dans la présente affaire, cette présomption est réfutée.

[36] Les décisions ou ordonnances du Tribunal sur les questions de droit sont susceptibles d’appel de plein droit tout comme « s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale », alors que l’appel sur des questions de fait est subordonné à l’autorisation de la Cour d’appel fédérale (*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), par. 13(1)). Cette dernière a statué dans tous les cas que la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit soulevées dans les décisions du Tribunal (voir *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 (« *Supérieur Propane II* »), par. 59-91; voir aussi *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598, par. 43; *Canada Commissaire de la concurrence c. Tuyauteries Canada Ltée*, 2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3, par. 34; *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Ltée*, 2008 CAF 22, par. 5).

[37] En concluant que la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’avait pas été réfutée, la juge Abella reconnaît que le libellé des dispositions prévoyant le droit d’appel qui étaient en cause dans les affaires *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; et *Smith* se distingue du libellé sur lequel porte le présent litige. Or, elle est d’avis que la formulation « ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s’impose à l’égard de l’interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive » (par. 179).

[38] Je ferai observer que la différence entre le libellé de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* et celui des lois qu’invoque ma collègue est importante. La disposition en cause dans les affaires *Pezim* et *McLean* prévoit qu’une personne touchée par une décision de la Commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique [TRADUCTION] « peut, avec autorisation, interjeter appel devant la Cour d’appel » (*Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83,

R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167(1)). The appeal provision in *Smith* provided that, under the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, “[a] decision, order or direction of an Arbitration Committee may, on a question of law or a question of jurisdiction, be appealed to the Federal Court” (s. 101). By contrast, the *Competition Tribunal Act* provides that “an appeal lies to the Federal Court of Appeal from any decision or order . . . of the Tribunal as if it were a judgment of the Federal Court” (s. 13(1)).

[39] The statutes at issue in *Pezim*, *McLean*, and *Smith* did not contain statutory language directing that appeals of tribunal decisions were to be considered as though originating from a court and not an administrative source. The appeal provision in the *Competition Tribunal Act* evidences a clear Parliamentary intention that decisions of the Tribunal be reviewed on a less than deferential standard, supporting the view that questions of law should be reviewed for correctness and questions of fact and mixed law and fact for reasonableness. The presumption that questions of law arising under the home statute should be reviewed for reasonableness is rebutted here.

[40] I also agree with the Federal Court of Appeal that the standard of review for mixed questions of fact and law and questions of fact is reasonableness. Reasonableness is normally the “governing standard” for questions of fact or mixed fact and law (*Smith*, at para. 26). In this case, there is nothing to indicate that this presumption should be rebutted.

#### B. *Merger Review Analysis Under Section 92 of the Act*

[41] At the outset, it will be helpful to provide a brief overview of the merger review process under the Act.

par. 149(1), plus tard *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, par. 167(1)). La disposition de la *Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, dont il est question dans l’affaire *Smith* est ainsi rédigée : « Appel d’une décision ou d’une ordonnance du comité d’arbitrage peut être interjeté, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour fédérale . . . » (art. 101). En revanche, la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* prévoit : « . . . les décisions ou ordonnances du Tribunal [. . .] sont susceptibles d’appel devant la Cour d’appel fédérale tout comme s’il s’agissait de jugements de la Cour fédérale » (par. 13(1)).

[39] Dans les affaires *Pezim*, *McLean* et *Smith*, les dispositions légales en cause ne prévoyaient pas qu’en cas d’appel, la décision administrative devait être traitée comme si elle émanait d’une cour de justice plutôt que d’un tribunal administratif. La disposition d’appel de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* témoigne de l’intention claire du législateur de ne pas imposer la retenue judiciaire dans le contrôle des décisions du Tribunal, ce qui appuie la thèse selon laquelle la norme de la décision correcte s’applique aux questions de droit et celle de la décision raisonnable aux questions mixtes de droit et de fait et aux questions de fait. En l’espèce, la présomption suivant laquelle les questions de droit qui concernent la loi constitutive du Tribunal sont assujetties à la norme de la décision raisonnable est réfutée.

[40] Je partage également l’avis de la Cour d’appel fédérale pour qui la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit et aux questions de fait est celle de la décision raisonnable. C’est généralement « la norme de la décision raisonnable qui s’applique » aux questions de fait ou mixtes de fait et de droit (*Smith*, par. 26). Dans la présente affaire, rien n’indique que cette présomption doive être réfutée.

#### B. *Cadre analytique applicable à l’examen du fusionnement prévu par l’art. 92 de la Loi*

[41] Avant toute chose, il serait utile de donner un aperçu du processus légal d’examen du fusionnement.

(1) Merger Review: An Overview

[42] Merger review is conducted under s. 92 of the Act. A merger is “an acquisition of control or a significant interest in all or part of the business of another” (B. A. Facey and D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law: Canada and the United States* (4th ed. 2014), at p. 205). Section 91 of the Act defines merger as follows:

**91.** [Definition of “merger”] In sections 92 to 100, “merger” means the acquisition or establishment, direct or indirect, by one or more persons, whether by purchase or lease of shares or assets, by amalgamation or by combination or otherwise, of control over or significant interest in the whole or a part of a business of a competitor, supplier, customer or other person.

[43] A merger review is designed to identify those mergers that will have anti-competitive effects (Facey and Assaf, at p. 209). Section 92 identifies these anti-competitive effects as either substantially lessening competition or substantially preventing competition. Section 92(1) provides for remedial orders to be made when a merger is found to either lessen or prevent competition substantially.

[44] Generally, a merger will only be found to meet the “lessen or prevent substantially” standard where it is “likely to create, maintain or enhance the ability of the merged entity to exercise market power, unilaterally or in coordination with other firms” (O. Wakil, *The 2014 Annotated Competition Act* (2013), at p. 246). Market power is the ability to “profitably influence price, quality, variety, service, advertising, innovation or other dimensions of competition” (*Canada (Commissioner of Competition) v. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Comp. Trib. 3, 11 C.P.R. (4th) 425, at para. 7, aff’d 2003 FCA 131, 24 C.P.R. (4th) 178, leave to appeal refused, [2004] 1 S.C.R. vii). Or, in other words, market power is “the ability to maintain prices above the competitive level for a considerable period of time without such action being unprofitable” (*Canada (Director of Investigation and*

(1) Examen du fusionnement : aperçu

[42] L’examen du fusionnement est effectué sous le régime de l’art. 92 de la Loi. Le fusionnement est [TRADUCTION] « l’acquisition du contrôle sur une partie ou la totalité de l’entreprise d’autrui ou d’une participation importante dans celle-ci » (B. A. Facey et D. H. Assaf, *Competition and Antitrust Law : Canada and the United States* (4<sup>e</sup> éd. 2014), p. 205). L’article 91 de la Loi définit le fusionnement dans les termes suivants :

**91.** [Définition de « fusionnement »] Pour l’application des articles 92 à 100, « fusionnement » désigne l’acquisition ou l’établissement, par une ou plusieurs personnes, directement ou indirectement, soit par achat ou location d’actions ou d’éléments d’actif, soit par fusion, association d’intérêts ou autrement, du contrôle sur la totalité ou quelque partie d’une entreprise d’un concurrent, d’un fournisseur, d’un client, ou d’une autre personne, ou encore d’un intérêt relativement important dans la totalité ou quelque partie d’une telle entreprise.

[43] L’examen vise à déterminer les fusionnements qui auront des effets anticoncurrentiels (Facey et Assaf, p. 209). Aux termes de l’art. 92, un effet anticoncurrentiel empêche ou diminue sensiblement la concurrence. Le paragraphe 92(1) confère au Tribunal le pouvoir de prononcer une ordonnance de réparation lorsqu’il conclut qu’un fusionnement empêche ou diminue sensiblement la concurrence.

[44] De manière générale, il ne sera satisfait à la norme de l’empêchement ou de la diminution sensible que si un fusionnement a vraisemblablement pour effet de [TRADUCTION] « créer, de maintenir ou d’accroître la capacité de l’entité fusionnée d’exercer une puissance commerciale, unilatéralement ou de concert avec d’autres entreprises » (O. Wakil, *The 2014 Annotated Competition Act* (2013), p. 246). La puissance commerciale s’entend de la capacité « d’exercer avec profit une influence sur les prix, la qualité, la variété, le service, la publicité, l’innovation et les autres dimensions de la concurrence » (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc.*, 2001 Trib. conc. 3, [2001] D.T.C.C. n° 3 (QL), par. 7, conf. par 2003 CAF 131, autorisation d’appel refusée, [2004] 1 R.C.S. vii). Autrement dit, elle s’entend de « la capacité de maintenir des prix

*Research*) v. *Hillsdown Holdings (Canada) Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.), at p. 314); where “price” is “generally used as shorthand for all aspects of a firm’s actions that have an impact on buyers” (J. B. Musgrove, J. MacNeil and M. Osborne, eds., *Fundamentals of Canadian Competition Law* (2nd ed. 2010), at p. 29). If a merger does not have or likely have market power effects, s. 92 will not generally be engaged (B. A. Facey and C. Brown, *Competition and Antitrust Laws in Canada: Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations* (2013), at p. 141).

[45] The merger’s likely effect on market power is what determines whether its effect on competition is likely to be “substantial”. Two key components in assessing substantiality under the “lessening” branch are the degree and duration of the exercise of market power (*Hillsdown*, at pp. 328-29). There is no reason why degree and duration should not also be considered under the “prevention” branch.

[46] What constitutes “substantial” will vary from case to case. The Tribunal has not found it useful to apply rigid numerical criteria:

What will constitute a likely “substantial” lessening will depend on the circumstances of each case. . . . Various tests have been proposed: a likely 5% price rise sustainable for one year; a 5% price rise sustainable over two years; a small but significant and non-transitory price rise. The Tribunal does not find it useful to apply rigid numerical criteria although these may be useful for enforcement purposes.

(*Hillsdown*, at pp. 328-29)

[47] If the Tribunal concludes that the merger substantially lessens or prevents or is likely to substantially lessen or prevent competition, the Tribunal is empowered to make a remedial order pursuant

plus élevés que le niveau concurrentiel pendant une longue période, sans que cette pratique soit non rentable » (*Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsdown Holdings Ltd.*, 1992 CanLII 1901 (Trib. conc.), p. 49), où « prix » est [TRADUCTION] « généralement le terme qui regroupe tous les aspects des activités d’une entreprise qui ont une incidence sur les acheteurs » (J. B. Musgrove, J. MacNeil et M. Osborne, dir., *Fundamentals of Canadian Competition Law* (2<sup>e</sup> éd. 2010), p. 29). Le fusionnement qui n’a aucun effet ou n’aura vraisemblablement aucun effet sur la puissance commerciale ne met généralement pas en jeu l’art. 92 (B. A. Facey et C. Brown, *Competition and Antitrust Laws in Canada : Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations* (2013), p. 141).

[45] L’effet vraisemblable du fusionnement sur la puissance commerciale permet de déterminer si ce dernier aura vraisemblablement un effet « sensible » sur la concurrence. Le degré et la durée de l’exercice de la puissance commerciale sont des éléments clés dans l’analyse permettant de déterminer si le fusionnement aura pour effet de diminuer sensiblement la concurrence (*Hillsdown*, p. 78). Rien n’interdit que ces éléments soient également pris en considération pour déterminer s’il y aura empêchement.

[46] Ce que l’on peut qualifier de « sensible » variera d’une affaire à l’autre. Le Tribunal n’a pas jugé utile d’appliquer un critère numérique strict :

Ce qui constituera vraisemblablement une diminution « sensible » dépendra des circonstances dans chaque cas. [ . . . ] On a proposé plusieurs critères : hausse de prix vraisemblable de 5 % pouvant être maintenue pendant un an; hausse de prix de 5 % pouvant être maintenue pendant plus de deux ans; hausse de prix faible, mais notable, et non transitoire. Le Tribunal ne juge pas utile d’utiliser des critères numériques stricts, bien que ceux-ci puissent être utiles pour des fins d’application.

(*Hillsdown*, p. 78)

[47] S’il conclut que le fusionnement diminue ou empêche sensiblement ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer ou d’empêcher sensiblement la concurrence, le Tribunal est habilité par



to s. 92(1)(e) and (f). The Tribunal “may prohibit the parties from proceeding with all or part of the merger, or it may order the dissolution of a completed merger or divestiture of assets or shares” (Musgrove, MacNeil and Osborne, at p. 185).

[48] The ability to make a remedial order is subject to exceptions (see ss. 94 to 96 of the Act). For the purposes of this appeal, only s. 96, the so-called efficiencies defence, is relevant. After a finding that a merger engages s. 92(1), s. 96 may be invoked by the parties to the merger to preclude a s. 92 remedial order. Section 96 will preclude such an order if it is found that the merger is likely to bring about efficiencies that are greater than and will offset the anti-competitive effects resulting from the merger.

(2) Determining Whether a Substantial Lessening or Prevention Will Likely Occur

(a) *“But For” Analysis Should Be Used*

[49] The Tribunal, relying on *Canada Pipe*, used the “but for” test to assess the merger in this case.

[50] *Canada Pipe* was a case involving abuse of dominance under s. 79(1)(c) of the Act. The words of s. 79(1)(c) — “is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market” — are very close to the words of s. 92(1) — “likely to prevent or lessen” — and convey the same ideas. In *Canada Pipe*, the Federal Court of Appeal employed a “but for” test to conduct the inquiry:

... the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that

les al. 92(1)e) et f) à prononcer une ordonnance de réparation. Il [TRADUCTION] « peut interdire aux parties de procéder au fusionnement en tout ou en partie ou encore ordonner que le fusionnement réalisé soit dissous ou que l’on se départisse d’éléments d’actif ou d’actions » (Musgrove, MacNeil et Osborne, p. 185).

[48] Le pouvoir de prononcer une ordonnance de réparation est assorti d’exceptions (voir les art. 94 à 96 de la Loi). Dans le cadre du présent pourvoi, seul est pertinent l’art. 96, qui prévoit le moyen de défense que l’on dit fondé sur les gains en efficacité. À la conclusion selon laquelle le fusionnement satisfait aux critères énoncés au par. 92(1), les parties au fusionnement peuvent opposer l’art. 96 pour faire obstacle à l’ordonnance de réparation prévue à l’art. 92. Ainsi, aux termes de l’art. 96, l’ordonnance n’est pas rendue s’il est conclu que le fusionnement entraînera vraisemblablement des gains en efficacité qui surpasseront et neutraliseront les effets anticoncurrentiels.

(2) Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet de diminuer ou d’empêcher sensiblement la concurrence?

a) *Analyse axée sur l’absence hypothétique*

[49] Appliquant l’arrêt *Tuyauteries Canada*, le Tribunal a recouru au critère de l’absence hypothétique pour examiner le fusionnement dans la présente affaire.

[50] L’affaire *Tuyauteries Canada* portait sur un abus de position dominante au sens de l’al. 79(1)c) de la Loi. Les termes de l’al. 79(1)c) — « la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché » — se rapprochent de très près de ceux du par. 92(1) — « empêche ou diminue [. . .] vraisemblablement » — et évoquent les mêmes idées. Dans cette affaire, la Cour d’appel fédérale a appliqué le critère de l’absence hypothétique :

... le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique

which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”. . . .

The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. [paras. 37-38]

[51] A similar comparative analysis is conducted under s. 92(1). A merger review, by its nature, requires examining a counterfactual scenario: “. . . whether the merger will give the merged entity the ability to prevent or lessen competition substantially compared to the pre-merger benchmark or ‘but for world’ (Facey and Brown, at p. 205). The “but for” test is the appropriate analytical framework under s. 92.

(b) *The “But For” Analysis Under Section 92(1) Is Forward-Looking*

[52] The words of the Act and the nature of the “but for” merger review analysis that must be conducted under s. 92 of the Act require that this analysis be forward-looking.

[53] The Tribunal must determine whether “a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially”. While the tense of the words “prevents or lessens” indicates existing circumstances, the ordinary meaning of “is likely to prevent or lessen” points to events in the future. To the same effect, the French text of s. 92(1) states “*qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet*”. Both the English and French text allow for a forward-looking analysis. This proposition is not controversial. Both parties to this appeal agree that a forward-looking analysis is appropriate.

attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu. . .

Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. [par. 37-38]

[51] Le paragraphe 92(1) appelle une analyse comparative similaire. De par sa nature, l’examen du fusionnement emporte l’examen d’un scénario conjectural : [TRADUCTION] « . . . le fusionnement permettra-t-il à l’entité fusionnée d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence par rapport à l’état de fait antérieur au fusionnement et qui sert de repère » (Facey et Brown, p. 205). Le critère de l’absence hypothétique est le cadre analytique qu’il convient d’appliquer sous le régime de l’art. 92.

b) *L’analyse axée sur l’absence hypothétique qu’appelle le par. 92(1) est prospective*

[52] Le libellé de la Loi et la nature de l’analyse axée sur l’absence hypothétique à laquelle il faut procéder dans le cadre de l’examen du fusionnement sous le régime de l’art. 92 commandent une démarche prospective.

[53] Le Tribunal est appelé à déterminer si « un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet ». Si le temps présent des verbes « empêche ou diminue » renvoie aux circonstances actuelles, l’emploi du futur dans « aura vraisemblablement » annonce un acte qui se produira à l’avenir. Le libellé de la version anglaise de la disposition a le même effet. Elle est ainsi rédigée : « . . . a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially ». L’expression « *is likely to prevent or lessen* » dans son sens ordinaire indique quant à elle des actes futurs. Le texte anglais et le texte français permettent tous deux une analyse prospective. Cette proposition ne suscite aucune controverse. Les deux parties au présent pourvoi reconnaissent qu’une analyse prospective est de mise.

(c) *Similarities and Differences Between the “Lessening” and “Prevention” Branches of Section 92*

[54] In his concurring reasons at the Tribunal, Crampton C.J. found that the assessment of a merger review under either the “prevention” or “lessening” branch is “essentially the same” (para. 367). Both focus on “whether the merged entity is likely to be able to exercise materially greater market power than in the absence of the merger” (*ibid.*). Under both branches, the lessening or prevention in question must be “substantial” (*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2000 Comp. Trib. 15, 7 C.P.R. (4th) 385 (“*Superior Propane I*”), at paras. 246 and 313). And the analysis under both the “lessening” and “prevention” branches is forward-looking.

[55] However, there are some differences between the two branches. In determining whether competition is substantially lessened, the focus is on whether the merged entity would increase its market power. Under the “prevention” branch, the focus is on whether the merged entity would retain its existing market power. As explained by Chief Justice Crampton in his concurring reasons:

In determining whether competition is likely to be *lessened*, the more particular focus of the assessment is upon whether the merger is likely to facilitate the exercise of new or increased market power by the merged entity, acting alone or interdependently with one or more rivals. In determining whether competition is likely to be *prevented*, that more particular focus is upon whether the merger is likely to preserve the existing market power of one or both of the merging parties, by preventing the erosion of such market power that otherwise likely would have taken place if the merger did not occur. [Emphasis in original.]

(Tribunal decision, at para. 368)

c) *Similarités et différences entre les volets relatifs à la « diminution » et à l’« empêchement » de l’art. 92*

[54] Dans les motifs concordants qu’il a rédigés pour le Tribunal, le juge en chef Crampton a conclu que les points sur lesquels porte l’examen d’un fusionnement sont « fondamentalement les mêmes », qu’il s’agisse du volet relatif à la « diminution » ou de celui relatif à l’« empêchement » (par. 367). Quel que soit le volet, il s’agit de déterminer « si l’entité fusionnée sera vraisemblablement en mesure d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante qu’en l’absence de fusionnement » (*ibid.*). Dans un cas comme dans l’autre, il est question de diminuer ou d’empêcher « sensiblement » (*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, 2000 Trib. conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL) (« *Supérieur Propane I* »), par. 48). En outre, l’analyse, peu importe qu’elle cherche à déterminer s’il y aura « diminution » ou « empêchement », est prospective.

[55] Les deux volets diffèrent cependant à certains égards. Pour déterminer s’il y a diminution sensible de la concurrence, il faut demander si l’entité fusionnée accroîtra sa puissance commerciale. Dans le cas de l’empêchement, la question est celle de savoir si l’entité fusionnée conservera sa puissance commerciale. Pour reprendre les propos du juge en chef Crampton dans ses motifs concordants :

Pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de *diminuer* la concurrence, le Tribunal s’en tiendra à déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de rendre plus facile l’exercice d’une nouvelle ou d’une plus grande puissance commerciale par l’entité issue du fusionnement qu’elle ait agi seule ou en interdépendance avec d’autres entreprises rivales. Pour déterminer si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’« empêcher » la concurrence, le Tribunal cherchera à savoir si le fusionnement aura vraisemblablement pour effet de préserver la puissance commerciale de l’une des parties fusionnantes ou des deux, en empêchant l’érosion de cette puissance commerciale qui se serait vraisemblablement produite en l’absence de fusionnement. [En italique dans l’original.]

(Décision du Tribunal, par. 368)

C. *The “Prevention” Branch of Section 92(1)*

[56] While this Court has had occasion to consider the “lessening” branch of s. 92(1) in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, this is the first case in which we have had the opportunity to focus on the “prevention” branch of s. 92(1).

[57] Tervita seeks clarity as to the appropriate legal test under the “prevention” branch. In Tervita’s view, the “Tribunal erred in its application of the legal test for a substantial prevention of competition” (A.F., at para. 59). Tervita argues that “the Act requires that the Tribunal focus its analysis on the merger under review” (*ibid.*). Tervita acknowledges that s. 92 does involve a forward-looking approach, but submits that what should be projected into the future is the merging parties as they are, with their assets, plans and businesses at the time of the merger. Tervita argues that the Act does not permit the Tribunal to speculate, as it says it did in this case, and that its “fundamental error” is that it focused “not on the merger between Tervita and [the Vendors], but rather on how competition might have developed looking years into the future” (A.F., at para. 71).

[58] My understanding of Tervita’s argument is that the wording of s. 92 essentially limits the inquiry to whether the Babkirk site was a viable competitive entrant into the secure landfill market at the time it was acquired by Tervita. That is, in order to establish that the merger is likely to substantially prevent competition, a party to the merger must be a potential competitor based on the assets, plans and businesses of the party at the time of the merger.

[59] For the reasons that follow, I am unable to agree with Tervita. Rather, I agree with the Commissioner that the wording of s. 92 generally supports the analysis and conclusions of the Tribunal and the Federal Court of Appeal with respect to s. 92.

C. *Volet relatif à l’« empêchement » du par. 92(1)*

[56] Bien que la Cour ait eu l’occasion de se pencher sur le volet du par. 92(1) relatif à la « diminution » dans l’affaire *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, c’est la première fois qu’elle examine le volet relatif à l’« empêchement ».

[57] Tervita demande que le critère juridique applicable au volet relatif à l’« empêchement » soit clarifié. À son avis, le [TRADUCTION] « Tribunal a appliqué erronément le critère juridique servant à déterminer s’il y a empêchement sensible de la concurrence » (m.a., par. 59). Elle soutient en outre que « la Loi oblige le Tribunal à faire porter son analyse sur le fusionnement en question » (*ibid.*). Si elle reconnaît que l’art. 92 commande une analyse prospective, elle soutient cependant que ce qui doit être projeté dans l’avenir, ce sont les parties au fusionnement dans leur état actuel — y compris leurs éléments d’actif, leurs plans et leurs activités à la date du fusionnement. Tervita fait valoir que la Loi ne permet pas au Tribunal de faire des conjectures comme, soutient-elle, il l’a fait dans la présente affaire, et que son « erreur fondamentale » tient au fait qu’il s’est concentré « non pas sur le fusionnement entre Tervita et [les vendeurs], mais sur la manière dont la concurrence pourrait s’être développée au fil des ans » (m.a., par. 71).

[58] Si je comprends bien, Tervita soutient que le libellé de l’art. 92 limite essentiellement l’analyse à la question de savoir si le site Babkirk était un nouveau concurrent viable dans le marché de l’enfouissement sécuritaire à la date de son acquisition par Tervita. Autrement dit, selon elle, pour établir que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence, une partie au fusionnement doit constituer un concurrent éventuel compte tenu de ses éléments d’actif, de ses plans et de ses activités à la date du fusionnement.

[59] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord. En revanche, je partage l’avis de la commissaire selon lequel le libellé de l’art. 92 appuie généralement l’analyse et les conclusions du Tribunal et de la Cour d’appel fédérale sur cette disposition.

(1) The Law

[60] The concern under the “prevention” branch of s. 92 is that a firm with market power will use a merger to prevent competition that could otherwise arise in a contestable market. The analysis under this branch requires looking to the “but for” market condition to assess the competitive landscape that would likely exist if there was no merger. It is necessary to identify the potential competitor, assess whether but for the merger that potential competitor is likely to enter the market and determine whether its effect on the market would likely be substantial.

(a) *Identify the Potential Competitor*

[61] The first step is to identify the firm or firms the merger would prevent from independently entering the market, i.e. identifying the potential competitor. In the competition law jurisprudence “entry” is considered “either the establishment of a new firm in the market whether entirely new to the industry or new to the geographic area . . ., or local firms which previously did not offer the product in question commencing to do so” (*Hillsdown*, at p. 325).

[62] Typically, the potential competitor will be one of the merged parties: the acquired firm or the acquiring firm. The potential entry of the acquired firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquired firm would likely have entered the relevant market. The potential entry of the acquiring firm will be the focus of the analysis when, but for the merger, the acquiring firm would have entered the relevant market independently or through the acquisition and expansion of a smaller firm, a so-called “toehold” entry.

[63] I would also not rule out the possibility that, as suggested by Chief Justice Crampton in his concurring reasons, a likely substantial prevention of

(1) Le droit

[60] Le volet de l’art. 92 relatif à l’« empêchement » vise à prévenir qu’une entreprise possédant une puissance commerciale procède à un fusionnement pour empêcher la concurrence susceptible par ailleurs de s’exercer dans un marché contestable. L’analyse qu’il commande envisage l’état du marché, n’eût été le fusionnement, pour apprécier le paysage concurrentiel qui existerait vraisemblablement si le fusionnement n’avait pas eu lieu. Elle détermine le concurrent éventuel, la probabilité qu’il entre dans le marché en l’absence du fusionnement et la probabilité qu’il y ait un effet sensible.

a) *Déterminer le concurrent éventuel*

[61] La première étape consiste à déterminer l’entreprise — ou les entreprises — que le fusionnement empêcherait d’entrer dans le marché de manière indépendante, c.-à-d. le concurrent éventuel. Selon la jurisprudence qui porte sur le droit de la concurrence, il y a « entrée dans le marché » quand « une nouvelle firme s’établit dans le marché, qu’elle soit complètement nouvelle venue dans l’industrie ou nouvelle venue dans la région géographique [. . .], ou bien quand des firmes locales qui n’offraient pas avant le produit en question commencent à le faire » (*Hillsdown*, p. 68).

[62] Le concurrent éventuel est habituellement une partie au fusionnement : l’entreprise acquise ou l’entreprise acquérante. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la première lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait vraisemblablement pénétré le marché en cause. L’analyse est axée sur l’entrée potentielle dans le marché par la seconde lorsque, n’eût été le fusionnement, celle-ci aurait pénétré le marché en question de manière indépendante ou par le truchement de l’acquisition et de l’expansion d’une entreprise de plus petite taille, ce que l’on appelle l’entrée sur le marché « à échelle réduite ».

[63] Je n’exclurais pas non plus la possibilité, comme l’a expliqué le juge en chef Crampton dans ses motifs concordants, qu’un fusionnement ait

competition could stem from the merger preventing “another type of future competition” (para. 386). I interpret this to mean that it is possible that a third party entrant, one not involved in the merger, may be prevented from entering the market as a result of the merger.

(b) *Examine the “But For” Market Condition*

[64] The second step in determining whether a merger engages the “prevention” branch is to examine the “but for” market condition to see if, absent the merger, the potential competitor (usually one of the merging parties) would have likely entered the market and if so whether that entry would have decreased the market power of the acquiring firm. If the independent entry has no effect on the market power of the acquiring firm then the merger cannot be said to prevent competition substantially.

[65] Tervita argues that the intention of s. 92 is “to establish a merger test that provides certainty to Canadian businesses” (A.F., at para. 66). However, the term “likely” in s. 92 does not require certainty. “Likely” reflects the reality that merger review is an inherently predictive exercise, but it does not give the Tribunal licence to speculate; its findings must be based on evidence.

[66] There is only one civil standard of proof: proof on a balance of probabilities (*F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paras. 40 and 49). This means that in order for s. 92 of the Act to be engaged, the Tribunal must be of the view that it is more likely than not that the merger will result in a substantial prevention of competition. Mere possibilities are insufficient to meet this standard. And, as will be discussed, as events are projected further into the future, the risk of unreliability increases such that at some point the evidence will only be considered speculative.

vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence en faisant obstacle à « une future situation de concurrence autre » (par. 386). À mon avis, cela signifie qu’il est possible qu’un tiers ne puisse pénétrer ce marché par suite du fusionnement.

b) *L’état du marché n’eût été le fusionnement*

[64] Pour déterminer si un fusionnement « empêche » la concurrence, il faut dans un deuxième temps examiner l’état du marché pour voir si, n’eût été le fusionnement, le concurrent éventuel (normalement une partie au fusionnement) serait vraisemblablement entré dans le marché et, dans l’affirmative, si cette entrée aurait réduit la puissance commerciale de l’entreprise acquérante. Si la pénétration par le concurrent n’a aucun effet sur la puissance commerciale de l’entreprise acquérante, l’on ne peut dire du fusionnement qu’il a pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence.

[65] Tervita soutient que l’objet de l’art. 92 est [TRADUCTION] « d’établir un critère en matière de fusionnement qui offre une certitude aux entreprises canadiennes » (m.a., par. 66). Or, le terme « vraisemblablement » à l’art. 92 n’exige pas la certitude. Il traduit le fait que l’examen du fusionnement est en soi un exercice prédictif, sans toutefois permettre au Tribunal de conjecturer; ce dernier doit fonder ses conclusions sur la preuve.

[66] Il n’existe qu’une seule norme de preuve en matière civile : la preuve selon la prépondérance des probabilités (*F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 40 et 49). Il en découle que, pour que l’art. 92 de la Loi s’applique, le Tribunal doit être d’avis que le fusionnement aura probablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. La simple possibilité ne permet pas de satisfaire à cette norme. Et, comme nous le verrons, plus la situation est projetée dans l’avenir, plus le risque de non-fiabilité s’accroît, tant et si bien qu’à un certain point, la preuve sera jugée conjecturale seulement.

(i) Likelihood of Entry by One of the Merging Parties

[67] In determining whether one of the merging parties would, in the absence of the merger, be likely to enter the market independently, any factor that in the opinion of the Tribunal could influence entry upon which evidence has been adduced should be considered. This will include the plans and assets of that merging party, current and expected market conditions, and other factors listed in s. 93 of the Act.

[68] Where the evidence does not support the conclusion that one of the merging parties or a third party would enter the market independently, there cannot be a finding of likely prevention of competition by reason of the merger. To the same effect, where the evidence is only that there is a possibility of the merging party entering the market at some time in the future, a finding of likely prevention cannot be made. In this respect, I agree with Justice Mainville that the timeframe for entry must be discernible (F.C.A. decision, at para. 90). While timing does not need to be a “precisely calibrated determination” (*ibid.*), there must be evidence of when the merging party is realistically expected to enter the market in absence of the merger. Otherwise the timing of entry is simply speculative and the test of likelihood of prevention of competition is not met. Even where there is evidence of a timeframe for independent entry, the farther into the future predictions are made, the less reliable they will be. The Tribunal must be cautious in declaring a lengthy timeframe to be discernible, especially when entry depends on a number of contingencies.

[69] My understanding of Tervita’s argument is that it seeks to limit the Tribunal’s ability to look into the future to what can be discerned from the merging parties’ assets, plans and business at the time of the merger. However, in my view, there is no legal basis to restrict the evidence the Tribunal can look at in this way.

(i) Une partie au fusionnement serait-elle vraisemblablement entrée dans le marché?

[67] Pour déterminer si, n’eût été le fusionnement, l’une des parties à ce dernier serait vraisemblablement entrée dans le marché de manière indépendante, le Tribunal doit prendre en considération tous les éléments qui, de son avis, sont susceptibles d’influer sur cette pénétration du marché et à l’égard desquels une preuve a été produite. Il s’agit notamment des plans et éléments d’actif de la partie concernée, des conditions du marché actuelles et attendues et d’autres facteurs, énumérés à l’art. 93 de la Loi.

[68] Lorsque la preuve ne permet pas de conclure que l’une des parties au fusionnement ou un tiers aurait pénétré le marché de manière indépendante, l’on ne peut conclure que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher la concurrence. De même, si la preuve permet d’établir uniquement qu’il est possible que la partie au fusionnement pénètre le marché à l’avenir, l’on ne peut conclure à un empêchement vraisemblable. À cet égard, je suis d’accord avec le juge Mainville : le délai de pénétration du marché doit être discernable (décision de la C.A.F., par. 90). S’il ne faut pas nécessairement une « date précise » (*ibid.*), il doit cependant y avoir une preuve du moment où la partie au fusionnement aurait, de façon réaliste, pénétré le marché en l’absence du fusionnement. Sinon, c’est de la simple conjecture, et il n’est pas satisfait à la condition de vraisemblance. Même lorsqu’il y a une preuve d’un délai de pénétration du marché de manière indépendante, plus on regarde loin dans le futur, moins cette prédiction sera fiable. Le Tribunal doit faire preuve de prudence avant de déclarer qu’un long délai est discernable, surtout lorsque la pénétration du marché dépend d’un certain nombre d’impondérables.

[69] Si je comprends bien, Tervita cherche à circonscrire l’examen prospectif du Tribunal aux seuls éléments qu’il est possible de dégager des éléments d’actif, des plans et des activités des parties au fusionnement à la date de celui-ci. Or, à mon avis, rien ne permet en droit de restreindre ainsi la preuve que le Tribunal peut examiner.

[70] Justice Mainville held that how far into the future the Tribunal can look when assessing whether, but for the merger, the merging party would have entered the market should normally be determined by the lead time required to enter a market due to barriers to entry, which he referred to as the “temporal dimension” of the barriers to entry: “. . . the time frame for market entry should normally fall within the temporal dimension of the barriers to entry into the market at issue” (F.C.A. decision, at para. 91).

[71] Barriers to entry relate to how easily a firm can commence business in the relevant market and establish itself as a viable competitor (*Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289, at p. 330). The lead time required to enter a market due to barriers to entry (“lead time”) refers to the inherent time delay that a new entrant, facing certain barriers and acting diligently to overcome them, could be expected to experience when trying to enter the market.

[72] In setting lead time as the appropriate length of time to consider, Justice Mainville relied on the American case *BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), which considered whether a merger violated s. 7 of the *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18, under the “actual potential competition” doctrine, the U.S. equivalent of the “prevention” branch of s. 92 of the Act. *BOC International* turned on whether the evidence was sufficient to meet the requirements under the “actual potential competition” doctrine. The U.S. Federal Trade Commission found that there was a “reasonable probability” that the acquiring firm would have “eventually entered” the U.S. market but for its acquisition of the acquired company (*BOC International*, at p. 28).

[73] The Second Circuit Court of Appeals held that the language “eventual entry” made the overall test

[70] Selon le juge Mainville, la période visée par un tel examen prospectif — à savoir si, en l’absence du fusionnement, la partie à celui-ci aurait pénétré le marché — est normalement fonction du délai de pénétration du marché compte tenu des obstacles, qu’il a qualifiée de « dimension temporelle » des obstacles à l’entrée : « . . . le délai de pénétration du marché devrait normalement s’inscrire dans la dimension temporelle des obstacles à la pénétration du marché en question » (décision de la C.A.F., par. 91).

[71] Les obstacles à la pénétration du marché se rapportent au degré de facilité qu’éprouverait une entreprise à s’établir dans le marché en question en tant que concurrente viable (*Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, [1992] D.T.C.C. n° 1 (QL), p. 42-43). Le délai de pénétration d’un marché découlant des obstacles à cette pénétration (« délai de pénétration ») s’entend de la période qu’un nouveau concurrent aux prises avec certains obstacles et qui agit avec diligence pour les surmonter pourrait voir s’écouler lorsqu’il tente de pénétrer le marché.

[72] En désignant le délai de pénétration comme étant la période pertinente pour l’analyse, le juge Mainville a renvoyé à l’affaire américaine *BOC International Ltd. c. Federal Trade Commission*, 557 F.2d 24 (2d Cir. 1977), dans laquelle il fallait déterminer si un fusionnement contrevenait à l’art. 7 de la *Clayton Act*, 15 U.S.C. § 18, sur le fondement de la doctrine de la [TRADUCTION] « concurrence éventuelle véritable », l’équivalent aux É.-U. du volet relatif à « l’empêchement » de l’art. 92 de la Loi. L’affaire *BOC International* soulevait la question de savoir si la preuve était suffisante pour qu’il soit satisfait à la doctrine de la « concurrence éventuelle véritable ». La Federal Trade Commission des É.-U. a conclu qu’il était « raisonnablement probable » que l’entreprise acquérante aurait « fini par pénétrer » le marché américain, n’eût été l’acquisition par elle de la société acquise (*BOC International*, p. 28).

[73] La Second Circuit Court of Appeals a statué que l’emploi de l’expression [TRADUCTION] « finir



based largely on “ephemeral possibilities” (*BOC International*, at pp. 28-29). An actual potential entrant should be expected to enter in the “near” future, with “near” being defined in relation to the barriers to entry relevant in that particular industry:

. . . it seems necessary under Section 7 that the finding of probable entry at least contain some reasonable temporal estimate related to the near future, with “near” defined in terms of the entry barriers and lead time necessary for entry in the particular industry, and that the finding be supported by substantial evidence in the record.

(*BOC International*, at p. 29)

[74] Neither Justice Mainville nor *BOC International* expressly explain why the lead time should establish the length of time the Tribunal can look into the future when assessing whether, absent the merger, there would have been likely independent entry of one of the merging parties. Though Justice Mainville notes that lead time should be treated “as a guidepost and not as a fixed temporal rule” (para. 91), it is important to emphasize that lead time should not be used to justify predictions about the distant future. In some contexts, relevant lead time may be short, and thus a determination of whether market entry is likely within that timeframe may be sufficiently definite to meet the “likely” test. However, in other contexts — for example, those where product development or regulatory approval processes may extend for some years — the lead time may be so lengthy that a determination of the probability of market entry at the far end of that timeframe would be influenced by so many unknown and unknowable contingencies as to render such a prediction largely speculative.

[75] The timeframe that can be considered must of course be determined by the evidence in any given

par pénétrer » faisait reposer largement le critère général sur « des possibilités éphémères » (*BOC International*, p. 28-29). Un véritable nouveau concurrent éventuel devrait s’attendre à pénétrer le marché dans un « proche » avenir, le qualificatif « proche » étant défini par rapport aux obstacles à la pénétration qui sont pertinents dans l’industrie en question :

[TRADUCTION] . . . il semble nécessaire sous le régime de l’article 7 que, pour en arriver à une conclusion de pénétration probable, on ait au moins une estimation temporelle raisonnable relativement à un proche avenir, le qualificatif « proche » étant défini par rapport aux obstacles à la pénétration et aux délais requis pour la pénétration dans l’industrie en question, et que la conclusion repose sur une preuve substantielle au dossier.

(*BOC International*, p. 29)

[74] Ni le juge Mainville ni l’affaire *BOC International* n’expliquent expressément pourquoi le délai de pénétration devrait permettre de déterminer la période visée par l’examen prospectif que fait le Tribunal pour décider si, n’eût été le fusionnement, il y aurait vraisemblablement eu pénétration indépendante du marché par une partie à celui-ci. Le juge Mainville précise que le délai de pénétration devrait être vu comme étant une « ligne directrice, et non pas [une] règle temporelle coulée dans le béton » (par. 91), mais il importe de souligner qu’il ne devrait pas justifier des prédictions dans un avenir éloigné. Dans certains contextes, ce délai peut être court; partant il est possible de déterminer avec suffisamment de précision si la pénétration du marché dans cette période est vraisemblable, de sorte que la condition de « vraisemblance » soit remplie. Toutefois, dans d’autres contextes — par exemple ceux où le développement du produit ou les processus d’approbation réglementaires peuvent s’étaler sur des années —, le délai de pénétration peut être si long qu’une décision quant à la probabilité d’une pénétration du marché avant la fin de cette période serait influencée par tant d’impondérables et inconnues qu’elle tiendrait en grande partie de la conjecture.

[75] La période qui peut être prise en considération dépend évidemment de la preuve produite dans un

case. The evidence must be sufficient to meet the “likely” test on a balance of probabilities, keeping in mind that the further into the future the Tribunal looks the more difficult it will be to meet this test. Lead time is an important consideration, though this factor should not support an effort to look farther into the future than the evidence supports.

[76] Business can be unpredictable and business decisions are not always based on objective facts and dispassionate logic; market conditions may change. In assessing whether a merger will likely prevent competition substantially, neither the Tribunal nor courts should claim to make future business decisions for companies. Factual findings about what a company may or may not do must be based on evidence of the decision the company itself would make; not the decision the Tribunal would make in the company’s circumstances.

[77] If the Tribunal determines that the identified merging party would, absent the merger, be likely to enter within a discernible timeframe, the next question is whether this entry would likely result in a substantial effect on competition in the market.

(ii) Likely to Have a Substantial Effect on the Market

[78] It is not enough that a potential competitor must be likely to enter the market; this entry must be likely to have a substantial effect on the market. As discussed above, assessing substantiality requires assessing a variety of dimensions of competition including price and output. It also involves assessing the degree and duration of any effect it would have on the market.

[79] Section 93 provides a non-exhaustive list of factors that may be considered when assessing whether a merger substantially lessens or prevents competition or is likely to do so, including whether a party is a failing business, the availability of acceptable substitutes, barriers to entry into the relevant

cas donné. La preuve doit être suffisante pour qu’il soit satisfait à la condition de « vraisemblance » selon la prépondérance des probabilités, mais il ne faut pas oublier que plus l’examen par le Tribunal porte loin dans le futur, plus il est difficile d’y satisfaire. S’il est un facteur important, le délai de pénétration ne permet toutefois pas d’envisager au-delà de ce que la preuve appuie.

[76] Les affaires peuvent être imprévisibles, et les décisions commerciales ne reposent pas toujours sur des faits objectifs et une froide logique; l’état du marché peut fluctuer. Pour déterminer si un fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence, ni le Tribunal ni les cours de justice ne devraient prétendre prendre des décisions commerciales futures pour les sociétés. Les conclusions factuelles quant à ce qu’une société ferait ou ne ferait pas doivent reposer sur une preuve de la décision que la société même prendrait, et non pas sur la décision que le Tribunal prendrait dans la même situation.

[77] Si le Tribunal détermine qu’en l’absence du fusionnement, la partie au fusionnement serait vraisemblablement entrée dans le marché dans un délai discernable, il faut ensuite déterminer si cette entrée aurait vraisemblablement un effet sensible sur la concurrence dans le marché.

(ii) Y aurait-il vraisemblablement un effet sensible sur le marché?

[78] Il ne suffit pas qu’un concurrent éventuel pénètre vraisemblablement le marché; il faut aussi que cette pénétration ait vraisemblablement un effet sensible sur le marché. Comme nous l’avons vu, pour déterminer s’il y aurait un effet sensible, il faut nécessairement examiner diverses dimensions de la concurrence, dont le prix et les extrants. Il faut également mesurer l’ampleur et la durée de tout effet qu’elle aurait sur le marché.

[79] L’article 93 dresse une liste non exhaustive de facteurs dont le Tribunal peut tenir compte pour déterminer si un fusionnement diminue ou empêche sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet, notamment la déconfiture de l’entreprise d’une partie, la mesure dans laquelle

market, the extent to which effective competition remains or would remain after a merger, and whether the merger would result in the removal of a vigorous and effective competitor.

(2) Application to the Present Case

[80] The Tribunal’s analytical framework and conclusion that the merger will likely substantially prevent competition are, in my view, correct. The Tribunal correctly applied the analytical framework set out above. It used a forward-looking “but for” analysis to determine whether the merger was likely to substantially prevent competition. The Tribunal identified the acquired party, the Vendors, as the focus of the analysis. The Tribunal then assessed whether, but for the merger, the Vendors would have likely entered the relevant product market in a manner sufficient to compete with Tervita.

[81] The Tribunal concluded that the merger “is more likely than not to maintain the ability of [Tervita] to exercise materially greater market power than in the absence of the [m]erger, and that the [m]erger is likely to prevent competition substantially” (para. 229(iv)). In coming to this conclusion the Tribunal assessed a number of the s. 93 factors including the following:

- barriers to entry were “at least 30 months” and there was “no evidence of any proposed entry in the Contestable Area” (para. 222; see s. 93(d));
- there is an absence of acceptable substitutes and effective remaining competition (para. 223; see s. 93(c));
- there would be sufficient demand for secure landfill services to make transforming the Babkirk site to a secure landfill profitable as demand

sont disponibles des substituts acceptables, les entraves à l’accès au marché en cause, la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait concurrence réelle après un fusionnement et la possibilité que le fusionnement entraîne la disparition d’un concurrent dynamique et efficace.

(2) Application à la présente affaire

[80] Le cadre analytique et la conclusion selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence sont corrects selon moi. Le Tribunal a bien appliqué le cadre analytique énoncé précédemment. Il a procédé à une analyse prospective axée sur l’absence hypothétique pour déterminer si le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence. Il a mis la partie acquise (les vendeurs) au centre de l’analyse. Le Tribunal a ensuite demandé si, n’eût été le fusionnement, les vendeurs auraient vraisemblablement pénétré le marché du produit pertinent dans une mesure suffisante pour livrer concurrence à Tervita.

[81] Le Tribunal a conclu que le fusionnement « permettrait, selon toute vraisemblance, [à Tervita] de maintenir sa capacité d’exercer une puissance commerciale beaucoup plus importante qu’en l’absence du fusionnement, et que le fusionnement aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence » (par. 229(iv)). Avant d’en arriver à cette conclusion, le Tribunal a soupesé certains facteurs énumérés à l’art. 93, dont les suivants :

- Les entraves à l’accès au marché s’étaient sur « au moins 30 mois » et il n’y avait aucune preuve d’un « projet d’entrée sur le marché projetée dans la région contestable » (par. 222; voir l’al. 93d));
- L’absence de substitut acceptable et de concurrence réelle (par. 223; voir l’al. 93c));
- La demande de services d’enfouissement sécuritaires aurait été suffisante pour que la transformation du site Babkirk en un site d’enfouissement

has “been projected to increase as new drilling is undertaken in the area north and west of Babkirk” (para. 207; see s. 93(f));

- the permitted capacity of the Babkirk site was sufficient to allow it to “compete effectively” with Tervita (para. 208; see s. 93(f)); and
- “the [m]erger preserves a monopolistic market structure, and thereby prevents the emergence of potentially important competition” (para. 297; see s. 93(e)).

[82] I agree with the Commissioner that “the Tribunal did not speculate on what would happen to the Babkirk site . . . . It made findings of fact based on the abundant evidence before it” (R.F., at para. 61). The reasonableness of the factual findings were reviewed by the Federal Court of Appeal and found to be supported by sufficient evidence. While, as will be discussed, I question the Tribunal’s treatment of the asserted 10 percent reduction in prices that would allegedly have been realized in the absence of a merger (para. 229(iii)), it is evident that there was sufficient other evidence upon which the Tribunal could find a substantial prevention of competition as a result of the merger.

[83] Accordingly, the Tribunal’s conclusion that the merger is likely to substantially prevent competition was correct. As s. 92 is engaged, it is necessary to determine whether the s. 96 defence applies to prevent the making of an order under s. 92.

#### D. *The Efficiencies Defence*

[84] Tervita raises two issues with respect to the Tribunal’s assessment of the s. 96 efficiencies defence. First, should OIEs, or efficiencies that would arise because of the time necessary to implement the Tribunal’s divestiture order under s. 92, be taken into

sécuritaire soit rentable, étant donné « l’augmentation anticipée [. . .] de la demande de services de décharge sécuritaire, en raison des nouveaux forages effectués dans la région située au nord et à l’ouest de l’installation Babkirk » (par. 207; voir l’al. 93f));

- La capacité autorisée du site Babkirk était suffisante pour lui permettre d’entrer « effectivement en concurrence » avec Tervita (par. 208; voir l’al. 93f));
- « le fusionnement préserve une structure de marché monopolistique et, par conséquent, empêche l’émergence d’une concurrence potentiellement importante » (par. 297; voir l’al. 93e)).

[82] Je partage l’avis de la commissaire selon qui [TRADUCTION] « le Tribunal n’a fait aucune conjecture sur ce qu’il adviendrait du site Babkirk [. . .] Il a tiré des conclusions de fait sur le fondement de la preuve abondante dont il disposait » (m.i., par. 61). La Cour d’appel fédérale a évalué le caractère raisonnable des conclusions factuelles et a conclu qu’elles étaient appuyées par une preuve suffisante. Si, ainsi que nous le verrons, je mets en doute la caractérisation par le Tribunal de la soi-disant baisse du prix de 10 p. 100 qui aurait été réalisée en l’absence du fusionnement (par. 229(iii)), manifestement, il disposait de suffisamment d’autres éléments de preuve pour conclure que le fusionnement empêcherait sensiblement la concurrence.

[83] Par conséquent, la conclusion du Tribunal selon laquelle le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d’empêcher sensiblement la concurrence était correcte. Étant donné qu’il est satisfait à l’art. 92, il y a lieu de déterminer si la défense prévue à l’art. 96 fait obstacle à l’ordonnance visée à l’art. 92.

#### D. *Défense fondée sur les gains en efficacité*

[84] Tervita soulève deux questions en ce qui concerne l’examen par le Tribunal de la défense fondée sur les gains en efficacité que prévoit l’art. 96. Premièrement, les GEE — ceux qui seraient réalisés en raison du délai d’exécution de l’ordonnance

account in the balancing test under s. 96? Second, what is the proper approach to the balancing analysis under s. 96? Before addressing the issues raised on appeal, it will be useful to review the history of the statutory efficiencies defence and the adjudicative treatment of the defence prior to this case.

(1) History of the Efficiencies Defence

[85] Section 96 was included as part of the new *Competition Act*, proclaimed into force on June 19, 1986. The process of reforming Canada’s competition laws began in 1966 when the federal government requested a study from the Economic Council of Canada. The Council’s 1969 report “identified economic efficiency as the overriding policy objective” of legislative reform (A. N. Campbell, *Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act* (1997), at p. 21). After a number of attempts to amend the legislation and following a lengthy and extensive consultative process, the new *Competition Act* was introduced. This amendment process reflected concerns raised about the number of significant mergers taking place in Canada (Facey and Assaf, at p. 9; see also W. T. Stanbury and G. B. Reschenthaler, “Reforming Canadian Competition Policy: Once More Unto the Breach” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 381, at p. 388). In early 1981, the federal Minister of Consumer and Corporate Affairs solicited the views of his provincial counterparts, trade associations, consumer groups and academics with respect to proposals for amending the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 (*ibid.*, at p. 381). This process “yielded valuable experience laying the groundwork for what was to become the *Competition Act*” (Facey and Assaf, at p. 10).

[86] Bill C-91, *An Act to establish the Competition Tribunal and to amend the Combines Investigation Act and the Bank Act and other Acts in consequence*

de dessaisissement rendue par le Tribunal en vertu de l’art. 92 — devraient-ils compter dans la pondération qu’exige l’art. 96? Deuxièmement, comment faut-il procéder à cette pondération? Avant de trancher les questions soulevées en appel, il est utile de passer en revue l’historique de la défense légale fondée sur les gains en efficience et la manière dont les tribunaux l’ont traitée auparavant.

(1) Historique de la défense fondée sur les gains en efficience

[85] L’article 96 faisait partie de la nouvelle *Loi sur la concurrence*, entrée en vigueur le 19 juin 1986. La réforme de la législation canadienne sur la concurrence a été entreprise en 1966 lorsque le gouvernement fédéral a demandé au Conseil économique du Canada de se pencher sur la question. Dans le rapport qu’il a publié en 1969, le Conseil [TRADUCTION] « a dit de l’efficience économique qu’elle était l’objectif politique prépondérant » de la réforme législative (A. N. Campbell, *Merger Law and Practice : The Regulation of Mergers Under the Competition Act* (1997), p. 21). Après quelques tentatives de modification législative et au terme de consultations longues et vastes, le législateur a adopté la nouvelle *Loi sur la concurrence*. Il répondait ainsi aux préoccupations formulées à l’égard du nombre de fusionnements importants intervenus au Canada (Facey et Assaf, p. 9; voir aussi W. T. Stanbury et G. B. Reschenthaler, « Reforming Canadian Competition Policy : Once More Unto the Breach » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 381, p. 388). Au début de 1981, le ministre fédéral de la Consommation et des Affaires commerciales avait sollicité l’opinion de ses homologues provinciaux, d’associations syndicales, de groupes de consommateurs et d’universitaires sur des propositions de modifications à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, c. C-23 (*ibid.*, p. 381). Cette démarche [TRADUCTION] « a permis d’obtenir une expérience précieuse qui a servi à établir les assises de ce qui allait devenir la *Loi sur la concurrence* » (Facey et Assaf, p. 10).

[86] Le projet de loi C-91, la *Loi constituant le Tribunal de la concurrence et modifiant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions et la Loi sur*

*thereof*, was introduced in the House of Commons in 1985 (1st Sess., 33rd Parl., first reading Dec. 17, 1985, assented to June 17, 1986, S.C. 1986, c. 26). This bill included comprehensive amendments to the *Combines Investigation Act*, including the creation of a new expert adjudicative body, the Competition Tribunal, and the inclusion of the efficiencies defence (Facey and Assaf, at pp. 9-10).

[87] A stand-alone statutory efficiencies defence was considered “particularly appropriate for Canada because a small domestic market often precludes more than a few firms from operating at efficient levels of production and because Canadian firms need to be able to exploit scale economies to remain competitive internationally” (Campbell, at p. 152; see also *House of Commons Debates*, vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., April 7, 1986, at p. 11962; Minister of Consumer and Corporate Affairs, *Competition Law Amendments: A Guide* (1985), at p. 4). In the context of the relatively small Canadian economy, to which international trade is important, the efficiencies defence is Parliamentary recognition that, in some cases, consolidation is more beneficial than competition (*ibid.*, at pp. 15-17).

## (2) Jurisprudential History of Section 96

[88] The leading case law on the interpretation of the efficiencies defence remains the *Superior Propane* series of cases, which began when the Commissioner applied to the Tribunal seeking an order to prevent a merger between the two largest national distributors of propane (*Superior Propane I*, rev’d on other grounds in *Superior Propane II*, leave to appeal dismissed, [2001] 2 S.C.R. xiii; redetermination in *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417 (“*Superior Propane III*”), aff’d 2003 FCA 53, [2003] 3 F.C. 529 (“*Superior Propane IV*”). Although this Court is not bound by these decisions, the *Superior Propane* cases considered

*les banques et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, a été déposé à la Chambre des communes en 1985 (1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., première lecture le 17 déc. 1985, sanctionnée le 17 juin 1986, L.C. 1986, c. 26). Ce projet de loi a modifié profondément la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, notamment en constituant un nouvel organisme décisionnel expert, le Tribunal de la concurrence, et en prévoyant la défense fondée sur les gains en efficacité (Facey et Assaf, p. 9-10).

[87] Une défense distincte fondée sur les gains en efficacité, d’origine législative, avait été jugée [TRADUCTION] « convenir particulièrement au Canada, car un marché intérieur modeste ne permet souvent qu’à quelques entreprises tout au plus de produire à des niveaux efficaces, et les entreprises canadiennes doivent pouvoir tirer parti d’économies d’échelle pour demeurer concurrentielles sur le marché international » (Campbell, p. 152; voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 1<sup>re</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 7 avril 1986, p. 11962; ministre de la Consommation et des Corporations, *Réforme de la législation sur la concurrence : Guide* (1985), p. 4). Dans le contexte de l’économie canadienne relativement modeste, où le commerce international est important, le législateur reconnaît par la défense fondée sur les gains en efficacité que, dans certains cas, le regroupement est plus avantageux que la concurrence (*ibid.*, p. 15-17).

## (2) Historique jurisprudentiel de l’art. 96

[88] Encore aujourd’hui, la jurisprudence de principe sur l’interprétation de la défense fondée sur les gains en efficacité est la série *Supérieur Propane*, qui commence lorsque le commissaire s’adresse au Tribunal pour obtenir une ordonnance interdisant un fusionnement entre les deux plus importants distributeurs nationaux de propane (*Supérieur Propane I*, inf. pour d’autres motifs dans *Supérieur Propane II*, autorisation d’appel rejetée, [2001] 2 R.C.S. xiii; nouvelle décision dans *Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne) (« *Supérieur Propane III* »), conf. par 2003 CAF 53, [2003] 3 C.F. 529 (« *Supérieur Propane IV* »)). Bien que notre Cour ne soit pas liée par

a number of factors relevant to the efficiencies defence and its application.

[89] The *Superior Propane I* case confirmed that s. 96 is a defence to the application of s. 92 (paras. 398-99). As such, the onus of alleging and proving that efficiency gains from the merger will be greater than and will offset the effects of any prevention or lessening of competition resulting from the merger falls upon the merging parties (*Superior Propane I*, at para. 399; *Superior Propane II*, at para. 154; *Superior Propane IV*, at para. 64).

[90] The s. 96 efficiencies defence requires an analysis of whether the efficiency gains of the merger, which result from the integration of resources, outweigh the anti-competitive effects, which result from the decrease in or absence of competition in the relevant geographic and product market. As the Federal Court of Appeal explained in *Superior Propane II*, “This is, in substance, a balancing test that weighs efficiencies on one hand, against anti-competitive effects on the other” (para. 95).

### (3) Methodological Approaches to Section 96

[91] There are different possible methodologies for the comparative exercise under s. 96 (Facey and Brown, at pp. 256-57). In Canada, two main standards have been the subject of judicial consideration: the “total surplus standard” and the “balancing weights standard”. For both standards, two types of economic surplus are relevant: producer surplus and consumer surplus.

[92] Producer surplus “measures how much more producers are able to collect in revenue for a product than their cost of producing it” (Facey and Brown, at p. 256). Producer surplus therefore represents the wealth that accrues to producers. Consumer surplus is “a measure of how much more the consumers of a product would have been willing to pay to purchase the product compared to the prevailing market price” (*ibid.*). Consumer surplus therefore represents the

ces décisions, il reste que celles-ci traitent un certain nombre de facteurs pertinents quant à la défense fondée sur les gains en efficacité et à son application.

[89] *Supérieur Propane I* a confirmé que l’art. 96 établit une défense à l’application de l’art. 92 (par. 398-399). Pour cette raison, il incombe aux parties au fusionnement de l’invoquer et de prouver que les gains en efficacité entraînés par le fusionnement surpasseront et neutraliseront les effets de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence résultant du fusionnement (*Supérieur Propane I*, par. 399; *Supérieur Propane II*, par. 154; *Supérieur Propane IV*, par. 64).

[90] La défense que prévoit l’art. 96 commande une analyse visant à déterminer si les gains en efficacité qu’entraîne le fusionnement, résultant de l’intégration des ressources, surpassent les effets anticoncurrentiels qui découlent de la diminution ou de l’absence de concurrence dans le marché géographique et dans celui du produit en cause. Pour reprendre les propos exprimés par la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Supérieur Propane II*, « [i]l s’agit, en substance, d’un critère de pondération qui met en balance les gains en efficacité d’un côté et les effets anticoncurrentiels de l’autre » (par. 95).

### (3) Méthodologies applicables à l’art. 96

[91] Il existe diverses manières de procéder à l’exercice de comparaison qu’appelle l’art. 96 (Facey et Brown, p. 256-257). Au Canada, les tribunaux ont examiné deux grands critères : celui du « surplus total » et celui des « coefficients pondérateurs ». Pour chacun, deux types de surplus économique sont pertinents : le surplus du producteur et le surplus du consommateur.

[92] Le surplus du producteur [TRADUCTION] « mesure la différence entre les recettes attribuables à un produit et ses coûts de production » (Facey et Brown, p. 256). Le surplus du producteur représente donc les richesses qui reviennent aux producteurs. En revanche, le surplus du consommateur « mesure la différence entre le prix que les consommateurs d’un produit auraient été disposés à payer par rapport au prix du marché courant » (*ibid.*). Le surplus du

savings that accrue to consumers from what they would have been willing to pay.

[93] The term “total surplus” refers to the sum of producer and consumer surplus (see Facey and Brown, at p. 256). If a producer covers its costs, including its cost of capital, by selling a unit of a product at \$20 and a consumer is willing to buy the unit for \$40, then the total surplus created by the unit is \$20. If the eventual sale price is \$30, for example, then each of producer and consumer surplus is increased by \$10 as a result of the transaction. The total surplus in the economy represents the aggregate of the total surplus created by each unit produced.

[94] The total surplus standard involves quantifying the deadweight loss which will result from a merger — “the amount by which total surplus is reduced under certain market conditions that reduce the quantity of a good that is supplied” (Facey and Brown, at pp. 256-57). Deadweight loss “results from the fall in demand for the merged entities’ products following a post-merger increase in price, and the inefficient allocation of resources that occurs when, as prices rise, consumers purchase a less suitable substitute” (*Superior Propane IV*, at para. 13). Estimates of the elasticity of demand — or the degree to which demand for a product varies with its price — are necessary to calculate the deadweight loss (Tribunal decision, at para. 244).

[95] Under the total surplus standard, equal weight is given from a welfare perspective to changes in producer and consumer surplus (Facey and Brown, at p. 257). The decrease in total surplus resulting from decreased competition is balanced against any offsetting increase in total surplus resulting from more efficient production. The focus of this method is purely on the magnitude of the total surplus: the degree to which total surplus is allocated between producers and consumers is not considered. In other words, the total surplus standard measures

consommateur représente donc les économies qui reviennent aux consommateurs par rapport à ce que ces derniers auraient été disposés à payer.

[93] Le terme « surplus total » renvoie à la somme du surplus du producteur et du surplus du consommateur (voir Facey et Brown, p. 256). Si un producteur fait ses frais, y compris le coût du capital, en vendant un produit 20 \$ et qu’un consommateur est disposé à l’acheter 40 \$, le surplus total créé par l’article est égal à 20 \$. Si le prix de vente est de 30 \$, par exemple, le surplus du producteur et le surplus du consommateur augmentent chacun de 10 \$ par suite de l’opération. Le surplus total à l’échelle de l’économie représente la somme du surplus total créé par chaque article produit.

[94] Le critère du surplus total implique une quantification de la perte sèche qui découlera d’un fusionnement — [TRADUCTION] « ce qui est retranché au surplus total dans certaines conditions du marché ayant pour effet de réduire la quantité d’un bien qui est fourni » (Facey et Brown, p. 256-257). La perte sèche « résulte de la chute de la demande des produits des entités fusionnées par suite d’une hausse de prix intervenue après le fusionnement et de l’affectation inefficace des ressources qui se produit lorsque, par suite de la hausse des prix, les consommateurs achètent un produit de substitution convenant moins bien » (*Supérieur Propane IV*, par. 13). L’estimation de l’élasticité de la demande — ou la mesure dans laquelle la demande d’un produit varie selon son prix — est nécessaire aux fins du calcul de la perte sèche (décision du Tribunal, par. 244).

[95] Suivant le critère du surplus total, une valeur égale est attribuée, du point de vue du bien-être, aux changements du surplus du producteur et du surplus du consommateur (Facey et Brown, p. 257). La réduction du surplus total qui découle d’une concurrence réduite est compensée par toute hausse du surplus total découlant de l’optimisation de la production. Cette méthode s’intéresse exclusivement à la valeur du surplus total : le rapport entre le surplus des producteurs et le surplus des consommateurs ne joue pas dans la balance. Autrement dit, le critère



only the total benefit flowing to the economy and is not concerned with to whom the benefits flow; the analysis of the relevant effects is limited to the deadweight loss (*Superior Propane IV*, at para. 16). Therefore, the total surplus standard “does not consider the effect of the wealth likely to be transferred from consumers to the shareholders of the merged entity as a result of the anti-competitive merger and the consequent increase of prices. This ‘wealth transfer’ or ‘redistributive effect’ is considered to be neutral” (*Superior Propane IV*, at para. 14). As such, under the total surplus standard approach, an anti-competitive merger will proceed when efficiency gains to producer surplus are greater than the decrease in consumer surplus.

[96] In the *Superior Propane* cases, the Tribunal and the Federal Court of Appeal recognized another methodology called the “balancing weights” approach. This approach enables Tribunal members to “use their individual judgment and discretion to evaluate whether the gains to shareholders are more or less important to society than the losses of surplus imposed on consumers by the exercise of market power” (*Superior Propane I*, at para. 431).

[97] As explained in *Superior Propane IV*, under the balancing weights approach, the Tribunal weighs the effects of the merger on consumers against the effects of the merger on the shareholders of the merged entity. The Tribunal first determines the relative weights to be assigned to producer gains and consumer losses, to equate them, or to make the wealth transfer neutral in effect. Then, the Tribunal engages in a value judgment process to conclude whether the assigned weights are reasonable in light of any disparity between the incomes of the relevant consumers and shareholders of the merged entity (*Superior Propane IV*, at para. 20).

[98] The Tribunal may also adopt a modified version of the balancing weights approach (see *Superior Propane IV*, at paras. 21 and 26). Under this modified approach, socially adverse redistribution effects, or the portion of the wealth transfer that is

du surplus total mesure uniquement le bénéfice total pour l'économie sans égard à qui en jouit; l'analyse des effets pertinents est limitée à la seule perte sèche (*Supérieur Propane IV*, par. 16). Ainsi, le critère du surplus total « ne tient pas compte de l'effet de la richesse qui sera vraisemblablement transférée des consommateurs aux actionnaires de l'entité fusionnée par suite du fusionnement anticoncurrentiel et de l'augmentation des prix en résultant. Ce “transfert de richesse” ou cet “effet de redistribution” est considéré comme neutre » (*Supérieur Propane IV*, par. 14). Ainsi donc, suivant le critère du surplus total, un fusionnement anticoncurrentiel va de l'avant lorsque les gains en efficacité associés au surplus du producteur sont supérieurs à la réduction du surplus du consommateur.

[96] Dans la série *Supérieur Propane*, le Tribunal et la Cour d'appel fédérale ont reconnu une autre méthode, celle des « coefficients pondérateurs ». Elle appelle les membres du Tribunal à « exercer leur jugement personnel et leur discrétion pour déterminer si les gains qui reviennent aux actionnaires sont plus importants (ou moins importants) pour la société que la réduction du surplus du consommateur causée par l'exercice d'une puissance commerciale » (*Supérieur Propane I*, par. 431).

[97] Ainsi qu'il est expliqué dans *Supérieur Propane IV*, suivant la méthode des coefficients pondérateurs, le Tribunal compare les effets du fusionnement sur les consommateurs et les effets du fusionnement sur les actionnaires de l'entité fusionnée. Il détermine dans un premier temps les coefficients pondérateurs à attribuer aux gains des producteurs et aux pertes des consommateurs, pour les égaliser ou pour neutraliser l'effet du transfert de richesse. Ensuite, le Tribunal doit porter un jugement de valeur pour décider si les coefficients pondérateurs attribués sont raisonnables compte tenu de la disparité entre les revenus des consommateurs touchés et des actionnaires de l'entité fusionnée (*Supérieur Propane IV*, par. 20).

[98] Le Tribunal peut aussi appliquer une méthode des coefficients pondérateurs modifiée (voir *Supérieur Propane IV*, par. 21 et 26). Suivant cette méthode modifiée, les effets de redistribution socialement défavorables, soit la portion du transfert

attributable to higher prices paid by low-income households, may be taken into account as an anti-competitive effect, while components of the wealth transfer that are not socially adverse may be treated as neutral (*Superior Propane III*, at para. 333).

[99] However, there is no mandated “correct” methodology for the s. 96 analysis (*Superior Propane II*, at paras. 139-42). The statute does not set out which standard should be used. From an economic perspective, there are arguments in favour of the total surplus standard (see M. Trebilcock et al., *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (2002), at pp. 146-51). However, that is not the issue before this Court and, for the purpose of this case, it suffices to say that *Superior Propane II* established that the Tribunal has the flexibility to make the ultimate choice of methodology in view of the particular circumstances of each merger.

[100] The Tribunal should consider all available quantitative and qualitative evidence (*Superior Propane I*, at para. 461; *Superior Propane III*, at para. 335). While quantitative aspects of a merger are those which can be measured and reduced to dollar amounts, qualitative elements of a merger, including in some cases such things as better or worse service or lower or higher quality, may not be measurable as they are dependent on individual preferences in the market (see *Superior Propane I*, at paras. 459-60). Effects that can be quantified should be quantified, even as estimates. If effects are realistically measurable, failure to at least estimate the quantification of those effects will not result in the effects being assessed on a qualitative basis (*Superior Propane III*, at para. 233; *Superior Propane IV*, at para. 35).

[101] The above principles developed in the *Superior Propane* series of cases provide the foundation for the analysis of the s. 96 efficiencies defence. These principles serve as the backdrop to the legal issues in the present case: consideration of whether specific efficiencies are valid efficiencies for the purposes of the defence and the proper approach to the balancing exercise under s. 96.

de la richesse qui est attribuable aux prix plus élevés payés par les ménages à faible revenu, peuvent être considérés comme des effets anticoncurrentiels, tandis que les éléments du transfert de la richesse qui ne sont pas socialement défavorables peuvent être considérés comme neutres (*Supérieur Propane III*, par. 333).

[99] Cependant, aucune méthode « correcte » n’est prescrite pour l’analyse qu’appelle l’art. 96 (*Supérieur Propane II*, par. 139-142). La loi ne précise pas le critère à appliquer. Certains arguments économiques militent en faveur du critère du surplus total (voir M. Trebilcock et autres, *The Law and Economics of Canadian Competition Policy* (2002), p. 146-151). Or, là n’est pas la question dont notre Cour est saisie et, pour nos fins, il suffit de dire que l’affaire *Supérieur Propane II* a permis d’établir que le Tribunal jouit de la latitude requise pour décider en bout de ligne de la méthode à la lumière des circonstances propres à chaque fusionnement.

[100] Le Tribunal devrait prendre en considération tous les éléments quantitatifs et qualitatifs à sa disposition (*Supérieur Propane I*, par. 461; *Supérieur Propane III*, par. 335). Si les aspects quantitatifs d’un fusionnement sont ceux qui peuvent être mesurés et exprimés en dollars, les éléments qualitatifs, y compris dans certains cas les facteurs comme l’amélioration ou la diminution du service ou de la qualité, peuvent ne pas être mesurables, puisqu’ils dépendent des préférences individuelles dans le marché (voir *Supérieur Propane I*, par. 459-460). Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être, ou à tout le moins être estimés. L’omission d’en donner au moins une estimation quantitative, lorsqu’il est réalistement possible de le faire, ne donnera pas lieu à une analyse qualitative de ces effets (*Supérieur Propane III*, par. 233; *Supérieur Propane IV*, par. 35).

[101] Élaborés dans la série *Supérieur Propane*, les principes qui précèdent étayent l’analyse de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l’art. 96. Ils sous-tendent les questions juridiques soulevées en l’espèce, à savoir l’admissibilité de certains gains en efficacité pour l’application de la défense et la manière de procéder à la pondération qu’appelle l’art. 96.

(4) Order Implementation Efficiencies Are Not Valid Efficiencies Under Section 96

[102] In the context of a merger, efficiencies are pro-competitive benefits. As Brian A. Facey and Cassandra Brown explain, “Economists’ conception of efficiency revolves around the benefit, value or satisfaction that accrues to society due to the actions and choices of its members” (p. 253). There are three components: (1) production efficiency, which “is achieved when output is produced using the most cost-effective combination of productive resources available under existing technology”; (2) innovation or dynamic efficiency, which “is achieved through the invention, development and diffusion of new products and production processes”; and (3) allocative efficiency, which “is achieved when the existing stock of goods and productive output is allocated throughout the price system to those buyers who value them most in terms of willingness to pay, such that ‘resources available to society are allocated to their most valuable use’” (Facey and Brown, at pp. 253-55, quoting Competition Bureau, *Merger Enforcement Guidelines* (2011), at para. 12.4).

[103] Tervita argues that the Tribunal erred in rejecting valid efficiencies from its consideration of the efficiency gains, namely those referred to by the Tribunal as OIEs. Tervita submits that all economic efficiencies, however arising, should be considered.

[104] Tervita claimed certain transportation and market expansion efficiencies which Tervita could have attained more quickly than a third party purchaser of the Babkirk site (A.F., at para. 100). As the Federal Court of Appeal explained, the *transportation* gains in efficiency are “productive gains in efficiency realized by the customers who are closer to the Babkirk site, than to Tervita’s Silverberry secure landfill. Since Tervita acquired the site allegedly to open a full-service secure landfill operation there, customers located closer to that site would achieve transportation cost savings” (para. 131).

(4) Les gains en efficacité liés à l’exécution de l’ordonnance ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96

[102] Dans le contexte d’un fusionnement, les gains en efficacité sont des avantages favorisant la concurrence. Ainsi que Brian A. Facey et Cassandra Brown l’expliquent, [TRADUCTION] « la conception qu’ont les économistes de l’efficacité tient à l’avantage, à la valeur ou à la satisfaction que tire la société des actions et des choix de ses membres » (p. 253). Elle se compose de trois éléments : (1) l’efficacité de la production, « réalisée lorsque la production de l’extrait repose sur la combinaison la plus économique de ressources productives que permet la technologie existante »; (2) l’innovation ou l’efficacité dynamique, « réalisée grâce à l’invention, à l’élaboration et à la diffusion de nouveaux produits et processus de production »; (3) l’efficacité de la répartition des ressources, « réalisée lorsque les stocks actuels de biens et d’extraits productifs sont répartis dans tout le système des prix parmi les acheteurs qui y tiennent le plus au regard de leur volonté de payer, de telle sorte que “les ressources dont dispose la société sont affectées à leur emploi le plus valable” » (Facey et Brown, p. 253-255, citant le Bureau de la concurrence, *Fusions — Lignes directrices pour l’application de la loi* (2011), par. 12.4).

[103] Tervita fait valoir que le Tribunal a exclu à tort des gains en efficacité qu’il a appelés les GÉEO. Or, selon elle, tous les gains en efficacité économiques, peu importe la manière dont ils sont réalisés, devraient être pris en considération.

[104] Tervita a fait valoir certains gains en efficacité liés au transport et à l’expansion du marché qu’elle prétendait pouvoir réaliser plus rapidement qu’un tiers acquéreur du site Babkirk (m.a., par. 100). Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a expliqué, en matière de *transport*, il s’agit « des gains de productivité réalisés par les clients qui se trouvent plus près du site Babkirk que du site d’enfouissement sécuritaire Silverberry de Tervita. Étant donné que Tervita aurait acquis le site en vue d’y ouvrir un site d’enfouissement sécuritaire à service complet, les clients situés plus près de ce site que de

Tervita asserted before the Tribunal that, had the Commissioner not intervened, it would have already been operating a secure landfill at the Babkirk site by the spring of 2012 (Tribunal decision, at para. 269). However, a third party purchaser would have been unlikely to have a secure landfill in operation before the spring of 2013. Only Tervita therefore could have enabled customers to achieve these additional transportation efficiencies for that one-year period.

[105] The *market* gains in efficiency are the result of additional hazardous waste which would be disposed at the Babkirk site secure landfill: “Since there are significant costs and risks associated with transporting such waste over long distances to the Silverberry secure landfill, a site requiring a shorter transportation route (such as the Babkirk site) would attract more hazardous waste than would otherwise have been disposed of at Silverberry . . .” (F.C.A. decision, at para. 132). As with the transportation gains in efficiency, Tervita would have been able to achieve the market gains one year earlier than a third party purchaser — from the spring of 2012 to the spring of 2013.

[106] The Tribunal held that these one-year transportation and market efficiency gains were a result of the time associated with the implementation of its divestiture order, including the time required to effect the actual sale of the shares or assets of Babkirk (estimated to take at least six months including the due diligence process), to modify or prepare an operations plan for the landfill, for the B.C. Ministry of the Environment (“MOE”) to approve the operations plan, and for the purchaser to construct the landfill, which can only be undertaken between June and September (para. 269). As such, the Tribunal held that the OIEs were not cognizable efficiencies under the Act (paras. 269-70).

l’autre auraient réalisé des économies au chapitre du transport » (par. 131). Tervita a affirmé devant le Tribunal que, n’eût été l’intervention de la commissaire, elle aurait exploité un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk dès le printemps 2012 (décision du Tribunal, par. 269). En revanche, un tiers acquéreur n’y serait probablement pas arrivé avant le printemps 2013. Seule Tervita aurait donc pu permettre aux clients de réaliser ces gains en efficacité supplémentaires liés au transport durant la période d’un an.

[105] Les gains en efficacité liés à l’expansion du *marché* résultent de quantités accrues de déchets dangereux éliminés au site d’enfouissement sécuritaire Babkirk : « Étant donné les coûts et les risques considérables associés au transport de ce type de déchets sur un trajet aussi long que celui qui mène au site d’enfouissement sécuritaire Silverberry, un site moins éloigné (comme le site Babkirk) aurait l’avantage de réduire le trajet et d’attirer ainsi davantage de déchets dangereux que ne le ferait le seul site Silverberry . . . » (décision de la C.A.F., par. 132). Comme pour ce qui est des gains en efficacité liés au transport, Tervita aurait été en mesure de réaliser des gains liés à l’expansion du marché un an plus tôt qu’un tiers acquéreur, c’est-à-dire du printemps 2012 au printemps 2013.

[106] Le Tribunal a conclu que ces gains en efficacité d’un an relatifs au transport et à l’expansion du marché étaient liés au délai d’exécution de son ordonnance de dessaisissement, dont le temps nécessaire pour conclure la vente effective des actions ou des éléments d’actif de Babkirk (selon les estimations, cela devait prendre au moins six mois, en comptant les mesures de vérification), pour dresser le plan d’exploitation du site d’enfouissement ou le modifier, pour que le ministère de l’Environnement de la Colombie-Britannique (« ME ») approuve le plan d’exploitation et pour que l’acquéreur construise le site d’enfouissement, ce qui n’est possible qu’entre juin et septembre (par. 269). Ainsi, le Tribunal a conclu que les GÉEO n’étaient pas admissibles pour l’application de la Loi (par. 269-270).

[107] A distinction should be drawn between efficiencies claimed because a merging party would be able to bring those efficiencies into being faster than would be the case but for the merger (what could be called “early-mover” efficiencies), and efficiencies that a merging party could realize sooner than a competitor only because the competitor would be delayed in implementing those efficiencies because of legal proceedings associated with a divestiture order (what the Tribunal identified as OIEs). While, as will be discussed, OIEs are not cognizable efficiencies under s. 96, early-mover efficiencies are real economic efficiencies that are caused by the merger, and not by delays associated with legal proceedings; were it not for the merger, the economy would not gain the benefit of those efficiencies that would have accrued in the time period between the merger and the actions of a future competitor.

[108] Though the Tribunal held that the one-year efficiencies claimed by Tervita were OIEs, the Tribunal’s reasons also appear to suggest that those efficiencies could have been classified as early-mover efficiencies. The Tribunal noted that Tervita would have been prepared to operate the Babkirk site as a secure landfill by the summer of 2012 (para. 269), and also found that, under its “but for” analysis in which the merger would not have occurred, the site would not have been operated as a secure landfill accepting significant quantities of waste until the spring of 2013 (para. 207). Thus, it would appear that any transportation and market expansion efficiencies arising from the operation of the Babkirk site as a secure landfill from 2012 to 2013 under Tervita’s plans could have arisen not due to delays caused by legal proceedings, but by Tervita’s ability to bring the site into operation sooner than a potential competitor.

[109] The Tribunal’s reasons appear inconsistent on whether the facts as found by the Tribunal would properly support the classification of the one-year efficiencies at issue as early-mover efficiencies or as OIEs. However, as will be discussed below, the classification of these efficiencies in this case would

[107] Il y a lieu de distinguer entre les gains en efficience qu’une partie au fusionnement prétend être en mesure de réaliser plus rapidement qu’en l’absence du fusionnement (ce que l’on pourrait appeler les gains en efficience « du premier arrivé ») et les gains en efficience qu’une partie au fusionnement pourrait réaliser plus tôt qu’un concurrent pour la seule raison que ce dernier devrait attendre la fin de la procédure de dessaisissement (ce que le Tribunal a appelé les GEEO). Si, comme nous le verrons, les GEEO ne sont pas admissibles pour l’application de l’art. 96, les gains en efficience du premier arrivé constituent en revanche des gains en efficience économiques qui résultent véritablement du fusionnement, et non pas du délai d’exécution associé à une instance judiciaire. N’eût été le fusionnement, l’économie n’aurait tiré aucun profit de ces gains en efficience qui auraient été réalisés entre la date du fusionnement et celle des actions d’un concurrent futur.

[108] S’il a qualifié de GEEO les gains en efficience que Tervita a prétendu pouvoir réaliser durant la période d’un an, le Tribunal laisse toutefois entendre qu’il aurait pu s’agir de gains en efficience du premier arrivé. Selon lui, Tervita aurait été prête à exploiter un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk à l’été 2012 (par. 269). En outre, suivant son analyse axée sur l’absence hypothétique — où il n’y a pas de fusionnement —, le site d’enfouissement sécuritaire n’aurait pas été prêt à accepter des quantités importantes de déchets avant le printemps 2013 (par. 207). Il semblerait donc que les gains en efficience liés au transport et à l’expansion du marché susceptibles de découler de l’exploitation d’un site d’enfouissement sécuritaire au site Babkirk de 2012 à 2013 selon les plans de Tervita auraient pu être attribuables non pas aux délais associés à une instance judiciaire, mais à la capacité de Tervita d’exploiter le site plus rapidement qu’un concurrent éventuel.

[109] Les motifs du Tribunal semblent indécis quant à savoir si les faits tels qu’il les a admis permettent d’assimiler les gains en efficience réalisables pendant la période d’un an à des gains du premier arrivé ou à des GEEO. Cependant, comme nous le verrons, la classification de ces gains dans

not be dispositive because the efficiencies were not ultimately realized by Tervita. Nevertheless, in light of the importance of the issue of whether OIEs should be cognizable in future cases, I turn now to an examination of that issue.

[110] In Tervita's submission, OIEs must be considered because s. 96 affords paramountcy to the statutory objective of economic efficiency such that all efficiencies, however arising, must be considered. I am unable to agree with Tervita on this point.

[111] Section 96 does give primacy to economic efficiency. However, s. 96 is not without limitation.

[112] For ease of reference, I produce s. 96(1) here:

**96.** (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

[113] In order for a party to gain the benefit of the s. 96 defence, the Tribunal must be satisfied that the merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency. The Tribunal must also find that the gains in efficiency would not likely be attained if a s. 92 order were made. In addition, and despite the paramountcy given to economic efficiencies in s. 96, s. 96(3) prohibits the Tribunal from considering a "redistribution of income between two or more persons" as an offsetting efficiency gain. The limitation in s. 96(3) demonstrates that Parliament does not intend for all efficiency gains, however arising, to be taken into account under s. 96.

le présent pourvoi ne serait pas déterminante, puisque Tervita ne les a pas réalisés. Néanmoins, étant donné qu'il importe de savoir si les GEEEO devraient être admissibles à l'avenir, j'examine maintenant cette question.

[110] De l'avis de Tervita, les GEEEO doivent être pris en considération au motif que l'art. 96 attribue une importance primordiale à l'objet de la loi qu'est l'efficacité de l'économie, de telle sorte que tous les gains en efficacité, quelle qu'en soit la source, doivent être pris en considération. Je ne partage malheureusement pas cet avis.

[111] L'article 96 accorde effectivement la primauté à l'efficacité de l'économie, mais il n'est pas dépourvu de limites.

[112] Par souci de commodité, je reproduis le par. 96(1) :

**96.** (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

[113] Pour qu'une partie bénéficie de la défense prévue à l'art. 96, le Tribunal doit être convaincu que le fusionnement, réalisé ou proposé, a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité et il doit également conclure que les gains en efficacité ne seraient vraisemblablement pas réalisés s'il rendait l'ordonnance prévue à l'art. 92. En outre, le par. 96(3) interdit au Tribunal, nonobstant la primauté accordée à l'efficacité économique à cet article, de considérer la « redistribution de revenu entre plusieurs personnes » comme un gain en efficacité neutralisant. Cette limite démontre que le législateur ne souhaite pas que tous les gains en efficacité, quelle qu'en soit la source, soient pris en considération pour l'application de l'art. 96.

[114] The transportation and market efficiencies at issue in this case are efficiency gains resulting from the operation of a secure landfill facility at a location closer to some customers. However, subject to the above discussion as to the proper classification of these efficiencies in this case, the OIEs specifically are efficiency gains resulting not from the merger itself, but from the implementation time associated with a divestiture order (F.C.A. decision, at para. 135). Put simply, if these efficiencies are properly classified as OIEs, they would be achieved by Tervita, and not by a third party, only by virtue of Tervita being in operation one year earlier than a third party purchaser following a divestiture order, and only because of the time that it would take for the Tribunal's order to be implemented.

[115] Efficiencies that are the result of the regulatory processes of the Act are not cognizable efficiencies under s. 96. The OIEs result from the operation and application of the legal framework regulating competition law in Canada. The provision states that the *merger or proposed merger* must bring about or be likely to bring about gains in efficiency. The OIEs are efficiencies which are not attributable to the merger. They are attributable to the time associated with the implementation of the divestiture order.

[116] Finally, regardless of whether the efficiencies are classified as early-mover efficiencies or OIEs, and as the Federal Court of Appeal explained, the efficiencies were nevertheless not realized in this case because Tervita did not actually construct and operate a landfill at the Babkirk site before the merger review, or indeed before the date of the Tribunal's order. Tervita argues that this reasoning does not withstand scrutiny. In this case, Tervita undertook to preserve and maintain all provincial MOE approvals, permits and authorizations for the establishment and operation of a proposed secure landfill at the Babkirk site pending the proceedings before the Tribunal. Tervita argues that, as a result of this "hold separate undertaking", it could not have constructed its planned secure landfill. Again, I cannot agree.

[114] Les gains en efficacité liés au transport et à l'expansion du marché qui sont en cause dans la présente affaire découlent de la situation géographique du site d'enfouissement sécuritaire, qui se trouve plus près de certains clients. Cependant, sous réserve de ce qui précède sur la bonne catégorisation des gains dans la présente affaire, les GÉEO découlent non pas du fusionnement même, mais du délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement (décision de la C.A.F., par. 135). Bref, si ces gains en efficacité étaient bel et bien des GÉEO, ils seraient réalisés par Tervita, et non par un tiers, du seul fait qu'elle exploiterait l'installation un an plus tôt qu'un tiers l'ayant acquise à la suite de l'ordonnance de dessaisissement, et uniquement à cause du délai d'exécution de cette dernière.

[115] Les gains en efficacité qui résultent de l'application de la Loi ne peuvent être pris en compte au titre de l'art. 96. Les GÉEO découlent de l'exécution et de l'application du cadre qui réglemente le droit de la concurrence au Canada. Aux termes de la disposition, c'est le *fusionnement réalisé ou proposé* qui doit avoir eu ou qui aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité. Les GÉEO ne constituent pas des gains en efficacité attribuables au fusionnement, ils sont attribuables au délai d'exécution de l'ordonnance de dessaisissement.

[116] Enfin, peu importe qu'il s'agisse de gains en efficacité du premier arrivé ou de GÉEO. En effet, comme l'explique la Cour d'appel fédérale, aucun gain en efficacité n'a été réalisé en l'espèce parce que Tervita n'a pas construit ni exploité un site d'enfouissement au site Babkirk avant l'examen du fusionnement ou même avant la date de l'ordonnance du Tribunal. Tervita soutient que ce raisonnement ne résiste pas à l'analyse. Dans la présente affaire, Tervita a conservé toutes les approbations et autorisations ainsi que tous les permis qu'elle avait obtenus du ME de la province en vue de l'aménagement et de l'exploitation d'un site d'enfouissement sécuritaire proposé au site Babkirk en attendant l'issue de l'instance devant le Tribunal. Elle fait valoir qu'elle n'avait pu construire le site d'enfouissement sécuritaire en raison de l'entente de séparation d'actifs. Encore une fois, je ne suis pas d'accord.

[117] “Hold separate” orders are typically issued to prevent the intermingling of assets or businesses that would otherwise occur through the merger (B. A. Facey, G. Hilton-Sullivan and M. Graham, “The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review” (2010), 6 *C.L.I.* 28, at p. 33). These orders aim at avoiding the difficulties that would arise in attempting to “unscramble the egg” if an order was issued after a merger proceeded in full. In this case, the hold separate undertaking was not the typical “unscramble the egg” undertaking concerned with the intermingling of assets.

[118] The evidence in this case does not support Tervita’s claim that the undertaking prevented it from operating the landfill. The undertaking merely required Tervita to preserve and maintain the necessary provincial environmental approvals for establishing and operating the proposed secure landfill at the Babkirk site. The evidence before the Tribunal was that Tervita wanted to increase the capacity of the secure landfill and doing so would require an amendment to the approval for the site — a process Tervita understood to be contrary to the undertaking. However, nothing prevented Tervita from establishing and operating the landfill at the capacity allowed for under the existing approval.

[119] The evidence is that Tervita had not taken the steps to commence operating the landfill. Even assuming no divestiture order were made, Tervita would not have been in a position to begin operating the secure landfill at the conclusion of the proceedings.

[120] For these reasons, both the Tribunal and the Federal Court of Appeal were correct that the OIEs are not cognizable efficiencies under s. 96 (see Tribunal decision, at para. 270; F.C.A. decision, at para. 135).

(5) The Balancing Test Under Section 96

[121] Tervita argues that the Federal Court of Appeal took an overly subjective approach to the offset analysis under s. 96. This argument is based on

[117] La séparation d’actifs est généralement ordonnée pour empêcher la réunion des éléments d’actif ou des affaires qui résulterait autrement du fusionnement (B. A. Facey, G. Hilton-Sullivan et M. Graham, « The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada’s New Approach to Merger Review » (2010), 6 *C.L.I.* 28, p. 33). Ce type d’ordonnance vise à empêcher que l’on ait à « démêler l’écheveau » après le fusionnement complet si le Tribunal ordonnait le dessaisissement. En l’espèce, l’entente de séparation d’actifs ne se rapportait pas à l’objet habituel, à savoir empêcher l’écheveau de s’embrouiller sur le plan des éléments d’actif.

[118] La preuve dans le présent pourvoi n’appuie pas la prétention de Tervita selon laquelle l’entente l’empêchait d’exploiter le site d’enfouissement. L’entente l’obligeait simplement à conserver les approbations environnementales provinciales nécessaires pour l’aménagement et l’exploitation du site d’enfouissement sécuritaire proposé au site Babkirk. Selon la preuve produite devant le Tribunal, Tervita souhaitait accroître la capacité du site d’enfouissement sécuritaire, ce qui nécessitait une modification de l’approbation visant le site — un processus qui, d’après ce que Tervita croyait comprendre, était contraire à l’entente. Or, rien n’empêchait Tervita d’aménager et d’exploiter le site d’enfouissement selon la capacité autorisée dans l’approbation qui lui avait été délivrée.

[119] La preuve révèle que Tervita n’a pris aucune mesure pour commencer à exploiter le site d’enfouissement. Même à supposer qu’aucune ordonnance de dessaisissement n’ait été prononcée, elle n’aurait pu exploiter le site d’enfouissement sécuritaire dès l’issue de l’instance.

[120] Pour ces motifs, le Tribunal et la Cour d’appel fédérale ont tous deux conclu à juste titre que les GEEOs ne peuvent être pris en considération pour l’application de l’art. 96 (voir décision du Tribunal, par. 270; décision de la C.A.F., par. 135).

(5) Pondération qu’exige l’art. 96

[121] Tervita soutient que la Cour d’appel fédérale a adopté une perspective excessivement subjective à l’égard de l’analyse de l’effet neutralisant



the Commissioner's failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects — specifically, the failure to quantify the deadweight loss. This raises the specific questions of what content there is to the Commissioner's burden under s. 96 and what consequences flow from a failure to meet the burden. More generally, Tervita's argument requires consideration of the overall balancing approach under s. 96.

(a) *The Commissioner's Burden*

[122] As explained above, the *Superior Propane* series established that the Commissioner has the burden under s. 96 to prove the anti-competitive effects. The merging parties bear the onus of establishing all other elements of the defence, including the extent of the efficiency gains and whether the gains are greater than and offset the anti-competitive effects (see *Superior Propane I*, at paras. 399 and 403; *Superior Propane II*, at para. 154; and *Superior Propane IV*, at para. 64). The parties do not take issue with this allocation of onus.

(i) The Content of the Commissioner's Burden

[123] Tervita argues that the Commissioner's onus is to quantify all anti-competitive effects which can be quantified. In this case, the Commissioner did not do so.

[124] The Commissioner argues that quantification is not a legal prerequisite to considering anti-competitive effects (R.F., at paras. 84 and 88). On the contrary, the Commissioner's legal burden is to quantify the quantifiable anti-competitive effects upon which reliance is placed. Where effects are measurable, they must be estimated. Effects will only be considered qualitatively if they cannot be quantitatively estimated. A failure to quantify quantifiable effects will not result in such effects being considered qualitatively (*Superior Propane IV*, at para. 35). This approach minimizes the degree of subjective judgment necessary in the analysis and enables the Tribunal to make the most objective assessment possible in the circumstances (*Superior Propane IV*, at para. 38). An approach that would

qu'appelle l'art. 96. Son argument repose sur l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables, tout particulièrement la perte sèche, et soulève le fardeau que l'art. 96 impose à la commissaire et les conséquences du défaut de s'en acquitter. Plus généralement, l'argument de Tervita nous invite à examiner la méthode de pondération globale qu'exige l'art. 96.

a) *Fardeau de la commissaire*

[122] Comme nous l'avons vu, la série *Supérieur Propane* a établi que la commissaire a le fardeau, aux termes de l'art. 96, de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels. En revanche, il incombe aux parties au fusionnement d'établir les autres éléments de la défense, y compris la valeur des gains en efficacité et si ceux-ci surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels (voir *Supérieur Propane I*, par. 399 et 403; *Supérieur Propane II*, par. 154; et *Supérieur Propane IV*, par. 64). Les parties ne contestent pas cette répartition du fardeau de la preuve.

(i) Teneur du fardeau de la commissaire

[123] Tervita soutient qu'il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anticoncurrentiels qui peuvent l'être. Or, dans la présente affaire, la commissaire ne s'est pas acquittée de ce fardeau.

[124] La commissaire fait valoir que la quantification n'est pas une condition préalable en droit à l'examen des effets anticoncurrentiels (m.i., par. 84 et 88). Au contraire, elle est tenue en droit de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables qui serviront de fondement à la décision. Dans les cas où les effets peuvent être mesurés, ils doivent être estimés. Seuls les effets ne pouvant être estimés sur le plan quantitatif seront pris en considération sur le plan qualitatif. L'absence de mesure des effets quantifiables ne saurait se traduire par l'attribution d'une valeur qualitative (*Supérieur Propane IV*, par. 35). Cette méthode réduit au minimum le jugement subjectif nécessaire dans l'analyse et permet au Tribunal d'effectuer l'évaluation la plus objective possible dans les circonstances (*Supérieur Propane IV*,

permit the Commissioner to meet her burden without at least establishing estimates of the quantifiable anti-competitive effects fails to provide the merging parties with the information they need to know the case they have to meet.

[125] The Commissioner's burden is to quantify by estimation all quantifiable anti-competitive effects. Estimates are acceptable as the analysis is forward-looking and looks to anti-competitive effects that will or are likely to result from the merger. The Tribunal accepts estimates because calculations of anti-competitive effects for the purposes of s. 96 do not have the precision of history. However, to meet her burden, the Commissioner must ground the estimates in evidence that can be challenged and weighed. Qualitative anti-competitive effects, including lessening of service or quality reduction, are only assessed on a subjective basis because this analysis involves a weighing of considerations that cannot be quantified because they have no common unit of measure (that is, they are "incommensurable"). Due to the uncertainty inherent in economic prediction, the analysis must be as analytically rigorous as possible in order to enable the Tribunal to rely on a forward-looking approach to make a finding on a balance of probabilities.

[126] In this case, the Commissioner did not quantify quantifiable anti-competitive effects and therefore failed to meet her burden under s. 96.

(ii) What Consequences Flow From a Failure to Meet the Burden?

[127] The question concerns the legal implications of a failure by the Commissioner to quantify quantifiable anti-competitive effects. The Federal Court of Appeal recognized that "[a] quantitative effect which has not in fact been quantified should not be considered as a qualitative effect" (para. 158) but went on to hold that the non-quantified deadweight loss should be assigned a weight of "undetermined" (paras. 130 and 167).

par. 38). Une approche selon laquelle la commissaire pourrait s'acquitter de son obligation sans avoir donné au moins une estimation des effets anticoncurrentiels quantifiables ne permettrait pas aux parties au fusionnement de connaître la preuve qui leur est opposée.

[125] Le fardeau de la commissaire consiste à quantifier au moyen d'estimations tous les effets anticoncurrentiels quantifiables. Les estimations sont acceptables, car l'analyse est prospective et s'intéresse aux effets anticoncurrentiels qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement. En outre, le calcul des effets anticoncurrentiels qu'exige l'art. 96 n'a pas la précision avec laquelle on peut examiner un fait survenu. Toutefois, pour s'acquitter de son fardeau, la commissaire doit fonder ses estimations sur une preuve qui peut être attaquée et soupesée. Les effets anticoncurrentiels qualitatifs, dont la diminution du service ou de la qualité, ne sont appréciés que sur un fondement subjectif, car une telle analyse fait appel à l'examen de considérations qui ne peuvent être quantifiées parce qu'elles n'ont aucune commune unité de mesure (à savoir elles sont « incommensurables »). En raison de l'incertitude inhérente aux prédictions économiques, l'analyse doit être aussi rigoureuse que possible du point de vue analytique afin de permettre au Tribunal de tirer une conclusion prospective selon la prépondérance des probabilités.

[126] Dans le présent pourvoi, la commissaire n'a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables et, partant, elle ne s'est pas acquittée du fardeau que lui impose l'art. 96.

(ii) Quelles sont les conséquences de l'omission de s'acquitter du fardeau?

[127] La question touche aux conséquences juridiques de l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables. La Cour d'appel fédérale a reconnu qu'un « effet quantitatif qui n'a pas été en réalité quantifié ne devrait pas être considéré comme un effet qualitatif » (par. 158), mais elle a ensuite conclu qu'il y a lieu de donner une valeur « indéterminée » à la perte sèche non quantifiée (par. 130).

[128] With respect, I cannot agree. As explained above, the Commissioner's burden is to quantify all quantifiable anti-competitive effects. The failure to do so is a failure to meet this legal burden and, as a result, the quantifiable anti-competitive effects should be fixed at zero. Quite simply, where the burden is not met, there are no proven quantifiable anti-competitive effects.

[129] As Tervita submits, this approach is consistent with that in civil proceedings where a party has failed to discharge its burden of proof with respect to loss (see S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at paras. 10.10 to 10.30). In addition, setting the effects at zero where the Commissioner has failed to meet her legal burden is consistent with taking an approach to the balancing analysis that is objectively reasonable. In setting the weight at undetermined, the Federal Court of Appeal allowed for subjective judgment to overtake the analysis. Undetermined effects were weighed against the proven overhead gains in efficiency, which were described by the court as "marginal" and "insignificant" (para. 174). Nonetheless, it is not clear how the Federal Court of Appeal — or any court — could weigh undetermined effects.

[130] The jurisprudence has consistently recognized the importance of an objective approach to the balancing analysis (see *Superior Propane IV*, at para. 38). As the Federal Court of Appeal recognized in this case:

Objective determinations are better suited for ensuring predictability in the application of the *Competition Act* and avoiding arbitrary decisions. Predictability is particularly important in merger reviews since most merger transactions are reviewed only by the Commissioner and rarely reach the Tribunal. A methodology which favours objective determinations whenever possible allows the parties to merger transactions and the Commissioner to more readily predict the impacts of a merger, discourages the use of arbitrary judgment in the process, and reduces overall uncertainty in the Canadian business community. [para. 152]

[128] Je ne puis malheureusement me rallier à cette opinion. Comme nous l'avons vu, il incombe à la commissaire de quantifier tous les effets anti-concurrentiels quantifiables. Une omission à cet égard est une omission en droit, de sorte que les effets anticoncurrentiels quantifiables doivent alors être jugés nuls. En termes très simples, dans les cas où ce fardeau n'est pas acquitté, aucun effet anti-concurrentiel quantifiable n'est prouvé.

[129] Ainsi que Tervita le fait valoir, une telle démarche est compatible avec celle qui vaut dans une instance civile où une partie ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombe au chapitre des pertes (voir S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5<sup>e</sup> éd. 2012), par. 10.10 à 10.30). De plus, indiquer des effets nuls dans le cas où la commissaire ne s'est pas acquittée de son fardeau en droit vaut, à l'égard de l'exercice de pondération, une démarche qui est objectivement raisonnable. En concluant à une valeur indéterminée, la Cour d'appel fédérale a permis qu'un jugement subjectif dicte l'analyse. Les effets indéterminés ont été comparés aux gains en efficacité liés à la baisse des coûts indirects qui ont été établis, et que la cour a qualifiés de « secondaires » et « négligeables » (par. 174). Or, comment la Cour d'appel fédérale — ou n'importe quelle cour — pourrait-elle soupeser des effets indéterminés?

[130] La jurisprudence a, dans tous les cas, reconnu l'importance d'une démarche objective dans la pondération (voir *Supérieur Propane IV*, par. 38). Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a reconnu dans la présente affaire :

L'appréciation objective favorise davantage la prévisibilité lorsqu'il s'agit d'appliquer la *Loi sur la concurrence* et d'éviter des décisions arbitraires. La prévisibilité revêt une importance particulière dans le cas de l'examen des fusionnements, étant donné que la plupart des fusionnements ne sont examinés que par le commissaire et qu'ils sont rarement soumis à l'examen du Tribunal. Une méthodologie qui favorise une appréciation objective dans tous les cas possibles permet aux parties à une opération de fusionnement et au commissaire de prédire plus aisément les répercussions d'un fusionnement, en plus de dissuader les jugements arbitraires et de diminuer l'incertitude générale dans le monde canadien des affaires. [par. 152]

I agree with these reasons for favouring an objective approach. Although the Federal Court of Appeal recognized the importance of an objective analysis, in assigning the quantifiable but non-quantified effects a weight of “undetermined”, its analysis did not meet the necessary objective standard.

[131] The Federal Court of Appeal’s “undetermined” approach also raises concerns of fairness to the merging parties. The court recognized that a “proper interpretation of section 96 of the *Competition Act* requires that the [merging parties] must still demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects” (para. 167). The difficulty with assigning non-quantified quantifiable effects a weight of “undetermined” is that it places the merging parties in the impossible position of having to demonstrate that the efficiency gains exceed and offset an amount that is undetermined. Under this approach, to prove the remaining elements of the defence on a balance of probabilities becomes an unfair exercise as the merging parties do not know the case they have to meet.

[132] The Commissioner argues that, although the anti-competitive effects in this case were not quantified, they could be inferred as a result of the Tribunal’s finding that competition from the Babkirk site would have led to an average price decrease of at least 10 percent (Tribunal decision, at para. 297; R.F., at paras. 89-91). However, the 10 percent amount is not enough to calculate the dead-weight loss as the Commissioner did not establish the price elasticity of demand. The proven facts demonstrated the size of the Contestable Area and the potential tonnes of waste per year. Without a calculation of the actual loss, all that is known is that there was a certain amount of potential waste subject to the effect of the elasticity. In other words, the 10 percent calculation is not enough to determine the extent of any anti-competitive effect. As the Federal Court of Appeal noted:

Je souscris à ces motifs, car ils favorisent une démarche objective. Si la Cour d’appel fédérale a reconnu l’importance d’une analyse objective, en donnant une valeur « indéterminée » aux effets quantifiables non quantifiés, elle n’a pas respecté la norme d’objectivité applicable.

[131] La démarche de la Cour d’appel fédérale, qui a attribué une valeur « indéterminée », soulève aussi des questions d’équité à l’égard des parties au fusionnement. La cour a reconnu que, pour « bien interpréter l’article 96 de la *Loi sur la concurrence*, il faut que [les parties au fusionnement] démontre[nt], selon la prépondérance des probabilités, que les gains en efficience neutralisent les effets anticoncurrentiels » (par. 167). En accordant une valeur « indéterminée » à des effets quantifiables, mais non quantifiés, on met les parties au fusionnement dans une situation insoutenable : démontrer que les gains en efficience surpassent et neutralisent une somme indéterminée. Ainsi, prouver les autres éléments de la défense selon la prépondérance des probabilités devient un exercice inéquitable, car les parties au fusionnement ignorent la preuve qui leur est opposée.

[132] La commissaire fait valoir que, bien que les effets anticoncurrentiels dans la présente affaire n’aient pas été quantifiés, ils pourraient être inférés de la conclusion du Tribunal selon laquelle la concurrence du site Babkirk aurait mené à une baisse moyenne du prix d’au moins 10 p. 100 (décision du Tribunal, par. 297; m.i., par. 89-91). Toutefois, ce pourcentage ne permet pas de calculer la perte sèche étant donné que la commissaire n’a pas établi l’élasticité de la demande par rapport au prix. Les faits prouvés ont démontré la taille de la zone contestable et les déchets susceptibles d’être produits par année. Sans un calcul de la perte véritable, tout ce que l’on sait, c’est qu’une certaine quantité de déchets potentiels était soumise à l’effet de l’élasticité. Autrement dit, le calcul ayant donné pour résultat 10 p. 100 n’est pas suffisant pour déterminer la mesure des effets anticoncurrentiels, si tant est qu’il y en ait. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a signalé :

In this case, the Tribunal itself found that estimates of market elasticity [the change over the market as a whole] and the merged entity's own-price elasticity of demand [the degree to which demand is effected by a change in price by the merged entity] are necessary in order to calculate the "deadweight loss". The Tribunal also recognized that a range of plausible elasticities are required in order to understand the sensitivity of the Commissioner's estimates. Without those estimates, the "deadweight loss" could not be properly calculated by the Commissioner, and Tervita could not adequately challenge the calculations. [Emphasis deleted; para. 124.]

[133] In his reply expert report, the Commissioner's expert did submit estimates of potential market expansion. However, these estimates were based on Tervita's expert's calculations of Tervita's claimed market expansion efficiencies, which were themselves based on unsupported assumptions. As Tervita's expert testified before the Tribunal, these calculations could not be used to calculate the deadweight loss in the absence of an adequate market demand elasticity study. In response to questioning from the Tribunal, Tervita's expert testified that it is not possible to calculate the deadweight loss without customer-specific elasticity or market elasticity numbers: "You need the shape of the demand curve to figure out dead weight loss" (testimony of Dr. Kahwaty, F.C.A. decision, at para. 125).

[134] Without estimates of elasticity, the "deadweight loss" could not be properly calculated by the Commissioner, and Tervita could not adequately challenge the calculations (F.C.A. decision, at para. 124). Indeed, the proven facts serve to demonstrate that the anti-competitive effects might well have been estimated, but were not estimated due to the absence of the critical component of elasticity measure. An inference based on the 10 percent finding and the unknown potential elasticity is not a substitution for quantification.

[135] The Commissioner submits in the alternative that the Tribunal did not breach procedural fairness in relying upon the rough estimate of the Commissioner's expert of the deadweight loss flowing from

Dans ce cas, le Tribunal a lui-même estimé que, pour calculer la « perte sèche », il était nécessaire de disposer d'estimations de l'élasticité du marché [le changement subi par le marché dans son ensemble] et des données d'élasticité de la demande par rapport au prix établi par l'entité fusionnée [la mesure dans laquelle la demande varie par suite de la modification des prix par l'entité fusionnée]. Le Tribunal a également reconnu qu'il fallait disposer d'une gamme d'élasticités plausibles pour comprendre la sensibilité des estimations de la commissaire. Sans ces estimations, la commissaire ne pouvait calculer convenablement la « perte sèche » et Tervita ne pouvait contester adéquatement les calculs. [Soulignement omis; par. 124.]

[133] Dans son rapport produit en réplique, l'expert de la commissaire a bien présenté des estimations relatives à l'expansion possible du marché. Or, ces estimations reposaient sur les calculs, par l'expert de Tervita, des gains en efficience liés à l'expansion du marché, invoqués par cette dernière, qui reposaient eux-mêmes sur des hypothèses non étayées. Ainsi que l'expert de Tervita l'a déclaré devant le Tribunal, ces calculs ne pouvaient servir à évaluer la perte sèche sans une véritable analyse de l'élasticité de la demande dans le marché. Répondant à une question du Tribunal, l'expert de Tervita a dit qu'il était impossible de calculer la perte sèche sans données sur l'élasticité du marché ou l'élasticité qui se rapporte aux consommateurs : « Pour déterminer la perte sèche, il faut tracer la courbe de demande » (témoignage de M. Kahwaty, décision de la C.A.F., par. 125).

[134] Sans une estimation de l'élasticité, la commissaire ne pouvait calculer convenablement la « perte sèche », et Tervita ne pouvait contester adéquatement les calculs (décision de la C.A.F., par. 124). Effectivement, les faits prouvés démontrent que les effets anticoncurrentiels auraient pu être estimés, mais ne l'ont pas été, vu l'absence de la mesure de l'élasticité, qui est essentielle. L'inférence reposant sur la baisse des prix de 10 p. 100 et sur une élasticité potentielle inconnue ne saurait se substituer à une quantification.

[135] La commissaire soutient à titre subsidiaire que le Tribunal n'a pas manqué à l'équité procédurale en admettant l'estimation approximative faite par son expert de la perte sèche découlant d'une baisse

the 10 percent price reduction (R.F., at para. 107). I cannot agree. As the Federal Court of Appeal found, the Commissioner's failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects combined with the Tribunal's decision to allow the Commissioner to discharge her burden through a reply expert report setting out the rough estimate resulted in prejudice to Tervita. Tervita was unable to adequately challenge the Commissioner's calculations due to the failure to quantify the anti-competitive effects and as a result of the insufficient time for Tervita to formally respond to the reply expert report (see F.C.A. decision, at paras. 121-30).

[136] While the Commissioner has the burden to prove the anti-competitive effects, the merging parties bear the onus of proving the remaining elements of the defence. To allow for these kinds of procedural deficiencies would be to leave the merging parties in an untenable position where they are expected to prove that efficiencies are greater than and offset the anti-competitive effects, despite not knowing what those effects are. I cannot accept the Commissioner's arguments that there was no unfairness in this case because the calculation was "not complex" or because Tervita's expert had the opportunity to respond "briefly in direct examination", in cross-examination and on questioning from the Tribunal (R.F., at para. 108). The reply expert report was only made available to Tervita two weeks before the Tribunal's hearing (Tribunal decision, at para. 235). As the Tribunal noted: "By then, the Tribunal's Scheduling Order did not permit [Tervita] to bring a motion or file a further expert report. In addition . . . there was insufficient time before the hearing to permit [Tervita] to move to strike [the Commissioner's expert] report or to seek leave to file a further report in response . . ." (*ibid.*). The Tribunal found that the procedural deficiencies meant that Tervita could not prepare a proper response to the case presented by the Commissioner and that Tervita could not effectively challenge the Commissioner's evidence.

des prix de 10 p. 100 (m.i., par. 107). Je ne suis pas d'accord. Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a conclu, l'omission par la commissaire de quantifier les effets anticoncurrentiels quantifiables et la décision du Tribunal de permettre à la commissaire de s'acquitter de son fardeau en produisant en réplique un rapport d'expert énonçant une estimation approximative ont porté préjudice à Tervita. Cette dernière a été incapable de contester les calculs de la commissaire, car d'une part celle-ci n'avait pas quantifié les effets anticoncurrentiels et d'autre part Tervita a manqué de temps pour répondre en bonne et due forme au rapport de l'expert produit en réplique (voir décision de la C.A.F., par. 121-130).

[136] Si la commissaire est tenue de prouver les effets anticoncurrentiels, les parties au fusionnement assument quant à elles la charge de prouver les autres éléments de la défense. Permettre ce genre de lacunes en matière procédurale placerait les parties au fusionnement dans la situation insoutenable où elles doivent prouver que les gains en efficacité surpassent et neutralisent les effets anticoncurrentiels sans connaître la valeur de ces derniers. Je ne peux retenir les arguments de la commissaire selon lesquels il n'y a eu aucune injustice dans la présente instance, au motif que le calcul n'était [TRADUCTION] « pas complexe » ou que l'expert de Tervita avait eu l'occasion de répondre « brièvement lors de l'interrogatoire principal », en contre-interrogatoire et en réponse aux questions du Tribunal (m.i., par. 108). Tervita n'a obtenu le rapport d'expert déposé en réplique que deux semaines avant l'audience devant le Tribunal (décision du Tribunal, par. 235). Ainsi que le Tribunal l'a fait remarquer : « À cette date, l'ordonnance du Tribunal concernant les échéances ne permettait pas à [Tervita] de déposer une requête ou un autre rapport d'expert. De plus [ . . . ] [Tervita] n'avait pas suffisamment de temps avant l'audience pour déposer une requête en radiation du rapport de [l'expert de la commissaire] ou pour demander l'autorisation de déposer un autre rapport en réplique . . . » (*ibid.*). Le Tribunal a conclu qu'en raison des lacunes en matière procédurale, Tervita ne pouvait préparer une réponse en bonne et due forme à la preuve présentée par la commissaire ni attaquer convenablement cette preuve.

[137] In this case, the Commissioner failed to meet her burden to quantify the quantifiable anti-competitive effects. As a result, the Tribunal should have assigned zero weight to the quantifiable anti-competitive effects.

[138] Justice Karakatsanis would permit quantitative but unquantified effects to be considered with “undetermined” weight, on the argument that such information is nonetheless probative on the question of efficiency (para. 194). I cannot agree. As discussed above, there are sound reasons to require that the s. 96 analysis be as objective as possible. This argument concerns evidence for which quantification is entirely possible, but has not been done. To consider such evidence is to conduct an analysis that is less objective than is possible with more complete estimation. The Tribunal should not sacrifice the objectivity of its analysis because a party has failed to conduct a complete quantitative estimate of the magnitude of an effect.

[139] In this case, the absence of price elasticity information means that the possible range of deadweight loss resulting from the merger is unknown. All else being equal, high price elasticity would likely result in significant deadweight loss, while low price elasticity could result in minimal deadweight loss. To permit the Tribunal to consider the price decrease evidence without the rest of the information necessary to quantify deadweight loss admits far too much subjectivity into the analysis, with no guarantee that the Tribunal will have enough information to ensure that a subjective assessment would align with what would actually be observed if the effect were properly quantified. Holding parties to account for the quantification of the quantitative effects they wish to adduce by assigning zero weight to undetermined quantitative effects acts to ensure that the Tribunal will be presented with information on all of the parameters necessary to estimate the magnitude of quantitative effects. To do otherwise invites speculation into the analysis.

[140] Justice Karakatsanis agrees that “[o]bviously, the Tribunal must apply the test in s. 96 to the evidence before it in a way that is fair to the parties” (para. 196), but she does not explain how the party

[137] En l’espèce, la commissaire n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables. En conséquence, le Tribunal aurait dû leur accorder une valeur nulle.

[138] La juge Karakatsanis permettrait que soit attribué un poids « indéterminé » aux effets quantitatifs qui n’ont pas été quantifiés. Selon elle, ces données ont une valeur probante quant à l’efficience (par. 194). Je ne puis souscrire à son avis. Comme nous l’avons vu, il y a de bonnes raisons d’exiger que l’analyse qu’appelle l’art. 96 soit la plus objective possible. Il est ici question d’un élément de preuve tout à fait possible à quantifier, mais qui ne l’a pas été. En tenant compte de cet élément de preuve, on effectue une analyse moins objective que si on disposait d’une estimation plus étoffée. Le Tribunal n’a pas à sacrifier l’objectivité de l’analyse parce qu’une partie n’a pas fait une estimation quantitative complète de l’ampleur d’un effet.

[139] En l’espèce, sans données sur l’élasticité par rapport au prix, la fourchette possible de la perte sèche résultant du fusionnement est inconnue. Toutes choses égales d’ailleurs, une forte élasticité par rapport au prix emporterait vraisemblablement une perte sèche importante tandis qu’une faible élasticité par rapport au prix emporterait une perte sèche minimale. Permettre au Tribunal de tenir compte de la baisse des prix invoquée sans les autres données sur la perte sèche fait intervenir une trop grande subjectivité dans l’équation, et rien ne garantit qu’il dispose de données suffisantes pour vérifier si l’analyse subjective concorderait avec celle fondée sur des effets quantifiés en bonne et due forme. En imposant aux parties la charge de quantifier les effets quantitatifs qu’elles invoqueront en attribuant une valeur nulle aux effets quantitatifs indéterminés, on fait en sorte qu’elles présenteront au Tribunal tous les paramètres nécessaires à l’évaluation de l’ampleur de tels effets. Toute autre démarche revient à se perdre en conjectures.

[140] La juge Karakatsanis convient qu’« [é]videmment, le Tribunal doit appliquer le critère prévu à l’art. 96 à la preuve qui lui a été présentée d’une façon équitable pour les parties » (par. 196), mais

opposed to such incomplete evidence may fairly determine the quantitative case they must meet, or challenge the methodological details related to the undetermined quantitative effects. These concerns reinforce the appropriateness of assigning “undetermined” quantitative effects a weight of zero in the s. 96 analysis.

(b) *The Approach to the Section 96 Balancing*

[141] The Federal Court of Appeal found that the Tribunal erred in law in its s. 96 analysis by “accepting a defective ‘deadweight’ loss calculation, by using an overly subjective offset methodology, by treating as qualitative effects certain quantitative effects which the Commissioner had failed to quantify, and by referring to qualitative environmental effects that are not cognizable under the *Competition Act*” (para. 163). Rather than remitting the matter to the Tribunal for a new determination, the court, satisfied that there was a complete record on which to carry out a new determination, engaged in a fresh assessment of the offset analysis. The court found that the efficiencies defence did not apply for two primary reasons. First, “marginal and insignificant gains in efficiency cannot offset known anti-competitive effects even where the weight to be afforded to such effects is undetermined” (para. 174). Second, the present case was one of a pre-existing monopoly, which the Federal Court of Appeal held magnified the anti-competitive effects of the merger (para. 173).

(i) The Requirement That the Efficiency Gains Be “Greater Than” and “Offset” the Anti-competitive Effects

[142] The Federal Court of Appeal held that the efficiency gains did not meet the “greater than” and “offset” requirement under s. 96. The gains were “marginal” (paras. 34, 169-71 and 174), “negligible” (para. 169) and “insignificant” (paras. 170 and 174) and therefore were not enough to outweigh the anti-competitive effects. In addition, the Tribunal found

elle s’abstient d’expliquer comment la partie qui veut réfuter une telle thèse lacunaire est censée déterminer de manière juste les éléments quantitatifs qui lui sont opposés ou contester les éléments de la méthode d’évaluation des effets quantitatifs indéterminés. De telles réserves militent en faveur de l’attribution d’une valeur nulle aux effets quantitatifs « indéterminés » dans l’analyse qu’appelle l’art. 96.

b) *Méthode de pondération applicable dans l’analyse qu’appelle l’art. 96*

[141] La Cour d’appel fédérale a conclu que le Tribunal avait commis une erreur de droit dans son analyse fondée sur l’art. 96 en « acceptant un calcul de la perte “sèche” fautif, en recourant à une méthodologie trop subjective pour apprécier la “neutralisation”, en qualifiant d’effets qualitatifs certains effets quantitatifs que la commissaire n’avait pas quantifiés et en mentionnant des effets environnementaux qualitatifs non reconnus par la *Loi sur la concurrence* » (par. 163). Plutôt que de renvoyer l’affaire au Tribunal pour qu’il statue à nouveau, la cour, convaincue de disposer d’un dossier complet lui permettant de trancher, a procédé à une nouvelle analyse des effets neutralisants. Elle a conclu que la défense fondée sur les gains en efficience ne s’appliquait pas pour deux raisons principales. D’une part, des « gains en efficience secondaires et négligeables ne sauraient neutraliser des effets anticoncurrentiels connus, même lorsque la valeur à accorder à ces effets demeure inconnue » (par. 174). D’autre part, la présente affaire portait sur un monopole préexistant, ce qui de l’avis de la Cour d’appel fédérale a amplifié les effets anticoncurrentiels du fusionnement (par. 173).

(i) La condition selon laquelle les gains en efficience « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels

[142] La Cour d’appel fédérale a conclu que les gains en efficience ne satisfaisaient pas à la condition établie à l’art. 96, soit qu’ils « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels. Les gains étaient « secondaires » (par. 174), « négligeables » (par. 34, 169-170 et 174) et « insignifiants » (par. 170) et, donc, ils ne surpassaient pas



that “even if a zero weighting is given to the quantifiable Effects, as [Tervita] submitted should be done, [Tervita] has not satisfied the ‘offset’ element of section 96” (para. 314 (emphasis added; emphasis in original deleted)). Although I have determined that the anti-competitive effects should be assigned zero weight, I nonetheless consider the interpretation of the “greater than and offset” requirement due to the importance of this question in the overall s. 96 assessment.

[143] The issue to be determined is whether the statutory standard of “greater than, and will offset” requires that the merging parties demonstrate that the efficiencies not only merely exceed the anti-competitive effects, but in addition offset them. As I understand it, the Commissioner’s argument in this regard is that the statutory language mandates a threshold level of “more than marginal” efficiency gains in order for the efficiencies defence to succeed (transcript, at p. 60). With respect, I cannot agree.

[144] The statutory requirement that the efficiency gains be “greater than” and “offset” the anti-competitive effects imports a weighing of both quantitative and qualitative aspects. The term “greater than” suggests a numerical comparison of the magnitude of the efficiencies versus the extent of the anti-competitive effects. The use of the term “offset” implies a subjective analysis related to the “balancing of incommensurables (e.g., apples and oranges)” (Tribunal decision, at para. 309) — considerations that cannot be quantitatively compared because they have no common measure. The statutory use of the language of “offset” suggests that there is a more judgmental component to the analysis (see *Superior Propane II*, at para. 100). As indicated by the use of the term “*neutraliseront*” in the French version of s. 96, this requires a subjective assessment of whether the efficiency gains neutralize or counterbalance the anti-competitive effects.

les effets anticoncurrentiels. En outre, le Tribunal a conclu que « même si une pondération nulle était attribuée aux effets quantifiables, comme le propose [Tervita], celle-ci n’a pas satisfait au critère de “neutralisation” de l’article 96 » (par. 314 (je souligne; italique dans l’original omis)). Si j’ai conclu qu’il y a lieu d’accorder une valeur nulle aux effets anticoncurrentiels, je me pencherai tout de même sur l’interprétation à donner à la condition de surpassement et de neutralisation en raison de l’importance que revêt cette question dans le cadre de l’analyse globale effectuée sous le régime de l’art. 96.

[143] La question à trancher est celle de savoir si cette condition légale oblige les parties au fusionnement à démontrer que les gains en efficience non seulement surpasseront les effets anticoncurrentiels, mais les neutraliseront également. Si je comprends bien, la commissaire soutient à cet égard que le libellé de la loi commande un seuil de gains en efficience [TRADUCTION] « plus que négligeables » pour que la défense fondée sur les gains en efficience soit retenue (transcription, p. 60). On me pardonnera de ne pas être d’accord.

[144] Le libellé de la loi — aux termes de laquelle la défense s’applique si les gains en efficience « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels — emporte la mise en balance des aspects tant quantitatifs que qualitatifs. Le verbe « surpasseront » évoque une comparaison numérique des gains en efficience et des effets anticoncurrentiels. Le verbe « neutraliseront » implique une analyse subjective liée à une « pondération en nombres incommensurables (par ex., des pommes et des oranges) » (décision du Tribunal, par. 309) — des considérations qui ne peuvent être comparées sur le plan quantitatif parce qu’elles n’ont aucune commune mesure. L’emploi du verbe « neutraliseront » dans la loi donne à penser que l’analyse consiste en partie à porter un jugement (voir *Supérieur Propane II*, par. 100). L’emploi du terme « *offset* » dans la version anglaise de l’art. 96 laisse entendre qu’il faut procéder à une évaluation subjective pour déterminer si les gains en efficience compenseront ou contrebalanceront les effets anticoncurrentiels.

[145] Together, the terms “greater than” and “offset” mandate that the Tribunal determine both quantitative and qualitative aspects of the merger, and then weigh and balance these aspects. This approach is supported by the common understanding of the word “offset”. *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989) defines the verb “offset” to mean “[t]o set off as an equivalent against something else . . . ; to balance by something on the other side or of contrary nature” (p. 738). Similarly, the *Merriam-Webster’s Collegiate Dictionary* (11th ed. 2003) entry defines it to mean “to serve as a counterbalance for” (p. 862). This understanding supports the interpretation of the “offset” requirement in s. 96 as imposing a consideration of the qualitative aspects of the merger and a balancing of those qualitative aspects against the quantitative effects of the merger.

[146] This is a flexible balancing approach, but the Tribunal’s conclusions must be objectively reasonable. As the Federal Court of Appeal held, the overall analysis “must be as *objective* as is reasonably possible, and where an objective determination cannot be made, it must be *reasonable*” (para. 147 (emphasis in original)). As such, in most cases the qualitative effects will be of lesser importance. In addition, the statutory requirement that efficiencies be greater than *and* offset the anti-competitive effects would in most cases require a showing that the quantitative efficiencies exceed the quantitative anti-competitive effects as a necessary element of the defence.

[147] In light of this recognition, the balancing test under s. 96 may be framed as a two-step inquiry. First, the quantitative efficiencies of the merger at issue should be compared against the quantitative anti-competitive effects (the “greater than” prong of the s. 96 inquiry). Where the quantitative anti-competitive effects outweigh the quantitative efficiencies, this step will in most cases be dispositive, and the defence will not apply. There may be unusual situations in which there are relatively few quantified efficiencies, yet where truly significant qualitative efficiencies would support the application

[145] Ensemble, les verbes « surpasseront » et « neutraliseront » obligent le Tribunal à déterminer les aspects tant quantitatifs que qualitatifs du fusionnement, puis à les soupeser. Ce point de vue est étayé par le sens ordinaire du verbe « neutraliser », que *Le Grand Robert de la langue française* (version électronique) définit en ces termes : « Empêcher d’agir, par une action contraire qui tend à annuler les efforts ou les effets » et, dans sa forme pronominale : « S’équilibrer ». De même, *Le Petit Larousse illustré* (2013) donne : « Annuler l’effet de l’action de qqn, qqch », et dans sa forme pronominale, « S’annuler réciproquement, se contrebalancer » (p. 735). Ces définitions étayent l’interprétation selon laquelle la condition de neutralisation établie à l’art. 96 exige que les aspects qualitatifs du fusionnement soient examinés et mis en balance avec les effets quantitatifs de ce dernier.

[146] Il s’agit d’une méthode de pondération souple, qui appelle toutefois des conclusions objectivement raisonnables. Ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a statué, l’analyse globale « doit être aussi *objective* que possible et, lorsqu’il est impossible de faire une appréciation objective, cette appréciation se doit d’être *raisonnable* » (par. 147 (en italique dans l’original)). Ainsi, dans la plupart des cas, les aspects qualitatifs joueront un rôle moins important. En outre, la condition légale selon laquelle les gains en efficacité doivent surpasser *et* neutraliser les effets anticoncurrentiels exigera presque toujours la preuve que les gains quantitatifs surpassent les effets anticoncurrentiels quantitatifs pour que la défense s’applique.

[147] À la lumière de ce qui précède, on peut concevoir la pondération qu’exige l’art. 96 comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, il faut comparer les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement à ses effets anticoncurrentiels quantitatifs (le volet de l’analyse relatif au surpassement). Si les effets anticoncurrentiels quantitatifs dépassent les gains en efficacité quantitatifs, l’analyse prend alors fin dans la plupart des cas, et la défense ne s’appliquera pas. Il se peut que dans une situation exceptionnelle caractérisée par des gains en efficacité quantitatifs relativement peu élevés

of the defence. However, such cases would likely be rare in view of the emphasis of the analysis on objectivity and the impermissibility of asserting unquantified-but-quantifiable efficiencies as qualitative efficiencies. Qualitative considerations must next be weighed. Under the second step, the qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue (the “offset” prong of the inquiry). For the Tribunal to give qualitative elements weight in the analysis, they must be supported by the evidence, and the reasoning for the reliance on the qualitative aspects must be clearly articulated.

[148] It should be noted that this two-step analysis does not seek to define the methodological details of how quantitative efficiencies and anti-competitive effects are to be identified and compared. Instead, the two-step analysis preserves the ability of the Tribunal to select the quantitative methodology to be employed, provided this quantitative comparison is conducted within step one of the framework described above.

[149] Justice Karakatsanis raises concerns that this framework unnaturally separates quantitative and qualitative considerations, and that doing so is “superfluous” in light of the final offset determination which considers both quantitative and qualitative factors (para. 189). Instead, she would instruct the Tribunal to weigh whether the quantitative and qualitative efficiencies, taken as a whole, outweigh the quantitative and qualitative anti-competitive effects, taken as a whole. I would emphasize that the above framework does not require the Tribunal to isolate quantitative and qualitative considerations such that they are never compared. The ultimate offset analysis does allow for consideration of both quantitative and qualitative effects. However, I would think that the Tribunal, even proceeding under Justice Karakatsanis’s proposed single-step weighing, would at some point in that consideration ask how the quantitative factors lined up relative to each other, and would also examine how the qualitative

et des gains en efficacité qualitatifs véritablement importants, la défense s’applique. Or, ce genre de situation se présentera sans doute rarement, vu que l’analyse mise sur l’objectivité et qu’il n’est pas permis de qualifier de gains qualitatifs des gains quantifiables qui n’ont pas été quantifiés. Dans un deuxième temps, il faut mettre en balance les gains en efficacité qualitatifs et les effets anticoncurrentiels qualitatifs et décider en dernière analyse si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause (le volet de l’analyse relatif à la neutralisation). Pour que le Tribunal tienne compte des éléments qualitatifs dans l’analyse, ceux-ci doivent être appuyés par la preuve, et leur justification doit être clairement formulée.

[148] Il y a lieu de noter que cette analyse en deux étapes ne vise pas à préciser la méthodologie visant à dégager et à comparer les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels quantitatifs. Le soin est laissé au Tribunal de sélectionner la méthodologie quantitative à employer, à condition qu’elle respecte la première étape du cadre décrit précédemment.

[149] La juge Karakatsanis estime pour sa part que ce cadre crée une distinction artificielle entre les éléments quantitatifs et qualitatifs et qu’une telle démarche est « factice » compte tenu de la dernière étape, le volet relatif à la neutralisation, qui examine les deux catégories en chœur (par. 189). Selon elle, le Tribunal devrait déterminer si les gains en efficacité quantitatifs et qualitatifs confondus l’emportent sur les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs confondus. Je tiens à préciser que le cadre n’oblige pas le Tribunal à isoler les éléments quantitatifs et qualitatifs pour ne jamais les comparer. L’analyse de l’effet neutralisant à la dernière étape permet effectivement que soient pris en compte les effets tant quantitatifs que qualitatifs. Or, à mon avis, même s’il procédait suivant la pondération en une étape que propose la juge Karakatsanis, le Tribunal finirait par comparer les facteurs quantitatifs entre eux et les facteurs qualitatifs entre eux avant de réduire cet univers de facteurs à une décision ultime.

factors compared to each other, before attempting to reconcile the whole universe of factors into an ultimate determination. The above framework merely guides the structure of that inquiry to ensure that the Tribunal's reasoning is as explicit and transparent as possible.

[150] Respectfully, the assertion in the dissenting reasons that “simply tallying up ‘mathematical quantifications’, while important, cannot provide a complete answer” (para. 190) misreads these reasons. They do not say that quantitative considerations are in all cases a sufficient and “complete answer”. Rather, they emphasize that the nature of economic efficiencies, the language of s. 96, and the Federal Court of Appeal’s apt observation that the s. 96 analysis “must be as *objective* as is reasonably possible” support the notion that quantitative considerations will, in most cases, be of greater importance than qualitative considerations.

[151] However, and despite the flexibility the Tribunal has in applying this balancing approach, I cannot accept that more than marginal efficiency gains are required for the defence to apply. Had Parliament intended for there to be a threshold level of efficiencies, qualifying language could have been used to express this intention. The Commissioner’s argument essentially asks this Court to read into the statute a threshold significance requirement where the statute does not provide a basis for doing so. In addition, it is not clear to me when efficiency gains become more than marginal. Determining when proven efficiency gains meet a more than marginal threshold would require overly subjective analysis. Although there is some subjectivity in the ultimate weighing of the efficiency gains and anti-competitive effects, in a case such as this where the Commissioner has not established either quantitative or qualitative anti-competitive effects, the weight given to those effects is zero. Proven efficiency gains of any magnitude will therefore outweigh the anti-competitive effects. Moreover, and as discussed above, because of the importance of employing an objective approach, the qualitative

Le cadre qui précède ne fait que guider la structure de l’analyse de sorte que le raisonnement du Tribunal soit le plus explicite et transparent possible.

[150] Je ferai observer à ma collègue qu’elle interprète mal les présents motifs en affirmant que « réduire [l’analyse] simplement à des “calculs mathématiques”, aussi importants soient-ils, ne peut fournir une réponse complète » (par. 190). Je ne dis pas que les considérations quantitatives constituent dans tous les cas une « réponse complète » et suffisante. Je précise plutôt que la nature des gains en efficacité économiques, le libellé de l’art. 96 et l’observation judiciaire de la Cour d’appel fédérale selon laquelle l’analyse qu’appelle l’art. 96 « doit être aussi *objective* que possible » permettent de conclure que les considérations quantitatives revêtent, dans la plupart des cas, une plus grande importance que les considérations qualitatives.

[151] Cependant, et en dépit de la latitude dont jouit le Tribunal lorsqu’il applique cette méthode de pondération, je ne peux accepter qu’il faille des gains en efficacité plus que négligeables pour que la défense s’applique. S’il avait eu l’intention de fixer un seuil à cet égard, le législateur aurait pu le prévoir expressément dans la loi. La commissaire demande essentiellement à la Cour d’assortir la disposition d’un seuil implicite alors que son libellé ne le permet pas. En outre, il est difficile à mon avis de déterminer le point où les gains en efficacité deviennent plus que négligeables. Pour y arriver, il faudrait procéder à une analyse excessivement subjective. Bien que la pondération ultime des gains en efficacité et des effets anticoncurrentiels admette une certaine subjectivité, dans une affaire comme celle-ci, où la commissaire n’a pas établi l’existence d’effets anticoncurrentiels quantitatifs ou qualitatifs, leur valeur est nulle. Les gains en efficacité établis, de quelque importance soient-ils, l’emportent donc sur les effets anticoncurrentiels. En outre, comme nous l’avons vu, en raison de l’importance du recours à une méthode objective, les effets qualitatifs joueront un rôle modeste dans

effects will assume a lesser role in the analysis in most cases. As such, it is possible that, where proven quantitative efficiency gains exceed the proven quantitative anti-competitive effects to only a small degree, the Tribunal may still find that the s. 96 defence applies.

[152] Nor does the statutory context of s. 96(1) indicate that it should be read to include a threshold significance requirement. While s. 96(2) prompts the Tribunal to consider whether the merger will generate “a significant increase in the real value of exports” or “a significant substitution of domestic products for imported products”, this significance requirement should not be read back into s. 96(1). Given that the issue of significance was contemplated in s. 96(2), Parliament could just as easily have drafted s. 96(1) to require that efficiencies be “significantly greater than and offset” the anti-competitive effects. Instead, “significance” language appears only in s. 96(2), which is logically subservient to s. 96(1): by its terms, the text of s. 96(2) does not apply the significance threshold to the entire s. 96(1) analysis.

[153] With respect, the Federal Court of Appeal’s conclusion that marginal efficiency gains cannot meet the requirements for the s. 96 defence to apply does not take into account the fact that the analysis under s. 96 is a balancing exercise. Proven efficiency gains must be assessed relative to any proven anti-competitive effects. Efficiency gains of a smaller scale may not be “marginal” when compared to and weighed against anti-competitive effects of an even smaller degree.

[154] Though it is necessary to re-emphasize that there is no requirement that efficiencies cross some formal “significance” threshold, this is not to ignore the truth that economic models are inherently probabilistic and will always carry some associated margin of uncertainty. Where the outcome of quantitative balancing under the first step of the s. 96 analysis shows positive but small net efficiencies relative to the uncertainty of the associated estimates, the Tribunal should be cognizant of

l’analyse dans la plupart des cas. Il est donc possible, si les gains en efficacité quantitatifs prouvés ne surpassent que de peu les effets anticoncurrentiels quantitatifs prouvés, que le Tribunal conclue tout de même que la défense prévue à l’art. 96 s’applique.

[152] Le contexte législatif du par. 96(1) ne permet pas non plus que cette disposition soit assortie d’un seuil implicite. Certes, le par. 96(2) exige du Tribunal qu’il détermine si le fusionnement engendrera « une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations » ou « une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers », mais il ne faut pas appliquer cette exigence au par. 96(1). Vu qu’il l’a exprimée au par. 96(2), le législateur aurait pu tout aussi facilement en assortir le par. 96(1), qui prévoirait alors que les gains en efficacité « surpasseront de manière importante et neutraliseront » les effets anticoncurrentiels. Or, l’idée ne figure qu’au par. 96(2), qui en toute logique est subordonné au par. 96(1) : le libellé du par. 96(2) ne dicte pas l’application d’un certain seuil dans l’analyse qu’appelle le par. 96(1).

[153] Malheureusement, la conclusion de la Cour d’appel fédérale, selon laquelle les gains en efficacité négligeables n’emportent pas l’application de la défense fondée sur l’art. 96, oublie que l’analyse qu’exige cette disposition est un exercice de pondération. Les gains en efficacité établis doivent être comparés aux effets anticoncurrentiels établis, s’il en est. De faibles gains en efficacité peuvent ne pas être « négligeables » lorsqu’ils sont comparés à des effets anticoncurrentiels qui le sont davantage.

[154] Répétons que point n’est besoin que les gains en efficacité atteignent un seuil d’importance précis. Or, il ne faut pas oublier que les modèles économiques sont intrinsèquement probabilistes et sont toujours assortis d’une certaine marge d’incertitude. Lorsque la pondération quantitative effectuée à la première étape de l’analyse qu’appelle l’art. 96 se traduit par des gains nets positifs, mais faibles, par rapport à l’incertitude intrinsèque de ces estimations, le Tribunal doit tenir compte de cette

this uncertainty in weighing the relevant considerations. This is not to suggest that quantitative efficiencies should be discounted in these situations, but merely to highlight that close cases will require careful consideration of the assumptions underlying the quantitative analysis. In such cases, the Tribunal retains the discretion to reject the efficiencies defence, but must clearly explain the reasons for its decision. The reasons must be seen to be rational even though they reject what the quantitative analysis would otherwise strictly indicate.

[155] For these reasons, the Federal Court of Appeal erred in holding that an anti-competitive merger cannot be approved under s. 96 if only marginal or insignificant gains in efficiency result from that merger.

(ii) Pre-existing Monopoly

[156] The Federal Court of Appeal held that the Tribunal erred in “taking into account the monopoly position of Tervita resulting from the merger without any evidence from the Commissioner of additional anti-competitive effects resulting from that monopoly” (para. 161), but concluded that a “pre-existing monopoly, such as is the case here, will usually magnify the anti-competitive effects of a merger” (para. 173). The Commissioner submits that the court did not rely on the presence of monopoly as an effect *per se*, but rather simply concluded that this was a factor likely to *magnify* the merger’s anti-competitive effect. There are two problems with this argument.

[157] First, to accept that the existence of a monopoly was likely to magnify the anti-competitive effect requires accepting that there are proven anti-competitive effects. In this case, the Commissioner did not establish the impact of Tervita’s superior market power and as a result of the Commissioner’s failure to quantify the quantifiable anti-competitive effects, zero weight has been assigned to those effects. It is not possible to “magnify” a factor which has zero weight. This equation still results in zero.

incertitude dans sa mise en balance des différentes considérations. Je ne dis pas qu’il faille minimiser les gains quantitatifs dans de tels cas, je dis simplement que dans les affaires où l’écart entre les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels est faible le Tribunal doit examiner soigneusement les hypothèses sur lesquelles repose l’analyse quantitative. Il peut alors rejeter la défense fondée sur les gains en efficacité, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, mais il doit justifier clairement sa décision. Ses motifs doivent sembler rationnels, même si la décision est contraire au résultat strict que l’analyse quantitative indiquerait par ailleurs.

[155] Pour ces motifs, la Cour d’appel fédérale a commis une erreur en statuant qu’un fusionnement anticoncurrentiel ne saurait être approuvé sous le régime de l’art. 96 si seuls des gains négligeables ou insignifiants en découlent.

(ii) Monopole préexistant

[156] La Cour d’appel fédérale a statué que le Tribunal avait commis une erreur du fait qu’il « tient compte de la situation de monopole occupée par Tervita grâce au fusionnement sans disposer d’élément de preuve de la commissaire quant aux effets anticoncurrentiels supplémentaires résultant de ce monopole » (par. 161), mais elle a conclu qu’un « monopole préexistant comme celui dont il s’agit en l’espèce aura habituellement pour effet d’amplifier les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement » (par. 173). La commissaire soutient que la cour n’a pas tenu compte du monopole comme d’un effet en soi, mais a simplement conclu qu’il s’agissait d’un facteur susceptible d’*amplifier* l’effet anticoncurrentiel du fusionnement. Cet argument présente deux lacunes.

[157] Premièrement, si l’on accepte que l’existence d’un monopole soit susceptible d’amplifier les effets anticoncurrentiels, il faut d’abord accepter que des effets anticoncurrentiels soient établis. Dans la présente affaire, la commissaire n’a pas démontré l’incidence de la puissance commerciale supérieure de Tervita et, comme elle n’a pas quantifié les effets anticoncurrentiels quantifiables, une valeur nulle leur a été attribuée. Or, il est impossible d’« amplifier » un facteur assorti d’une valeur nulle. Le résultat de cette équation demeure nul.

[158] Second, in my respectful view, the Federal Court of Appeal considered the existence of a monopoly *per se* as opposed to its effects. As the court held in *Superior Propane IV*:

Monopoly, however it might be defined (e.g. 95 percent market share, 100 percent market share, high barriers to entry), is a description of a market condition, not the effect of that market condition. If monopoly is to be taken into account for purposes of subsection 96(1), it is the effects of the monopoly that must be considered, not the existence of the monopoly *per se*. [para. 49]

Here, where no effects have been proven, it is not possible to say that such effects have been magnified. Inevitably, that approach reverts to relying on the existence of a monopoly *per se*.

(iii) Application to This Case

[159] In this case, the Commissioner did not meet her burden to prove the anti-competitive effects. As such, the weight given to the quantifiable effects is zero. The Tribunal did not accept any of Tervita's claimed qualitative efficiencies and Tervita does not challenge this on appeal. Tervita established "overhead" efficiency gains resulting from Babkirk obtaining access to Tervita's administrative and operating functions. These gains meet the "greater than" requirement in this case.

[160] Turning to qualitative considerations, the Federal Court of Appeal rejected the qualitative effects accepted by the Tribunal — environmental effects with respect to the price reduction on-site clean-up. This issue is raised by the Commissioner as an alternative to rejecting the efficiencies defence on the basis of quantitative factors. As I have found that the court's rejection of the efficiencies defence was in error, I now turn to whether the evidence of environmental effects was cognizable for the purposes of s. 96.

[158] Deuxièmement, à mon humble avis, la Cour d'appel fédérale a pris en compte l'existence d'un monopole en soi et non ses effets. Pour reprendre ses propos dans l'affaire *Supérieur Propane IV* :

Le monopole, de quelque façon qu'on le définisse (p. ex. part de marché de 95 pour cent, part de marché de 100 pour cent, barrières élevées à l'entrée), est la description d'une situation du marché, non l'effet de cette situation du marché. Si le monopole doit être pris en compte pour l'application du paragraphe 96(1), ce sont les effets du monopole qu'il faut prendre en considération, non l'existence du monopole en soi. [par. 49]

Dans la présente affaire, où la preuve des effets n'a pas été faite, l'on ne peut affirmer que de tels effets ont été amplifiés. Inévitablement, la démarche revient à prendre en compte l'existence du monopole en soi.

(iii) Application à la présente affaire

[159] En l'espèce, la commissaire ne s'est pas acquittée de la charge qui lui incombait de prouver l'existence d'effets anticoncurrentiels. Pour cette raison, une valeur nulle a été accordée aux effets quantifiables. Le Tribunal n'a accepté aucun des gains en efficacité qualitatifs invoqués par Tervita, et cette dernière ne conteste pas cette décision en appel. Elle a établi l'existence de gains en efficacité « liés à la baisse des coûts indirects » qui découlent de l'obtention par Babkirk de l'accès aux fonctions administratives et opérationnelles de Tervita. Ces gains satisfont à la condition de dépassement dans la présente affaire.

[160] Quant aux considérations qualitatives, la Cour d'appel fédérale a rejeté les effets qualitatifs acceptés par le Tribunal — les effets environnementaux, pour la restauration de sites, découlant de la réduction des redevances. Subsidièrement, la commissaire fait valoir cet argument comme motif de rejet de la défense fondée sur les gains en efficacité autre que les facteurs quantitatifs. Étant donné que j'ai conclu que la cour a rejeté à mauvais droit la défense fondée sur les gains en efficacité, passons maintenant à la question de savoir si la preuve des effets environnementaux est admissible pour l'application de l'art. 96.

(c) *The Commissioner's Alternative Argument*

[161] The Commissioner argues that the Federal Court of Appeal erred in rejecting price reduction on potential customers' site clean-up and the resulting environmental benefits which the Tribunal had accepted as qualitative effects of the merger. In rejecting these effects, the court first questioned whether "the environmental effects of a merger, where no economic effect is ascribed to them, can be taken into account in a merger review under the *Competition Act*" (para. 155). The court then went on to hold that, nonetheless, the Tribunal had double-counted this effect as it had already addressed the 10 percent drop in tipping fees which would be brought about by competition and which would result in the disposal of additional tonnes of hazardous waste as part of the "deadweight loss" analysis. The court held that this effect should only have been considered once "as a quantitative anti-competitive effect that had not been appropriately quantified by the Commissioner" (para. 157).

[162] The Commissioner's arguments centre on her position that the environmental impacts did have an economic effect. However, while the Federal Court of Appeal questioned whether non-economic environmental effects could be considered under the s. 96 analysis, the effects in this case had an economic aspect. The court ultimately rejected these effects on the basis that the environmental effects had been double-counted by the Tribunal.

[163] I agree with the Commissioner that where environmental effects have economic dimensions, these effects may properly be considered under the s. 96 analysis. Indeed, I do not read the Federal Court of Appeal as saying otherwise. The issue raised by the Commissioner is whether the environmental effects put into evidence by the Commissioner did have an economic dimension. I agree that an effect such as a contingent liability on the books of a company which has to remediate a site is an economic aspect of an environmental effect. However, while there was evidence before the Tribunal

c) *Argument subsidiaire de la commissaire*

[161] La commissaire fait valoir que la Cour d'appel fédérale a rejeté à tort la réduction des redevances de restauration de sites pour des clients potentiels et ses avantages environnementaux, ces derniers ayant été acceptés par le Tribunal à titre d'effets qualitatifs du fusionnement. Avant de les rejeter, la cour a d'abord demandé « si l'on peut tenir compte, dans le cadre de l'examen d'un fusionnement effectué sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, des effets environnementaux d'un fusionnement lorsqu'aucun effet économique n'est associé aux effets environnementaux en question » (par. 155). La cour a ensuite conclu que le Tribunal avait néanmoins compté deux fois cet effet, puisqu'il avait examiné, dans le cadre de l'analyse sur la « perte sèche », la réduction de 10 p. 100 des redevances de déversement qui résulterait de la concurrence et qui se traduirait par une augmentation de la quantité de déchets dangereux éliminés. La cour a statué que le Tribunal aurait dû en tenir compte une seule fois « en tant qu'effet anti-concurrentiel quantitatif qui n'avait pas été quantifié de façon appropriée par la commissaire » (par. 157).

[162] Les arguments de la commissaire s'articulent autour de sa thèse, à savoir que les effets environnementaux ont bel et bien eu des retombées économiques. La Cour d'appel fédérale doutait que les effets environnementaux non économiques puissent entrer dans l'analyse qu'appelle l'art. 96. Or, dans la présente affaire, les effets présentaient un aspect économique. La cour a fini par les écarter au motif qu'ils avaient été pris en compte à deux reprises par le Tribunal.

[163] Je suis d'avis, comme la commissaire, que lorsqu'ils ont une dimension économique, les effets environnementaux peuvent à juste titre être pris en considération dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96. De fait, je ne crois pas que la Cour d'appel fédérale dise le contraire. La question soulevée par la commissaire est celle de savoir si les effets environnementaux qu'elle a mis en preuve avaient effectivement une dimension économique. Je conviens par exemple qu'un passif éventuel consigné sur les registres de la société tenue de restaurer un site constitue un aspect économique d'un



with respect to this kind of contingent liability, this evidence cannot be considered in this case.

[164] First, there is no evidence as to whether the waste covered by the contingent liability in question fell within the Contestable Area. Second, there is no evidence as to the price elasticity of demand of the customer in question. Finally, and as the Federal Court of Appeal found, if this effect did fall within the Contestable Area, it was quantifiable and therefore should have been quantified by the Commissioner. As explained above, anti-competitive effects which are quantifiable will not be treated qualitatively as a result of a failure to quantify. Therefore, and although the environmental effects in this case had an economic dimension, the Tribunal erred in assessing these effects qualitatively.

(d) *Conclusion on the Balancing Under Section 96*

[165] The Commissioner failed to meet her burden, resulting in the quantifiable anti-competitive effects being assigned a weight of zero. The Federal Court of Appeal properly rejected the environmental effects. There are therefore no proven qualitative anti-competitive effects. Tervita successfully proved quantifiable “overhead” efficiency gains resulting from Babkirk obtaining access to Tervita’s administrative and operating functions. In this case, these proven gains met the “greater than and offset” requirement. As there were no quantifiable or qualitative anti-competitive effects proven by the Commissioner, the efficiencies defence applies, and the Federal Court of Appeal was incorrect to conclude otherwise.

[166] It may seem paradoxical to hold that the Tribunal was correct in finding a likely substantial prevention of competition, only to then conduct the

effet environnemental. Toutefois, le Tribunal disposait certes d’une preuve relative à ce type de passif éventuel, mais cette preuve ne peut être prise en considération dans la présente affaire.

[164] Premièrement, rien ne prouve que les déchets faisant l’objet du passif éventuel en question se trouvaient dans la zone contestable. Deuxièmement, l’élasticité de la demande par rapport au prix relativement à ce client n’avait pas été démontrée. Enfin, et ainsi que la Cour d’appel fédérale l’a conclu, si cet effet portait dans la zone contestable, il était quantifiable et, partant, il aurait dû être quantifié par la commissaire. Comme nous l’avons vu, les effets anticoncurrentiels qui sont quantifiables ne deviennent pas des effets qualitatifs du fait qu’ils n’ont pas été quantifiés. En conséquence, et bien que les effets environnementaux dans la présente affaire aient une dimension économique, le Tribunal a commis une erreur lorsqu’il leur a accordé une valeur qualitative.

d) *Conclusion sur la pondération qu’exige l’art. 96*

[165] La commissaire ne s’est pas acquittée de son fardeau, de sorte qu’une valeur nulle a été attribuée aux effets anticoncurrentiels quantifiables. La Cour d’appel fédérale a rejeté à bon droit les effets environnementaux. Aucun effet anticoncurrentiel qualitatif n’a par conséquent été établi. Tervita a réussi à prouver l’existence de gains en efficience quantifiables « liés à la baisse des coûts indirects » découlant de l’obtention par Babkirk de l’accès aux fonctions administratives et opérationnelles de Tervita. En l’espèce, ces gains établis ont satisfait à la condition de surpassement et de neutralisation. Étant donné que la commissaire n’a pas prouvé l’existence d’effets anticoncurrentiels, qu’ils soient quantifiables ou qualitatifs, la défense fondée sur les gains en efficience s’applique, et la conclusion contraire de la Cour d’appel fédérale était incorrecte.

[166] Il peut paraître paradoxal de conclure que la décision du Tribunal, selon laquelle il y aurait vraisemblablement un empêchement sensible de

s. 96 balancing test and find zero anti-competitive effects. However, this result merely appears paradoxical in view of the particular facts of this case. Here, as discussed above, the Tribunal was able to consider evidence as to the effect on the market of the emergence of likely competitors, whether acceptable substitutes existed, and so on. Section 93 expressly permits the consideration of these factors in and of themselves. Ordinarily, the Commissioner would also use the evidence bearing on those factors to quantify the net effect of those factors on the economy in the form of deadweight loss. However, the statutory scheme does not bar a finding of likely substantial prevention where there has been a failure to quantify deadweight loss, and thus the Commissioner's failure to do so in this case was not fatal to the s. 92 determination. By contrast, the balancing test under s. 96 does require that quantifiable anti-competitive effects be quantified in order to be considered. As such, the failure to quantify deadweight loss in this case barred consideration, under s. 96, of the quantifiable effects that supported a finding of likely substantial prevention under s. 92. In circumstances where quantifiable effects were in fact quantified, a finding of likely substantial prevention under s. 92 would be accompanied by the consideration of quantified anti-competitive effects under the s. 96 analysis.

#### (6) Postscript

[167] While the efficiencies defence applies in this case under the terms of s. 96 as written, this case does not appear to me to reflect the policy considerations that Parliament likely had in mind in creating an exception to the general ban on anti-competitive mergers. As discussed above at para. 84 in the historical examination of s. 96, the evidence suggests that the efficiencies defence was created

la concurrence, était correcte pour ensuite déterminer, à l'issue de la pondération qu'exige l'art. 96, qu'il n'y avait aucun effet anticoncurrentiel. Or ce résultat ne semble paradoxal qu'en raison des faits propres à la présente affaire. Comme nous l'avons vu, le Tribunal a pu examiner une preuve portant sur l'effet sur le marché de l'arrivée de concurrents probables, l'existence de substituts acceptables, et ainsi de suite. L'article 93 permet expressément l'examen de ces facteurs. Ordinairement, la commissaire présenterait également la preuve portant sur ces facteurs pour quantifier leur effet net sur l'économie sous la forme d'une perte sèche. Cependant, le régime législatif ne fait pas obstacle à une conclusion qu'il y aura vraisemblablement un empêchement sensible de la concurrence dans les cas où la perte sèche n'a pas été quantifiée. Ainsi cette omission de la part de la commissaire dans la présente affaire n'a pas été fatale à la conclusion rendue en application de l'art. 92. En revanche, l'analyse de pondération visée à l'art. 96 exige bel et bien que les effets anticoncurrentiels quantifiables soient quantifiés pour être pris en considération. Pour cette raison, la non-quantification de la perte sèche en l'espèce a fait obstacle à la prise en compte, dans l'analyse qu'appelle l'art. 96, des effets quantifiables étayant la conclusion que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence au sens où il faut entendre l'expression pour l'application de l'art. 92. Si les effets quantifiables avaient effectivement été quantifiés, après avoir conclu, à l'issue de l'analyse qu'exige l'art. 92, que le fusionnement aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, on procéderait à l'examen des effets anticoncurrentiels quantifiés dans le cadre de l'analyse qu'appelle l'art. 96.

#### (6) Post-scriptum

[167] Si la défense fondée sur les gains en efficacité s'applique en l'espèce selon le libellé de l'art. 96, la présente affaire ne soulève pas selon moi les considérations que le législateur avait probablement en tête lorsqu'il a conçu cette exception à l'interdiction générale des fusionnements anticoncurrentiels. Comme nous l'avons vu au par. 84 dans le cadre de l'examen de l'historique de l'art. 96, la

in recognition of the size of Canada's domestic market and with an eye toward supporting operation at efficient levels of production and the realization of economies of scale, particularly with reference to international competition. By contrast, this case deals with competition on a local scale and where the operational efficiencies obtained do not appear to have been central to the acquiring party's ability to realize economies of scale to compete in the relevant market. Although I tend to think that this case may not represent one that Parliament had in mind in creating the efficiencies defence, I nonetheless find that the statute as currently drafted supports a finding that the defence is available in this case.

## VII. Conclusion

[168] I would allow the appeal. I would set aside the divestiture order of the Tribunal and dismiss the Commissioner's s. 92 application. The appellants are entitled to costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

[169] ABELLA J. — In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, which predates *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, the Court deferred to the British Columbia Securities Commission's specialized expertise in the interpretation of provisions of the *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, and applied a reasonableness standard despite the presence of a right of appeal and the absence of a privative clause. In other words, the specialized nature of the tribunal was seen to be more determinative of the legislature's true intent to make the tribunal master of its mandate. More recently, notwithstanding the same right of appeal in *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, [2013] 3 S.C.R. 895, this Court once again applied a reasonableness standard based on the British Columbia Securities Commission's

preuve permet de penser que cette défense avait été créée en raison de la taille du marché intérieur du Canada et pour favoriser l'efficacité de la production et les économies d'échelle, surtout par rapport à la concurrence internationale. Or, il s'agit en l'espèce d'une affaire de concurrence locale, où les gains en efficacité liés à l'exploitation réalisés ne paraissent pas avoir été essentiels aux économies d'échelle destinées à favoriser la compétitivité de la partie acquérante dans le marché en cause. Bien que je tende à penser que la présente affaire ne correspond peut-être pas à la situation que le législateur avait en tête lorsqu'il a créé la défense fondée sur les gains en efficacité, je suis d'avis que la loi dans sa version actuelle permet de conclure que le moyen de défense s'applique dans la présente affaire.

## VII. Conclusion

[168] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'ordonnance de dessaisissement prononcée par le Tribunal et de rejeter la demande fondée sur l'art. 92 présentée par la commissaire. Les appelantes ont droit aux dépens devant la Cour et devant la Cour d'appel fédérale.

Version française des motifs rendus par

[169] LA JUGE ABELLA — Dans l'arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, rendu avant l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour a déferé à l'expertise spécialisée de la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique dans l'interprétation de dispositions de la *Securities Act*, S.B.C. 1985, c. 83, et a appliqué la norme de la décision raisonnable, nonobstant l'existence d'un droit d'appel et l'absence d'une clause privative. Autrement dit, la nature spécialisée de ce tribunal administratif était considérée comme étant plus déterminante pour dégager l'intention véritable du législateur de confier à ce tribunal les rôles de son mandat. Plus récemment, dans l'arrêt *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2013] 3 R.C.S. 895, malgré l'existence d'un tel

specialized expertise: see *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 167.

[170] The cornerstone laid in *Pezim* introduced a new edifice for the review of specialized tribunals. Through cases like *McLean, Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 S.C.R. 160, and *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 S.C.R. 654, judges and lawyers engaging in judicial review proceedings came to believe, rightly and reasonably, that the jurisprudence of this Court had developed into a presumption that regardless of the presence or absence of either a right of appeal or a privative clause — that is notwithstanding legislative wording — when a tribunal is interpreting its home statute, reasonableness applies. I am at a loss to see why we would chip away — again<sup>2</sup> — at this precedential certainty. It seems to me that what we should be doing instead is confirming, not undermining, the reasonableness presumption and our jurisprudence that statutory language alone is not determinative of the applicable standard of review.

[171] That is why, with respect, although I otherwise agree with the reasons of the majority, I think the applicable standard is reasonableness, not correctness. I am aware that it is increasingly difficult to discern the demarcations between a reasonableness and correctness analysis, but until those lines are completely erased, I think it is worth protecting the existing principles as much as possible. To apply correctness in this case represents a reversion to the pre-*Pezim* era. Creating yet another exception by relying on the statutory language in this case which sets out a right of appeal, undermines the expertise the statute recognizes. This new exception is also, in my respectful view, an inexplicable variation from our jurisprudence that is certain to engender the very “standard of review” confusion

<sup>2</sup> See *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, [2012] 2 S.C.R. 283.

droit d’appel, la Cour a appliqué à nouveau la norme de la décision raisonnable, en raison du domaine d’expertise de la commission des valeurs mobilières de la province (voir *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, art. 167).

[170] La pierre angulaire déposée dans l’arrêt *Pezim* a jeté les bases d’un nouvel édifice de révision des décisions des tribunaux spécialisés. Au fil d’affaires comme *McLean, Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, [2011] 1 R.C.S. 160, et *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, [2011] 3 R.C.S. 654, les juges et les avocats participant au contrôle judiciaire en sont venus à croire, valablement et raisonnablement, que la jurisprudence de la Cour avait créé une présomption selon laquelle, qu’il y ait ou non de droit d’appel ou de clause privative — soit nonobstant le libellé de la loi —, dès lors qu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive, c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique. Je ne comprends pas pourquoi il faudrait miner — encore une fois<sup>2</sup> — une telle certitude jurisprudentielle. À mon avis, il convient de confirmer, et non d’ébranler, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et la jurisprudence de la Cour selon laquelle le seul libellé de la loi ne dicte pas la norme de contrôle applicable.

[171] Voilà pourquoi, soit dit en tout respect, bien que je souscrive par ailleurs aux motifs des juges majoritaires, j’estime que la norme de contrôle qui s’applique est celle de la décision raisonnable, et non celle de la décision correcte. J’admets qu’il devient de plus en plus difficile de distinguer les démarcations entre l’analyse propre à la norme de la décision raisonnable et celle propre à la norme de la décision correcte, mais avant que ces démarcations soient complètement oblitérées, je pense qu’il vaut la peine de préserver dans la mesure du possible les principes établis. Appliquer la norme de la décision correcte en l’espèce constitue un retour à la situation antérieure à l’arrêt *Pezim*. En créant encore une autre exception fondée sur le libellé de la loi, qui prévoit dans ce cas un droit d’appel, on sape

<sup>2</sup> Voir *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, [2012] 2 R.C.S. 283.

that inspired this Court to try to weave the strands together in the first place.

[172] The building blocks in our jurisprudence were carefully constructed. Binnie J. explained in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25, that

*Dunsmuir* recognized that *with or without a privative clause*, a measure of deference has come to be accepted as appropriate where a particular decision had been allocated to an administrative decision-maker rather than to the courts. This deference extended not only to facts and policy but to a tribunal's interpretation of its constitutive statute and related enactments because "there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal's decision is rationally supported" (*Dunsmuir*, at para. 41). A policy of deference "recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime" (*Dunsmuir*, at para. 49, quoting Professor David J. Mullan, "Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?" (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93). Moreover, "[d]eference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context" (*Dunsmuir*, at para. 54). [Emphasis added.]

[173] This was further explained in *Alberta Teachers' Association* in its first paragraph: "Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals."

l'expertise reconnue par le texte législatif. Cette nouvelle exception représente également à mon avis un écart inexplicable par rapport à la jurisprudence de la Cour et va engendrer sans aucun doute la confusion relative à la « norme de contrôle » qui avait amené la Cour au départ à vouloir y mettre de l'ordre.

[172] La jurisprudence de la Cour a été soigneusement édiflée. Pour reprendre l'explication du juge Binnie dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, [2009] 1 R.C.S. 339 :

Dans *Dunsmuir*, notre Cour a reconnu que, *sans égard à l'existence d'une clause privative*, il est maintenant admis qu'une certaine déférence s'impose lorsqu'une décision particulière a été confiée à un décideur administratif plutôt qu'aux tribunaux judiciaires. Cette déférence s'étend non seulement aux questions touchant aux faits et à la politique, mais aussi à l'interprétation, par le tribunal administratif, de sa loi constitutive et des dispositions législatives connexes étant donné « qu'une disposition législative peut donner lieu à plus d'une interprétation valable, et un litige, à plus d'une solution, et que la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel » (*Dunsmuir*, par. 41). Le principe de la déférence « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l'application de régimes administratifs souvent complexes possèdent ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l'égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » (*Dunsmuir*, par. 49, citant le professeur David J. Mullan, « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93). En outre, la déférence « peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé » (*Dunsmuir*, par. 54). [Je souligne; par. 25.]

[173] La Cour réitère l'explication dans le premier paragraphe de l'arrêt *Alberta Teachers' Association* : « En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. »

[174] In *Smith*, this Court applied a reasonableness standard of review to an arbitration committee's interpretation of its home statute, even though that statute provided that decisions of the arbitration committee on questions of law or jurisdiction *could be appealed to the Federal Court* (para. 40; see *National Energy Board Act*, R.S.C. 1985, c. N-7, s. 101). And, as previously noted, in *McLean* the Court held that a reasonableness standard applied to the British Columbia Securities Commission's interpretation of its home statute despite the fact that the statute contained a statutory right of appeal with leave to the British Columbia Court of Appeal: paras. 23-24; *Securities Act*, s. 167.

[175] In *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [2011] 3 S.C.R. 471, the Court recognized that the fact that little deference had traditionally been extended to human rights tribunals in respect of their decisions on legal questions, was in tension with the deferential approach to judicial review espoused in *Dunsmuir*. The Court ultimately held that because the question of costs was located within the Canadian Human Rights Tribunal's core function and expertise relating to its interpretation and application of its enabling statute, a reasonableness standard of review applied. As LeBel and Cromwell JJ. noted, "[i]n the context of judicial review, deference can shield administrative decision makers from excessive judicial intervention even on certain questions of law as long as these questions are located within the decision makers' core function and expertise": para. 30.

[176] The presumption of reasonableness to an administrative decision maker's interpretation of its home statute or closely related legislation, even on questions of law, is therefore well established in this Court's jurisprudence: see also *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, [2014] 2 S.C.R. 135; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 2 S.C.R. 559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011]

[174] Dans l'arrêt *Smith*, la Cour applique la norme de contrôle de la décision raisonnable à l'interprétation, par un comité d'arbitrage, de sa loi constitutive, même si cette dernière prévoit un droit d'appel à la Cour fédérale des décisions du comité sur des questions de droit ou de compétence (par. 40; voir également la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 101). En outre, comme nous l'avons vu, la Cour dans l'arrêt *McLean* conclut à l'application de la norme de la décision raisonnable à l'interprétation que fait la commission des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique de sa loi constitutive, et ce même si cette loi prévoit un droit d'appel à la Cour d'appel de la province sur autorisation de celle-ci (par. 23-24; *Securities Act*, art. 167).

[175] Dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 471, la Cour reconnaît que le peu de déférence accordé par le passé aux décisions des tribunaux des droits de la personne sur des questions de droit contredit la démarche empreinte de déférence en matière de contrôle judiciaire qu'elle préconise dans l'arrêt *Dunsmuir*. La Cour finit par conclure que parce que la question des dépens relève essentiellement du mandat et de l'expertise du Tribunal canadien des droits de la personne liés à l'interprétation et à l'application de sa loi constitutive, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique. Selon les juges LeBel et Cromwell, « [d]ans le cas du contrôle judiciaire, la déférence peut protéger le décideur administratif d'une immixtion judiciaire trop poussée, même à l'égard de certaines questions de droit dès lors que celles-ci touchent au cœur même du mandat et du domaine d'expertise du décideur » (par. 30).

[176] Ainsi, la présomption selon laquelle c'est la norme de la décision raisonnable qui vaut à l'égard de l'interprétation par un décideur administratif de sa loi constitutive ou d'une loi qui y est étroitement liée, même lorsqu'une question de droit est soulevée, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour (voir aussi *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, [2014] 2 R.C.S. 135; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 2 R.C.S.

3 S.C.R. 616; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 S.C.R. 678.

[177] It is true that this Court has recognized that certain categories of questions warrant a correctness review. Rothstein J. set them out in *Alberta Teachers' Association*, at para. 30:

There is authority that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, *per* Fish J.). This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to which the correctness standard continues to apply, i.e., “constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator’s expertise, . . . ‘[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ., citing *Dunsmuir*, at paras. 58, 60-61).

[178] Notably, a statutory right of appeal is not one of them.

[179] While the statutory language granting the right of appeal in this case may be different from the language in *Pezim, McLean* and *Smith*, it is not sufficiently different to undermine the established principle of deference to tribunal expertise in the interpretation of the tribunal’s own statute. Using such language to trump the deference owed to tribunal expertise, elevates the factor of statutory language to a pre-eminent and determinative status we have long denied it. I see nothing, in other words, that warrants departing from what the legal profession has come to see as our governing template for reviewing the decisions of specialized expert tribunals on a reasonableness standard, most recently on

559; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, [2011] 3 R.C.S. 616; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, [2009] 2 R.C.S. 678).

[177] Certes, la Cour reconnaît que certaines catégories de questions sont assujetties à la norme de la décision correcte. Le juge Rothstein les énumère dans l’arrêt *Alberta Teachers' Association* :

Suivant la jurisprudence, « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l’interprétation de la loi constitutive relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60-61). [par. 30]

[178] Signalons qu’un droit d’appel légal n’en fait pas partie.

[179] Bien que le libellé de la disposition accordant le droit d’appel dans l’affaire qui nous occupe diffère de celui qui est en cause dans les affaires *Pezim, McLean* et *Smith*, il ne diffère pas suffisamment pour saper le principe établi, à savoir que la déférence s’impose à l’égard de l’interprétation par un tribunal expert de sa loi constitutive. Invoquer ce genre de libellé pour supplanter la déférence que commande l’expertise du tribunal a pour effet d’élever le facteur du libellé de la loi au rang d’élément prééminent et déterminant que nous avons longtemps refusé de lui reconnaître. Autrement dit, rien ne justifie que l’on s’écarte de ce que les juristes considèrent comme le cadre régissant le contrôle des

muscular display in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 S.C.R. 633.

[180] In this case, applying that template leads to the conclusion that the Competition Tribunal's interpretation of s. 96 of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, was unreasonable. I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

[181] KARAKATSANIS J. (dissenting) — I agree with the reasons of my colleague Justice Rothstein as they concern the proper analytical approach to s. 92(1) of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34. I further agree with his conclusion that it was open to the Competition Tribunal to find that the merger in this case was likely to substantially prevent competition contrary to s. 92(1).

[182] However, I cannot agree with my colleague's approach to the s. 96 efficiencies defence and his conclusion that Tervita was entitled to the benefit of that defence in this case. I would affirm the decision and the analysis of the Federal Court of Appeal, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, in that regard.

[183] The efficiencies defence set out in s. 96(1) of the *Competition Act* requires the Tribunal to balance the efficiencies of the merger against its anti-competitive effects:

**96.** (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and

décisions de tribunaux administratifs experts, qui appelle la norme de la décision raisonnable et dont nous avons vu une puissante démonstration dans l'arrêt récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, [2014] 2 R.C.S. 633.

[180] En l'espèce, l'application de ce cadre mène à la conclusion que l'interprétation de l'art. 96 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34, par le Tribunal de la concurrence n'était pas raisonnable. Je suis d'avis d'accueillir l'appel.

Version française des motifs rendus par

[181] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Rothstein dans la mesure où ils portent sur la bonne méthode à adopter pour l'analyse qu'appelle le par. 92(1) de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34. Je souscris également à sa conclusion selon laquelle il était loisible au Tribunal de la concurrence de conclure que le fusionnement en l'espèce aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence, ce que ne permet pas le par. 92(1).

[182] Toutefois, je ne saurais souscrire à l'approche préconisée par mon collègue à l'égard de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue à l'art. 96 et à sa conclusion selon laquelle Tervita avait le droit de s'en prévaloir en l'espèce. Je suis d'avis de confirmer la décision et l'analyse de la Cour d'appel fédérale, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, à cet égard.

[183] L'application de la défense fondée sur les gains en efficacité prévue au par. 96(1) de la *Loi sur la concurrence* est subordonnée à la mise en balance par le Tribunal des gains en efficacité qu'entraîne le fusionnement et de ses effets anticoncurrentiels :

**96.** (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront



that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

[184] The Federal Court of Appeal and Justice Rothstein concluded, rightly in my view, that the statutory requirement that efficiency gains be “greater than” and “offset” the anti-competitive effects imports a weighing of quantitative and qualitative aspects. The Tribunal has the discretion to decide what methodology to apply on a case-by-case basis, so long as the various objectives of the Act are taken into account. Section 96 provides for flexible trade-off analysis, in order to meet the various objectives of the Act. Efficiencies and effects should be quantified wherever reasonably possible; rough estimates should be provided where precise quantification is not possible; and the assessment of qualitative effects should be objectively reasonable, supported by evidence and clear reasoning. (See Rothstein J.’s reasons, at paras. 144-45 and 148; F.C.A. reasons, at paras. 146 and 148.)

[185] However, I do not agree that the need for “reasonable objectivity” justifies Justice Rothstein’s hierarchical approach to quantitative and qualitative aspects under the efficiencies defence. Nor do I accept his assessment that “qualitative effects will be of lesser importance” (para. 146; see also paras. 147-48). I see no value in prioritizing quantitative over qualitative efficiencies. Both are relevant to the statutory test, and their significance depends on the circumstances of the case.

[186] The statutory language makes no such distinction. Moreover, many of the purposes set out in s. 1.1 of the Act may not be quantifiable. These purposes include not only providing consumers with competitive prices and products, but also promoting adaptability of the Canadian economy, expanding opportunities for Canadian businesses abroad, recognizing the value of foreign competition in Canada,

vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l’ordonnance était rendue.

[184] La Cour d’appel fédérale et le juge Rothstein ont conclu, à juste titre selon moi, que la condition prévue par la loi — selon laquelle les gains en efficacité « surpasseront » et « neutraliseront » les effets anticoncurrentiels — emporte une pondération des aspects tant quantitatifs que qualitatifs. Le Tribunal est habilité à déterminer la méthodologie applicable à chaque cas, si les divers objets de la Loi sont pris en compte. L’article 96 prévoit une analyse conciliatoire souple qui permet le respect des divers objets de la Loi. Les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels devraient être quantifiés chaque fois qu’il est raisonnablement possible de le faire; des estimations approximatives devraient être fournies lorsqu’une quantification précise n’est pas possible et l’évaluation des effets qualitatifs devrait être objectivement raisonnable et étayée par des éléments de preuve et un raisonnement clair. (Voir les motifs du juge Rothstein, par. 144-145 et 148; motifs de la C.A.F., par. 146 et 148.)

[185] Toutefois, je ne saurais accepter que la nécessité d’une « objectivité raisonnable » justifie la conception hiérarchique adoptée par le juge Rothstein à l’égard des aspects quantitatifs et qualitatifs qu’il faut évaluer au regard de la défense fondée sur les gains en efficacité. Je ne saurais non plus accepter son affirmation selon laquelle « les aspects qualitatifs joueront un rôle moins important » (par. 146; voir aussi par. 147-148). Je ne vois aucun intérêt à accorder plus de valeur aux gains en efficacité quantitatifs qu’aux gains en efficacité qualitatifs. Les deux sont pertinents dans l’analyse qu’appelle le critère légal, et leur importance dépend des circonstances de l’espèce.

[186] Le libellé de la loi n’établit aucune distinction de cette nature. De plus, bon nombre des objets prévus à l’art. 1.1 de la Loi peuvent ne pas être quantifiables; par exemple, assurer aux consommateurs des prix et des produits compétitifs, stimuler l’adaptabilité de l’économie canadienne, améliorer les chances de participation canadienne aux marchés étrangers, tenir compte du rôle de la concurrence étrangère au

and ensuring that businesses of all sizes are able to participate fully in the Canadian economy.

[187] These wide-ranging purposes illustrate that important anti-competitive effects of a merger may be qualitative in nature. In some cases, such qualitative effects may be determinative in the s. 96 analysis. Thus, the flexible analytical approach mandated by this provision reflects the wide range of objectives the Act serves. Where the legislation mandates such a purposive analysis, the relative significance of qualitative and quantitative gains or effects can only be determined in the circumstances of each case. It is neither helpful nor necessary to predetermine their relative role and importance in the s. 96 defence.

[188] Justice Rothstein, however, frames the balancing test in s. 96 as a two-step inquiry. First, he says, the quantitative efficiencies of the merger at issue should be compared against the quantitative anti-competitive effects (the “greater than” prong of the s. 96 inquiry). Second, qualitative efficiencies should be balanced against the qualitative anti-competitive effects, and a final determination must be made as to whether the total efficiencies offset the total anti-competitive effects of the merger at issue (the “offset” prong of the inquiry) (paras. 147-48).

[189] I do not read s. 96 as mandating a two-step framework that separates quantitative and qualitative efficiencies and anti-competitive effects. Such an approach is unnecessarily artificial and not required by the statutory language or context. Presumably Justice Rothstein’s “final determination” assesses whether the (quantitative and qualitative) gains in efficiencies will be *greater than*, and will *offset*, the (quantitative and qualitative) anti-competitive effects of the merger. This is precisely what is required by the language of s. 96. The first two steps are superfluous. In any event, the expert Tribunal is best positioned to identify instances where like factors

Canada et assurer aux entreprises de toutes tailles une pleine participation à l’économie canadienne.

[187] Ces objets variés démontrent la possibilité que les effets anticoncurrentiels importants d’un fusionnement soient de nature qualitative. Dans certains cas, ces effets qualitatifs peuvent être déterminants dans l’analyse qu’appelle l’art. 96. Ainsi, la méthode d’analyse souple que commande cette disposition témoigne de la grande variété d’objets que vise la Loi. Lorsque la loi prévoit une telle analyse téléologique, l’importance relative des gains ou effets qualitatifs d’une part et quantitatifs d’autre part ne peut être déterminée qu’au cas par cas. Il n’est ni utile ni nécessaire de déterminer à l’avance le rôle et l’importance de chaque catégorie dans l’analyse visant à décider si la défense fondée sur l’art. 96 s’applique.

[188] Toutefois, le juge Rothstein caractérise la pondération à laquelle il faut procéder au titre de l’art. 96 comme une analyse en deux étapes. Dans un premier temps, affirme-t-il, les gains en efficacité quantitatifs du fusionnement sont comparés aux effets anticoncurrentiels quantitatifs (le volet du surpassement de l’analyse qu’appelle l’art. 96). Dans un deuxième temps, les gains en efficacité qualitatifs sont mis en balance avec les effets anticoncurrentiels qualitatifs, et la dernière analyse détermine si le total des gains en efficacité neutralise le total des effets anticoncurrentiels du fusionnement en cause (le volet de neutralisation de l’analyse) (par. 147-148).

[189] À mon avis, l’art. 96 ne commande pas l’application d’un cadre analytique en deux étapes qui distingue entre les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels quantitatifs et qualitatifs. Cette approche est inutilement factice et n’est requise ni par le libellé ni par le contexte de la loi. On peut supposer que la « dernière analyse » que décrit le juge Rothstein consiste à déterminer si les gains en efficacité (quantitatifs et qualitatifs) *surpasseront* et *neutraliseront* les effets anticoncurrentiels (quantitatifs et qualitatifs) du fusionnement. C’est précisément ce qu’exige le libellé de l’art. 96. Les deux premières étapes sont superflues. Quoi qu’il en soit,

should be compared, as well as circumstances where this would not be as effective.

[190] The Federal Court of Appeal agreed with the Tribunal's articulation of this aspect of the efficiencies defence test. Writing for the court, Mainville J.A. found that "the offset called for under section 96 . . . requires the Tribunal to balance both quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) gains in efficiency against both the quantitative and non-quantitative (i.e. qualitative) effects of any prevention or lessening of competition" flowing from the merger (para. 146). In the court's view, the analysis is at heart about balancing overall efficiency gains against overall anti-competitive effects, and simply tallying up "mathematical quantifications", while important, cannot provide a complete answer (*ibid.*). Of course, quantification is very important in order to ensure, whenever possible, that proper weight is attributed to any given efficiency or anti-competitive effect.

[191] The Federal Court of Appeal's approach to the s. 96 analysis provides an appropriate level of flexibility, given that efficiencies and anti-competitive effects will not always be easy to measure. For instance, there may be circumstances where a given quantitative factor is closely linked to a qualitative factor. The s. 96 framework enables the expert Tribunal to holistically assess the entirety of the evidence before it, rather than artificially bifurcating the analysis of qualitative and quantitative effects that may, in some cases, more helpfully be analyzed together. Such a test allows the Tribunal to reach an objective and reasonable determination regarding the s. 96 defence by minimizing subjective considerations, but without limiting itself to solely mathematical considerations. This approach provides more flexibility to achieve the purposes of the Act.

[192] Further, I disagree with my colleague that the Tribunal (and in this case the Federal Court of

le Tribunal expert est le mieux placé pour savoir quand il convient ou non de comparer des facteurs de même nature.

[190] La Cour d'appel fédérale a souscrit à l'interprétation par le Tribunal de cet aspect de la défense fondée sur les gains en efficacité. S'exprimant au nom de la cour, le juge Mainville a conclu que « la neutralisation exigée par l'article 96 [. . .] oblige le Tribunal à pondérer tant les gains en efficacité quantitatifs et les gains en efficacité non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) que les effets quantitatifs et les effets non quantitatifs (c.-à-d. qualitatifs) de tout empêchement ou de toute diminution de la concurrence » découlant du fusionnement (par. 146). Selon la cour, l'analyse porte essentiellement sur la pondération des gains en efficacité toutes catégories confondues et des effets anticoncurrentiels toutes catégories confondues, et la réduire simplement à des « calculs mathématiques », aussi importants soient-ils, ne peut fournir une réponse complète (*ibid.*). Bien entendu, la quantification est très importante en ce qui a trait à l'attribution, dans la mesure du possible, d'une valeur suffisante à tout gain en efficacité ou à tout effet anticoncurrentiel.

[191] La démarche préconisée par la Cour d'appel fédérale à l'égard de l'analyse qu'appelle l'art. 96 prévoit une certaine souplesse, les gains en efficacité et les effets anticoncurrentiels n'étant pas toujours faciles à mesurer. Par exemple, il peut exister des situations où un facteur quantitatif donné est lié de près à un facteur qualitatif. Le cadre applicable à l'art. 96 permet au Tribunal expert d'évaluer globalement la preuve qui lui a été présentée plutôt que de scinder artificiellement l'analyse des effets qualitatifs et des effets quantitatifs. En effet, dans certains cas, il peut être plus utile de les analyser ensemble. En appliquant ce critère, le Tribunal peut rendre une décision objective et raisonnable concernant l'application de la défense fondée sur l'art. 96 en réduisant au minimum les considérations subjectives, sans pour autant la limiter aux calculs mathématiques. Cette approche offre davantage de souplesse dans la réalisation des objets de la Loi.

[192] En outre, je ne souscris pas à l'avis de mon collègue selon lequel le Tribunal (et en l'espèce la

Appeal) is precluded from considering any evidence of a quantifiable anti-competitive effect because the Commissioner of Competition failed to fully quantify it. I agree with the Federal Court of Appeal that while the Commissioner should quantify when possible, the failure to do so does not invalidate the evidence that established there was a known anti-competitive effect of undetermined extent.

[193] The Commissioner bears the onus to prove “that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially” under s. 92. She met that onus in this case. Section 96 is a defence. It is the appellants who must demonstrate on a balance of probabilities that the gains in efficiency offset the anti-competitive effects in order for the s. 96 defence to apply. The Commissioner bears the evidentiary burden to lead evidence of the anti-competitive effects of a merger, and bears the risk that the failure to fully quantify such effects where possible may render the evidence insufficient to counter the evidence of efficiency gains.

[194] However, where the expert evidence does not fully provide a quantification of the anti-competitive effects, I do not agree with my colleague that the evidence has no probative value whatsoever and must be ignored. Relevant evidence is generally admissible, and the failure to lead the best evidence available goes to weight, not admissibility. Clearly, the evidence will have less probative value without an estimate or quantification. No doubt it would be more difficult for an undetermined anti-competitive effect to outweigh any significant efficiency gains. However, it does not become irrelevant or inadmissible. The statutory language does not require such a result. Nor does the purpose or context of the legislation.

[195] Although Justice Rothstein recognizes that this exclusionary rule may lead to a “paradoxical”

Cour d’appel fédérale) ne peut tenir compte de tout effet anticoncurrentiel quantifiable parce que la commissaire de la concurrence ne l’a pas entièrement quantifié. Je partage l’avis de la Cour d’appel fédérale selon qui la commissaire devrait procéder, dans la mesure du possible, à une quantification. À l’instar de la cour, j’estime également que la preuve ayant établi qu’il y avait un effet anticoncurrentiel connu d’une valeur indéterminée n’est pas invalidée du fait d’une quantification incomplète.

[193] Il incombe à la commissaire de prouver « qu’un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet » pour l’application de l’art. 92. Elle s’est acquittée de ce fardeau en l’espèce. L’article 96 est un moyen de défense. Pour que la défense s’applique, il incombe aux appelantes de démontrer selon la prépondérance des probabilités que les gains en efficacité neutralisent les effets anticoncurrentiels. La commissaire doit présenter des éléments de preuve sur les effets anticoncurrentiels du fusionnement et assume le risque qu’une quantification incomplète des effets quantifiables soit insuffisante pour réfuter la preuve des gains en efficacité.

[194] Cependant, je ne partage pas l’avis de mon collègue selon qui, lorsqu’une preuve d’expert ne quantifie pas complètement les effets anticoncurrentiels, cette preuve n’a aucune valeur probante et ne compte pas. La preuve pertinente est généralement admissible, et le défaut de présenter la meilleure preuve possible influe sur le poids qui peut être accordé à cette preuve, non pas sur son admissibilité. De toute évidence, la preuve est moins probante si elle n’est pas fondée sur une estimation ou une quantification. Il ne fait aucun doute qu’un effet anticoncurrentiel indéterminé surpassera difficilement un gain en efficacité important. Toutefois, la preuve de cet effet n’en devient pas pour autant non pertinente ou inadmissible. Ce n’est pas ce que prévoit le libellé de la loi, ni par ailleurs son objet ou son contexte.

[195] Certes, le juge Rothstein admet qu’une telle règle d’exclusion risque de mener à un résultat

result in this case, he justifies his restrictive approach on the basis that it promotes objective assessment and discourages subjectivity and speculation (paras. 151 and 166). In my view, such an approach unduly limits the ability of the Tribunal to fulfill its statutory mandate. Section 96 gives the Tribunal the flexibility to meet all the purposes of the Act, including the primary purpose “to maintain and encourage competition in Canada” (s. 1.1). The balancing exercise under s. 96 necessarily requires the Tribunal to use its expert assessment and judgment. It must also provide explicit and transparent reasons for its conclusions.

[196] Obviously, the Tribunal must apply the test in s. 96 to the evidence before it in a way that is fair to the parties. Expert decision makers routinely assess evidence that is not the best evidence available, and they are attuned to when the particular circumstances of the case could result in procedural unfairness.

[197] Here, the Federal Court of Appeal determined that there was some value to the Tribunal’s finding that prices would have been 10 percent lower in the Contestable Area in the absence of a merger. While the evidence did not permit a calculation of the deadweight loss in the absence of estimates of market elasticity and the merged entity’s own price elasticity of demand, in my view the court was entitled to conclude that this amounted to evidence of a known anti-competitive effect, although its extent was undetermined.

[198] Since it was open to the Federal Court of Appeal to consider the anti-competitive effects in its analysis, it follows that the court was also in a position to accept that Tervita’s pre-existing monopoly was likely to magnify the anti-competitive effects of the merger (F.C.A. reasons, at para. 173). Ultimately, the court was entitled to find that the proven efficiency gains were “marginal to the point of being negligible” and did not likely exceed the known (but undetermined) anti-competitive effects (para. 169).

« paradoxal » dans la présente affaire, mais justifie sa démarche restrictive en affirmant qu’elle favorise l’objectivité et décourage la subjectivité et les conjectures (par. 151 et 166). Selon moi, ce serait mettre des bâtons dans les roues au Tribunal dans la réalisation du mandat que lui confère la loi. L’article 96 accorde au Tribunal la souplesse nécessaire pour favoriser la réalisation des objets de la Loi, dont l’objet principal, à savoir « préserver et favoriser la concurrence au Canada » (art. 1.1). L’exercice de pondération qu’exige cette disposition oblige le Tribunal à faire appel à son expertise et à son jugement. Il doit aussi assortir ses conclusions de motifs clairs.

[196] Évidemment, le Tribunal doit appliquer le critère prévu à l’art. 96 à la preuve qui lui a été présentée d’une façon équitable pour les parties. Les décideurs experts ont souvent à évaluer une preuve qui n’est pas la meilleure possible; ils peuvent détecter les cas où les circonstances particulières risquent de se traduire par un manque d’équité procédurale.

[197] En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a accordé du poids à la conclusion du Tribunal selon laquelle les prix auraient sans doute été inférieurs de 10 p. 100 dans la zone contestable, n’eût été le fusionnement. Bien que la preuve n’ait pas permis de calculer la perte sèche sans une estimation de l’élasticité du marché et sans données sur l’élasticité de la demande par rapport au prix à l’égard de l’entité fusionnée, à mon sens, la cour pouvait conclure à la preuve d’un effet anticoncurrentiel connu, mais d’une valeur indéterminée.

[198] Puisqu’il était loisible à la Cour d’appel fédérale de tenir compte des effets anticoncurrentiels dans son analyse, elle pouvait également juger que le monopole préexistant de Tervita aurait vraisemblablement pour effet d’amplifier les effets anticoncurrentiels du fusionnement (motifs de la C.A.F., par. 173). Finalement, la cour pouvait conclure à bon droit que les gains en efficacité établis étaient « minimales au point d’être négligeables » et n’excédaient vraisemblablement pas les effets anticoncurrentiels connus (mais indéterminés) (par. 169).

[199] As noted above, the overall analysis under s. 96 must be as objective and reasonable as possible. Effects that can be quantified should be quantified. However, within this framework, negligible gains in efficiency will not necessarily outweigh and offset known anti-competitive effects, even if they are assigned an “undetermined” weight. This approach is in keeping with past jurisprudence of the Tribunal: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, 2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417, at paras. 171-72. Such an approach also accurately reflects the primary purpose of the Act, which is “to maintain and encourage competition in Canada” (s. 1.1).

[200] The Federal Court of Appeal was accordingly entitled to conclude that the s. 96 efficiencies defence was not available. I would dismiss the appeal, and award costs to the respondent.

## APPENDIX

*Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34

**1.1** The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

**79.** (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

- (a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,
- (b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and
- (c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

[199] Comme je l’ai déjà dit, l’analyse globale qu’appelle l’art. 96 doit être aussi objective et raisonnable que possible. Les effets qui peuvent être quantifiés devraient l’être. Toutefois, dans ce contexte, les gains en efficacité négligeables ne surpasseront pas et ne neutraliseront pas forcément les effets anticoncurrentiels connus, même si on leur accorde une valeur « indéterminée ». Ce raisonnement est dans le droit fil de la jurisprudence antérieure du Tribunal (*Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc.*, 2002 Trib. conc. 16 (en ligne), par. 171-172). De plus, ce raisonnement est tout à fait conforme à l’objet principal de la Loi, qui est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada » (art. 1.1).

[200] Par conséquent, c’est à bon droit que la Cour d’appel fédérale a conclu que la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par l’art. 96 n’était pas applicable. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi et d’adjuger les dépens à l’intimé.

## ANNEXE

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. 1985, c. C-34

**1.1** La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne, d’améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d’assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie canadienne, de même que dans le but d’assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

**79.** (1) Lorsque, à la suite d’une demande du commissaire, il conclut à l’existence de la situation suivante :

- a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions;
- b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anticoncurrentiels;
- c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

**92.** (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially

- (a) in a trade, industry or profession,
- (b) among the sources from which a trade, industry or profession obtains a product,
- (c) among the outlets through which a trade, industry or profession disposes of a product, or
- (d) otherwise than as described in paragraphs (a) to (c),

the Tribunal may, subject to sections 94 to 96,

- (e) in the case of a completed merger, order any party to the merger or any other person
  - (i) to dissolve the merger in such manner as the Tribunal directs,
  - (ii) to dispose of assets or shares designated by the Tribunal in such manner as the Tribunal directs, or
  - (iii) in addition to or in lieu of the action referred to in subparagraph (i) or (ii), with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, to take any other action, or
- (f) in the case of a proposed merger, make an order directed against any party to the proposed merger or any other person
  - (i) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with the merger,
  - (ii) ordering the person against whom the order is directed not to proceed with a part of the merger, or
  - (iii) in addition to or in lieu of the order referred to in subparagraph (ii), either or both

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

**92.** (1) Dans les cas où, à la suite d'une demande du commissaire, le Tribunal conclut qu'un fusionnement réalisé ou proposé empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou aura vraisemblablement cet effet :

- a) dans un commerce, une industrie ou une profession;
- b) entre les sources d'approvisionnement auprès desquelles un commerce, une industrie ou une profession se procure un produit;
- c) entre les débouchés par l'intermédiaire desquels un commerce, une industrie ou une profession écoule un produit;
- d) autrement que selon ce qui est prévu aux alinéas a) à c),

le Tribunal peut, sous réserve des articles 94 à 96 :

- e) dans le cas d'un fusionnement réalisé, rendre une ordonnance enjoignant à toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement ou non :
  - (i) de le dissoudre, conformément à ses directives,
  - (ii) de se départir, selon les modalités qu'il indique, des éléments d'actif et des actions qu'il indique,
  - (iii) en sus ou au lieu des mesures prévues au sous-alinéa (i) ou (ii), de prendre toute autre mesure, à condition que la personne contre qui l'ordonnance est rendue et le commissaire souscrivent à cette mesure;
- f) dans le cas d'un fusionnement proposé, rendre, contre toute personne, que celle-ci soit partie au fusionnement proposé ou non, une ordonnance enjoignant :
  - (i) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder au fusionnement,
  - (ii) à la personne contre laquelle l'ordonnance est rendue de ne pas procéder à une partie du fusionnement,
  - (iii) en sus ou au lieu de l'ordonnance prévue au sous-alinéa (ii), cumulativement ou non :

(A) prohibiting the person against whom the order is directed, should the merger or part thereof be completed, from doing any act or thing the prohibition of which the Tribunal determines to be necessary to ensure that the merger or part thereof does not prevent or lessen competition substantially, or

(B) with the consent of the person against whom the order is directed and the Commissioner, ordering the person to take any other action.

(2) For the purpose of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially solely on the basis of evidence of concentration or market share.

**93.** In determining, for the purpose of section 92, whether or not a merger or proposed merger prevents or lessens, or is likely to prevent or lessen, competition substantially, the Tribunal may have regard to the following factors:

(a) the extent to which foreign products or foreign competitors provide or are likely to provide effective competition to the businesses of the parties to the merger or proposed merger;

(b) whether the business, or a part of the business, of a party to the merger or proposed merger has failed or is likely to fail;

(c) the extent to which acceptable substitutes for products supplied by the parties to the merger or proposed merger are or are likely to be available;

(d) any barriers to entry into a market, including

- (i) tariff and non-tariff barriers to international trade,
- (ii) interprovincial barriers to trade, and
- (iii) regulatory control over entry,

and any effect of the merger or proposed merger on such barriers;

(e) the extent to which effective competition remains or would remain in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger;

(A) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance, de s'abstenir, si le fusionnement était éventuellement complété en tout ou en partie, de faire quoi que ce soit dont l'interdiction est, selon ce que conclut le Tribunal, nécessaire pour que le fusionnement, même partiel, n'empêche ni ne diminue sensiblement la concurrence,

(B) à la personne qui fait l'objet de l'ordonnance de prendre toute autre mesure à condition que le commissaire et cette personne y souscrivent.

(2) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas qu'un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou qu'il aura vraisemblablement cet effet, en raison seulement de la concentration ou de la part du marché.

**93.** Lorsqu'il détermine, pour l'application de l'article 92, si un fusionnement, réalisé ou proposé, empêche ou diminue sensiblement la concurrence, ou s'il aura vraisemblablement cet effet, le Tribunal peut tenir compte des facteurs suivants :

a) la mesure dans laquelle des produits ou des concurrents étrangers assurent ou assureront vraisemblablement une concurrence réelle aux entreprises des parties au fusionnement réalisé ou proposé;

b) la déconfiture, ou la déconfiture vraisemblable de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une partie au fusionnement réalisé ou proposé;

c) la mesure dans laquelle sont ou seront vraisemblablement disponibles des produits pouvant servir de substituts acceptables à ceux fournis par les parties au fusionnement réalisé ou proposé;

d) les entraves à l'accès à un marché, notamment :

- (i) les barrières tarifaires et non tarifaires au commerce international,
- (ii) les barrières interprovinciales au commerce,
- (iii) la réglementation de cet accès,

et tous les effets du fusionnement, réalisé ou proposé, sur ces entraves;

e) la mesure dans laquelle il y a ou il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé;



(f) any likelihood that the merger or proposed merger will or would result in the removal of a vigorous and effective competitor;

(g) the nature and extent of change and innovation in a relevant market; and

(h) any other factor that is relevant to competition in a market that is or would be affected by the merger or proposed merger.

**96.** (1) The Tribunal shall not make an order under section 92 if it finds that the merger or proposed merger in respect of which the application is made has brought about or is likely to bring about gains in efficiency that will be greater than, and will offset, the effects of any prevention or lessening of competition that will result or is likely to result from the merger or proposed merger and that the gains in efficiency would not likely be attained if the order were made.

(2) In considering whether a merger or proposed merger is likely to bring about gains in efficiency described in subsection (1), the Tribunal shall consider whether such gains will result in

(a) a significant increase in the real value of exports; or

(b) a significant substitution of domestic products for imported products.

(3) For the purposes of this section, the Tribunal shall not find that a merger or proposed merger has brought about or is likely to bring about gains in efficiency by reason only of a redistribution of income between two or more persons.

*Appeal allowed with costs, KARAKATSANIS J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Torys, Toronto.*

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

f) la possibilité que le fusionnement réalisé ou proposé entraîne ou puisse entraîner la disparition d'un concurrent dynamique et efficace;

g) la nature et la portée des changements et des innovations sur un marché pertinent;

h) tout autre facteur pertinent à la concurrence dans un marché qui est ou serait touché par le fusionnement réalisé ou proposé.

**96.** (1) Le Tribunal ne rend pas l'ordonnance prévue à l'article 92 dans les cas où il conclut que le fusionnement, réalisé ou proposé, qui fait l'objet de la demande a eu pour effet ou aura vraisemblablement pour effet d'entraîner des gains en efficacité, que ces gains surpasseront et neutraliseront les effets de l'empêchement ou de la diminution de la concurrence qui résulteront ou résulteront vraisemblablement du fusionnement réalisé ou proposé et que ces gains ne seraient vraisemblablement pas réalisés si l'ordonnance était rendue.

(2) Dans l'étude de la question de savoir si un fusionnement, réalisé ou proposé, entraînera vraisemblablement les gains en efficacité visés au paragraphe (1), le Tribunal évalue si ces gains se traduiront :

a) soit en une augmentation relativement importante de la valeur réelle des exportations;

b) soit en une substitution relativement importante de produits nationaux à des produits étrangers.

(3) Pour l'application du présent article, le Tribunal ne conclut pas, en raison seulement d'une redistribution de revenu entre plusieurs personnes, qu'un fusionnement réalisé ou proposé a entraîné ou entraînera vraisemblablement des gains en efficacité.

*Pourvoi accueilli avec dépens, la juge KARAKATSANIS est dissidente.*

*Procureurs des appelantes : Torys, Toronto.*

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

**Saskatchewan Federation of Labour**  
**(in its own right and on behalf**  
**of the unions and workers in the**  
**Province of Saskatchewan),**  
**Amalgamated Transit Union, Local 588,**  
**Canadian Office and Professional**  
**Employees' Union, Local 397,**  
**Canadian Union of Public Employees,**  
**Locals 7 and 4828,**  
**Communications, Energy and Paperworkers'**  
**Union of Canada and its Locals,**  
**Health Sciences Association of Saskatchewan,**  
**International Alliance of Theatrical**  
**Stage Employees, Moving Picture**  
**Technicians, Artists and Allied Crafts of U.S.,**  
**its Territories and Canada, Locals 295,**  
**300 and 669, International Brotherhood**  
**of Electrical Workers,**  
**Locals 529, 2038 and 2067,**  
**Saskatchewan Government and**  
**General Employees' Union,**  
**Saskatchewan Joint Board Retail,**  
**Wholesale and Department Store Union,**  
**Saskatchewan Provincial Building &**  
**Construction Trades Council,**  
**Teamsters, Local 395,**  
**United Mine Workers of America, Local 7606,**  
**United Steel, Paper and Forestry, Rubber,**  
**Manufacturing, Energy, Allied Industrial**  
**and Service Workers International Union**  
**and its Locals, and**  
**University of Regina Faculty**  
**Association** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of the**  
**Province of Saskatchewan** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,**  
**Attorney General of Ontario,**  
**Attorney General of Quebec,**  
**Attorney General of British Columbia,**

**Saskatchewan Federation of Labour**  
**(pour son propre compte et au nom**  
**des syndicats et travailleurs de la**  
**province de la Saskatchewan),**  
**Syndicat uni du transport, section locale 588,**  
**Syndicat canadien des employés et employés**  
**professionnels et de bureau, section locale 397,**  
**Syndicat canadien de la fonction publique,**  
**sections locales 7 et 4828,**  
**Syndicat canadien des communications,**  
**de l'énergie et du papier et ses sections locales,**  
**Health Sciences Association of Saskatchewan,**  
**Alliance internationale des employés de scène,**  
**de théâtre et de cinéma des États-Unis,**  
**de ses territoires et du Canada,**  
**sections locales 295, 300 et 669,**  
**Fraternité internationale des ouvriers**  
**en électricité, sections locales 529,**  
**2038 et 2067,**  
**Saskatchewan Government and**  
**General Employees' Union,**  
**Saskatchewan Joint Board Retail,**  
**Wholesale and Department Store Union,**  
**Saskatchewan Provincial Building &**  
**Construction Trades Council,**  
**Teamsters, Local 395,**  
**United Mine Workers of America, Local 7606,**  
**Syndicat international des travailleurs unis**  
**de la métallurgie, du papier et de la foresterie,**  
**du caoutchouc, de la fabrication, de l'énergie,**  
**des services et industries connexes**  
**et ses sections locales, et University**  
**of Regina Faculty Association** *Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la province**  
**de la Saskatchewan** *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,**  
**procureur général de l'Ontario,**  
**procureur général du Québec,**  
**procureur général de la Colombie-Britannique,**

**Attorney General of Alberta,  
 Attorney General of Newfoundland  
 and Labrador, Saskatchewan Union  
 of Nurses, SEIU-West,  
 United Nurses of Alberta,  
 Alberta Federation of Labour,  
 Professional Institute of the  
 Public Service of Canada,  
 Canadian Constitution Foundation,  
 Air Canada Pilots' Association,  
 British Columbia Civil Liberties Association,  
 Conseil du patronat du Québec,  
 Canadian Employers Council,  
 Canadian Union of Postal Workers,  
 International Association of Machinists  
 and Aerospace Workers,  
 British Columbia Teachers' Federation,  
 Hospital Employees' Union,  
 Canadian Labour Congress,  
 Public Service Alliance of Canada,  
 Alberta Union of Provincial Employees,  
 Confédération des syndicats nationaux,  
 Regina Qu'Appelle Regional  
 Health Authority, Cypress Regional  
 Health Authority,  
 Five Hills Regional Health Authority,  
 Heartland Regional Health Authority,  
 Sunrise Regional Health Authority,  
 Prince Albert Parkland  
 Regional Health Authority,  
 Saskatoon Regional Health Authority,  
 National Union of Public  
 and General Employees,  
 Canada Post Corporation and  
 Air Canada *Interveners***

**procureur général de l'Alberta,  
 procureur général de Terre-Neuve-et-  
 Labrador, Saskatchewan Union  
 of Nurses, SEIU-West,  
 United Nurses of Alberta,  
 Alberta Federation of Labour,  
 Institut professionnel de la  
 fonction publique du Canada,  
 Canadian Constitution Foundation,  
 Association des pilotes d'Air Canada,  
 Association des libertés civiles  
 de la Colombie-Britannique,  
 Conseil du patronat du Québec,  
 Conseil canadien des employeurs,  
 Syndicat des travailleurs et  
 travailleuses des postes,  
 Association internationale des machinistes  
 et des travailleurs et travailleuses  
 de l'aérospatiale,  
 British Columbia Teachers' Federation,  
 Hospital Employees' Union,  
 Congrès du travail du Canada,  
 Alliance de la Fonction publique du Canada,  
 Alberta Union of Provincial Employees,  
 Confédération des syndicats nationaux,  
 Regina Qu'Appelle Regional  
 Health Authority,  
 Cypress Regional Health Authority,  
 Five Hills Regional Health Authority,  
 Heartland Regional Health Authority,  
 Sunrise Regional Health Authority,  
 Prince Albert Parkland  
 Regional Health Authority,  
 Saskatoon Regional Health Authority,  
 Syndicat national des employées  
 et employés généraux du secteur public,  
 Société canadienne des postes  
 et Air Canada *Intervenants***

**INDEXED AS: SASKATCHEWAN FEDERATION OF  
 LABOUR v. SASKATCHEWAN**

**2015 SCC 4**

File No.: 35423.

2014: May 16; 2015: January 30.

**RÉPERTORIÉ : SASKATCHEWAN FEDERATION OF  
 LABOUR c. SASKATCHEWAN**

**2015 CSC 4**

N° du greffe : 35423.

2014 : 16 mai; 2015 : 30 janvier.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of Association — Right to strike — Public Service Employees — Stare decisis — Whether right to strike is protected by s. 2(d) of Charter — Whether prohibition on essential services employees participating in strike action amounts to substantial interference with meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of Charter — If so, whether such violation is justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Salariés de l'État — Stare decisis — L'article 2d) de la Charte protège-t-il le droit de grève? — L'interdiction faite aux salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient-elle ainsi à l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation changing certification process and provisions dealing with communications by employers with employees — Whether legislation violates s. 2(d) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale modifiant le processus d'accréditation, et dispositions portant sur les communications de l'employeur avec ses salariés — Les mesures législatives contreviennent-elles à l'art. 2d) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.*

In December, 2007, the newly elected Government of Saskatchewan introduced two statutes: *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*), and *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, which became law in May, 2008. The *PSESA* is Saskatchewan's first statutory scheme to limit the ability of public sector employees who perform essential services to strike. It prohibits unilaterally designated "essential services employees" from participating in any strike action against their employer. These employees are required to continue the duties of their employment in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement. No meaningful mechanism for resolving bargaining impasses is provided.

En décembre 2007, le gouvernement fraîchement élu de la Saskatchewan a déposé deux projets de loi, *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*), et *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, qui ont été adoptés en mai 2008. La *PSESA* est le premier régime législatif de la Saskatchewan à limiter l'exercice du droit de grève des salariés du secteur public qui assurent des services essentiels. Elle interdit unilatéralement aux « salariés [désignés] qui assurent des services essentiels » de prendre part à une grève. Ces salariés doivent continuer d'exercer leurs fonctions conformément aux conditions établies par la convention collective la plus récente. Nul mécanisme véritable n'est prévu pour dénouer l'impasse des négociations collectives.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* changes the union certification process by increasing the required level of written support and reducing the period for receiving written support from employees. It also changes the provisions dealing with communications between employers and their employees.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* modifie le processus de certification syndicale par l'accroissement du pourcentage d'appui requis de la part des salariés et par la réduction de la période d'obtention par écrit de cet appui. Elle modifie également les règles sur les communications de l'employeur avec ses salariés.

In July 2008, the Saskatchewan Federation of Labour and other unions challenged the constitutionality of both the *PSESA* and *The Trade Union Amendment Act, 2008*. The trial judge concluded that the right to strike

En juillet 2008, la Saskatchewan Federation of Labour et d'autres syndicats ont contesté la constitutionnalité de la *PSESA* et de la *Trade Union Amendment Act, 2008*. Le juge de première instance a conclu que le droit

was a fundamental freedom protected by s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the prohibition on the right to strike in the *PSESA* substantially interfered with the s. 2(d) rights of the affected public sector employees. He also found that the absolute ban on the right to strike in the *PSESA* was neither minimally impairing nor proportionate and therefore was not saved by s. 1 of the *Charter*. The declaration of invalidity was suspended for one year. On the other hand, the trial judge concluded that the changes to the certification process and permissible employer communications set out in *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not breach s. 2(d).

The Saskatchewan Court of Appeal unanimously allowed the Government of Saskatchewan's appeal with respect to the constitutionality of the *PSESA*. The appeal against the finding that *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not violate s. 2(d) of the *Charter* was dismissed.

*Held* (Rothstein and Wagner JJ. dissenting in part): The appeal with respect to the *PSESA* should be allowed. The prohibition against strikes in the *PSESA* substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of the *Charter*. The infringement is not justified under s. 1. The declaration of invalidity is suspended for one year. The appeal with respect to *The Trade Union Amendment Act, 2008* is dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: The right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process in our system of labour relations. The right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right. Where good faith negotiations break down, the ability to engage in the collective withdrawal of services is a necessary component of the process through which workers can continue to participate meaningfully in the pursuit of their collective workplace goals. This crucial role in collective bargaining is why the right to strike is constitutionally protected by s. 2(d).

In *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, this Court recognized that the *Charter* values of “[h]uman dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy” supported protecting the right to a meaningful process of

de grève est une liberté fondamentale protégée par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement l'exercice des droits que garantit l'al. 2d) aux salariés du secteur public en cause. Il a en outre estimé que l'interdiction totale de la grève par la *PSESA* ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels et que son effet n'est pas proportionné à son objectif, de sorte qu'elle n'est pas sauvegardée par application de l'article premier de la *Charte*. Le juge a suspendu l'effet de sa déclaration d'invalidité pendant un an. Il a par ailleurs conclu que les changements apportés par la *Trade Union Amendment Act, 2008* au processus d'accréditation et aux communications permises à l'employeur ne contreviennent pas à l'al. 2d).

La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli à l'unanimité l'appel interjeté par le gouvernement de la Saskatchewan relativement à la constitutionnalité de la *PSESA*. Elle a rejeté l'appel de la décision selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas à l'al. 2d) de la *Charte*.

*Arrêt* (les juges Rothstein et Wagner sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli relativement à la *PSESA*. L'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient donc à l'al. 2d) de la *Charte*. L'atteinte n'est pas justifiée par application de l'article premier. L'effet de la déclaration d'invalidité est suspendu pendant un an. L'appel visant la *Trade Union Amendment Act, 2008* est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans notre régime de relations de travail, le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective. Il n'est pas seulement dérivé du droit à la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus grâce auquel les travailleurs peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de leurs objectifs liés au travail. Le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle en raison de sa fonction cruciale dans le cadre d'un processus véritable de négociation collective.

Dans l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, la Cour reconnaît que les valeurs inhérentes à la *Charte* que sont « [l]a dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie » confirment

collective bargaining within the scope of s. 2(d). The right to strike is essential to realizing these values through a collective bargaining process because it permits workers to withdraw their labour in concert when collective bargaining reaches an impasse. Through a strike, workers come together to participate directly in the process of determining their wages, working conditions and the rules that will govern their working lives. The ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions. This collective action at the moment of impasse is an affirmation of the dignity and autonomy of employees in their working lives.

The right to strike also promotes equality in the bargaining process. This Court has long recognized the deep inequalities that structure the relationship between employers and employees, and the vulnerability of employees in this context. While strike activity itself does not guarantee that a labour dispute will be resolved in any particular manner, or that it will be resolved at all, it is the possibility of a strike which enables workers to negotiate their employment terms on a more equal footing.

In 1935, the *Wagner Act* was adopted in the United States, introducing a model of labour relations that came to inspire legislative schemes across Canada. This model was adopted in Canada because the federal and provincial governments recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment. One of the goals of the Wagner model was to reduce the frequency of strikes by ensuring a commitment to meaningful collective bargaining. The right to strike, however, is not a creature just of the Wagner model. Most labour relations models include it because the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment — in other words, to strike — is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace goals.

Canada's international human rights obligations also mandate protecting the right to strike as part of a meaningful process of collective bargaining. Canada is a party to international instruments which explicitly protect the right to strike. Besides these explicit commitments, other sources confirm the protection of a right to strike recognized in international law. And strikes are protected globally, existing in many of the countries with labour laws outside the *Wagner Act* model.

la protection du droit à un processus véritable de négociation collective dans les limites de l'al. 2d). Le droit de grève est essentiel à la réalisation de ces valeurs par voie de négociation collective, car il permet aux travailleurs de cesser le travail de manière concertée en cas d'impasse de cette négociation collective. En recourant à la grève, les travailleurs s'unissent pour participer directement au processus de détermination de leurs salaires, de leurs conditions de travail et des règles qui régiront leur vie professionnelle. Ainsi, le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l'employeur. Cette action concertée à l'occasion d'une impasse se veut une affirmation de la dignité et de l'autonomie personnelle des salariés pendant leur vie professionnelle.

Le droit de grève favorise aussi l'égalité dans le processus de négociation. La Cour reconnaît depuis longtemps les inégalités marquées qui façonnent les relations entre employeurs et salariés, ainsi que la vulnérabilité des salariés dans ce contexte. La grève ne garantit pas en soi qu'un conflit de travail sera réglé d'une certaine manière, ni même du tout, mais elle permet aux travailleurs de négocier davantage sur un pied d'égalité relativement à leurs conditions de travail.

Adoptée aux États-Unis en 1935, la *Loi Wagner* a établi un modèle de relations de travail qui a inspiré les régimes législatifs partout au Canada. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté ce modèle parce qu'ils ont reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail. Le modèle fondé sur la *Loi Wagner* visait entre autres à réduire le recours à la grève en veillant à ce que les parties se livrent à une véritable négociation collective. Or, il n'est pas le seul à reconnaître le droit de grève. La plupart des modèles de relations de travail le font parce que la faculté de cesser collectivement le travail aux fins de la négociation des conditions de travail — le droit de grève, en somme — constitue une composante essentielle de la poursuite d'objectifs liés au travail par les travailleurs.

Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne commandent également la protection du droit de grève en tant qu'élément d'un processus véritable de négociation collective. Le Canada est partie à des instruments internationaux qui protègent expressément le droit de grève. Outre ces engagements expressés, d'autres sources confirment la protection du droit de grève que reconnaît le droit international. De nombreux pays dotés de lois du travail étrangères au modèle fondé sur la *Loi Wagner* protègent le droit de grève.

This historical, international, and jurisprudential landscape suggests compellingly that a meaningful process of collective bargaining requires the ability of employees to participate in the collective withdrawal of services for the purpose of pursuing the terms and conditions of their employment through a collective agreement. The ability to engage in the collective withdrawal of services in the process of the negotiation of a collective agreement is, and has historically been, the irreducible minimum of the freedom to associate in Canadian labour relations.

To determine whether there has been an infringement of s. 2(d) of the *Charter*, the test is whether the legislative interference with the right to strike in a particular case amounts to a substantial interference with a meaningful process of collective bargaining. The prohibition in the *PSESA* on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment meets this threshold and therefore amounts to a violation of s. 2(d) of the *Charter*.

The breach of s. 2(d) of the *Charter* is not justified under s. 1. The maintenance of essential public services is self-evidently a pressing and substantial objective, but the determinative issue in this case is whether the means chosen by the government are minimally impairing, that is, carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary.

The fact that a service is provided exclusively through the public sector does not inevitably lead to the conclusion that it is properly considered “essential”. Under the *PSESA*, a public employer has the unilateral authority to dictate whether and how essential services will be maintained, including the authority to determine the classifications of employees who must continue to work during the work stoppage, the number and names of employees within each classification, and, for public employers other than the Government of Saskatchewan, the essential services that are to be maintained. Only the number of employees required to work is subject to review by the Saskatchewan Labour Relations Board. And even where an employee has been prohibited from participating in strike activity, the *PSESA* does not tailor his or her responsibilities to the performance of essential services alone. The provisions of the *PSESA* therefore go beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike.

Il appert de ce tour d’horizon historique, international et jurisprudentiel qu’un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent participer à un arrêt collectif du travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par une convention collective. La faculté de cesser collectivement le travail pendant la négociation d’une convention collective constitue donc — et a toujours constitué — le minimum irréductible de la liberté d’association dans les relations de travail au Canada.

Pour savoir s’il y a atteinte à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte*, il faut déterminer si, dans un cas donné, la limitation législative du droit de grève entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective. L’interdiction que fait la *PSESA* aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail satisfait à cette condition, si bien qu’il y a atteinte à la liberté garantie par l’al. 2d) de la *Charte*.

L’atteinte à la liberté que garantit cet alinéa n’est pas justifiée par application de l’article premier. L’interruption des services publics essentiels constitue à l’évidence un objectif urgent et réel, mais la question décisive en l’espèce est celle de savoir si les moyens retenus par l’État portent atteinte le moins possible ou non aux droits constitutionnels en cause, c’est-à-dire s’ils sont ou non soigneusement adaptés de façon que l’atteinte aux droits n’aille pas au delà de ce qui est nécessaire.

Le fait qu’un service est offert uniquement par le secteur public ne mène pas inévitablement à la conclusion qu’il est à juste titre considéré comme « essentiel ». La *PSESA* confère à l’employeur public le pouvoir unilatéral de décider que des services essentiels seront assurés, ainsi que celui de déterminer la manière dont ils le seront, y compris les catégories de salariés qui continueront d’exercer leurs fonctions pendant l’arrêt de travail, le nombre et le nom des salariés de chacune des catégories et, dans le cas d’un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels qui seront assurés. Seul le nombre de salariés qui demeureront au travail peut être révisé par la Saskatchewan Labour Relations Board. Même lorsqu’il est interdit à un salarié de prendre part à une grève, les dispositions de la *PSESA* ne limitent pas ses fonctions à la seule prestation des services essentiels. Elles vont au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour assurer la prestation ininterrompue des services essentiels durant une grève.

Nor is there any access to a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining impasses, such as arbitration. Where strike action is limited in a way that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining, it must be replaced by one of the meaningful dispute resolution mechanisms commonly used in labour relations. Those public sector employees who provide essential services have unique functions which may argue for a less disruptive mechanism when collective bargaining reaches an impasse, but they do not argue for no mechanism at all.

The unilateral authority of public employers to determine whether and how essential services are to be maintained during a work stoppage with no adequate review mechanism, and the absence of a meaningful dispute resolution mechanism to resolve bargaining impasses, justify the conclusion that the *PSESA* is not minimally impairing. It is therefore unconstitutional.

*The Trade Union Amendment Act, 2008*, on the other hand, does not violate s. 2(d). The changes it introduces to the process by which unions may obtain or lose the status of a bargaining representative, as well as the changes to the rules governing employer communication to employees, do not substantially interfere with freedom of association.

*Per* Rothstein and Wagner JJ. (dissenting in part): This Court should not intrude into the policy development role of elected legislators by constitutionalizing the right to strike under the freedom of association guarantee in s. 2(d) of the *Charter*. The statutory right to strike, along with other statutory protections for workers, reflects a complex balance struck by legislatures between the interests of employers, employees and the public. Providing for a constitutional right to strike not only upsets this delicate balance, but also restricts legislatures by denying them the flexibility needed to ensure the balance of interests can be maintained.

Democratically elected legislatures are responsible for determining the appropriate balance between competing economic and social interests in the area of labour relations. This Court has long recognized that it is the role of legislators and not judges to balance competing tensions in making policy decisions, particularly in the area

La *PSESA* ne prévoit pas non plus d'autre moyen véritable (tel l'arbitrage) de mettre fin à l'impasse des négociations. Lorsque le droit de grève est limité d'une manière qui entrave substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective, il doit être remplacé par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends qui sont couramment employés en relations de travail. Les salariés du secteur public qui assurent des services essentiels exercent des fonctions dont le caractère unique est susceptible de militer en faveur d'un mécanisme moins perturbateur que la grève lorsque la négociation collective se heurte à une impasse, mais ces fonctions ne sauraient justifier l'absence de tout mécanisme de règlement des différends.

Le pouvoir unilatéral de l'employeur public de décider que des services essentiels seront assurés durant un arrêt de travail et de déterminer la manière dont ils le seront, à l'exclusion de tout mécanisme de contrôle approprié, sans compter l'absence d'un mécanisme véritable de règlement des différends, justifie la conclusion selon laquelle la *PSESA* porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire aux droits constitutionnels en cause. Il est donc inconstitutionnel.

Par contre, la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas à l'al. 2d). Les modifications qu'elle apporte au processus d'accréditation ou de désaccréditation d'un agent négociateur, ainsi qu'aux règles applicables aux communications de l'employeur avec ses salariés, n'entravent pas de manière substantielle la liberté d'association.

*Les juges* Rothstein et Wagner (dissidents en partie) : Notre Cour ne devrait pas s'immiscer dans l'élaboration de politiques par les élus en constitutionnalisant le droit de grève sur le fondement de la liberté d'association que garantit l'al. 2d) de la *Charte*. Comme les autres protections que la loi accorde aux travailleurs, le droit de grève d'origine législative rend compte de l'équilibre complexe établi par les législateurs entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et du public. Protéger constitutionnellement le droit de grève a pour effet non seulement de bouleverser cet équilibre délicat, mais aussi de limiter le pouvoir des législateurs en les privant de la souplesse nécessaire au maintien de cet équilibre.

C'est au législateur démocratiquement élu qu'il revient d'établir le juste équilibre entre les intérêts économiques et sociaux qui s'opposent dans le domaine des relations de travail. Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, lorsqu'il s'agit de prendre des décisions de politique générale, il appartient au législateur et non aux



of socio-economic policy. The legislative branch requires flexibility to deal with changing circumstances and social values. Canadian labour relations is a complex web of intersecting interests, rights and obligations, and has far-reaching implications for Canadian society. It is not the role of this Court to transform all policy choices it deems worthy into constitutional imperatives. The exercise of judicial restraint is essential in ensuring that courts do not upset the balance by usurping the responsibilities of the legislative and executive branches.

Constitutionalizing a right to strike restricts governments' flexibility, impedes their ability to balance the interests of workers with the broader public interest, and interferes with the proper role and responsibility of governments. Constitutionalizing a right to strike introduces great uncertainty into labour relations: it will make all statutory limits on the right to strike presumptively unconstitutional. By constitutionalizing a broad conception of the right to strike, the majority binds the governments hands and limits its ability to respond to changing needs and circumstances in the dynamic field of labour relations.

Constitutionalizing a right to strike enshrines a political understanding of the concept of "workplace justice" that favours the interests of employees over those of employers and even over those of the public. While employees are granted constitutional rights, constitutional obligations are imposed on employers. Employers and the public are equally entitled to justice: true workplace justice looks at the interests of all implicated parties. In the public sector, strikes are a political tool. The public expects that public services, and especially essential services, will be delivered. Thus unions attempt to pressure the government to agree to certain demands in order that these services be reinstated. Public sector labour disputes are unique in that the government as employer must take into account that any additional expenditures incurred to meet employee demands will come from public funds.

It is incorrect to say that without the right to strike a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless. The threat of work stoppage is not what motivates good faith bargaining. It is the statutory duty, and after *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007]

tribunaux de mettre en balance les intérêts concurrents, spécialement en ce qui concerne la politique socio-économique. Le pouvoir législatif a besoin d'une marge de manœuvre pour adapter la loi à l'évolution du contexte et des valeurs sociales. Un entrelacement complexe d'intérêts, de droits et d'obligations interreliés caractérise les relations de travail au Canada, lesquelles ont de grandes répercussions sur la société canadienne. Il n'appartient pas à la Cour de transformer en diktat constitutionnel tout choix de politique générale qu'elle tient pour valable. La déférence judiciaire s'impose afin que les tribunaux ne rompent pas l'équilibre en usurpant les attributions des organes législatif et exécutif.

Constitutionnaliser le droit de grève réduit la marge de manœuvre de l'État, entrave sa faculté de mettre en balance les intérêts des travailleurs et ceux des citoyens en général et empiète sur la fonction et les attributions de l'État. Conférer la protection constitutionnelle au droit de grève est de nature à créer une grande incertitude dans le monde des relations de travail, car toute limitation du droit de grève par le législateur sera dès lors tenue pour inconstitutionnelle. Par la consécration constitutionnelle d'une conception large du droit de grève, les juges majoritaires ligotent l'État et l'empêchent de donner suite à l'évolution des besoins et de la réalité dans le monde bouillonnant des relations de travail.

La constitutionnalisation du droit de grève consacre une interprétation politique de la notion de « justice au travail » qui favorise les intérêts des salariés au détriment de ceux des employeurs, voire du public. Si les salariés se voient conférer des droits constitutionnels, les employeurs, eux, se voient imposer des obligations constitutionnelles. Les employeurs et le public ont autant droit à la justice que les salariés : la véritable justice au travail se soucie des intérêts de tous les intéressés. Dans le secteur public, la grève est un outil politique. La population s'attend à la prestation de services publics, en particulier ceux qui sont essentiels. Les syndicats tentent donc de faire pression sur l'État pour qu'il accède à certaines demandes en échange de la reprise du travail. Les conflits de travail du secteur public revêtent un caractère unique en ce que l'État, en tant qu'employeur, doit tenir compte du fait que les sommes supplémentaires requises pour accéder aux demandes des salariés seront prélevées sur les fonds publics.

Il est erroné d'affirmer que, sans le droit de grève, le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens. Ce n'est pas la menace d'un arrêt de travail qui incite les parties à négocier de bonne foi. C'est l'obligation en ce sens que prévoient la loi et, depuis l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining*

2 S.C.R. 391, the constitutional duty, not the possibility of job action, that compels employers to bargain in good faith. The statutory right to strike allows both employers and employees to exercise economic and political power. Now by constitutionalizing only the ability of employees to exert such power, the majority disturbs the delicate balance of labour relations in Canada and impedes the achievement of true workplace justice.

The conclusion that the right to strike is an indispensable component of collective bargaining does not accord with recent jurisprudence. There is nothing in the concept of collective bargaining as it was defined by this Court in *Health Services, Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, and *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, that would imply that employees have a constitutional right to strike and that employers have a constitutional obligation to preserve the jobs of those employees. The threshold for overturning prior judgments is high. While the s. 2(d) jurisprudence has developed since the Labour Trilogy, neither this development, nor any change in the circumstances of Canadian labour relations justifies a departure from precedent. If anything, developments in the law support a finding that the right to freedom of association does not require constitutionalizing the right to strike. This is because recent s. 2(d) jurisprudence has already established a right to meaningful, good faith collective bargaining.

International bodies disagree as to whether the right to strike is protected under international labour and human rights instruments. The current state of international law on the right to strike is unclear and provides no guidance in determining whether this right is an essential element of freedom of association.

A right to strike is not required to ensure the constitutional guarantee of freedom of association. Therefore, the *PSESA*, which restricts the ability of public sector workers who provide essential services to strike, does not violate the right to meaningful collective bargaining protected under s. 2(d) of the *Charter*. The *PSESA*'s controlled strike regime does not render effectively impossible, nor substantially interfere with, the ability of associations representing affected public sector employees to submit representations to employers and to have

*Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, la Constitution, non le recours possible à un moyen de pression, qui force l'employeur à négocier de bonne foi. Le droit de grève d'origine législative permet aux employeurs et aux salariés d'exercer leurs pouvoirs économiques et politiques. Or, en constitutionnalisant seulement la faculté des salariés d'exercer ces pouvoirs, les juges majoritaires rompent l'équilibre délicat des relations de travail au Canada et font obstacle à une véritable justice au travail.

La conclusion selon laquelle le droit de grève constitue une composante indispensable de la négociation collective est incompatible avec la jurisprudence récente. La notion de négociation collective définie par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, ne donne en rien à penser que les salariés jouissent du droit constitutionnel de faire la grève et que l'employeur a l'obligation constitutionnelle de protéger les emplois des grévistes. Les conditions auxquelles on peut rompre avec un jugement antérieur sont strictes. Si la jurisprudence relative à l'al. 2d) a évolué depuis la trilogie en droit du travail, ni cette évolution, ni un quelconque changement dans les relations de travail au Canada ne justifient que l'on s'écarte de la jurisprudence de notre Cour. Au contraire, l'évolution du droit permet de conclure que le droit à la liberté d'association ne commande pas la constitutionnalisation du droit de grève car la jurisprudence récente relative à l'al. 2d) reconnaît déjà le droit à un processus véritable de négociation collective de bonne foi.

Les organismes internationaux ne s'entendent pas quant à savoir si les instruments internationaux en matière de droit du travail et de droits de la personne protègent ou non le droit de grève. L'état actuel du droit international sur le recours à la grève est incertain et n'offre pas de repères qui permettent à la Cour de décider si ce droit constitue ou non un élément essentiel de la liberté d'association.

Le droit de grève n'est pas nécessaire à la protection constitutionnelle de la liberté d'association. Par conséquent, la *PSESA*, qui limite le droit de grève des travailleurs du secteur public assurant des services essentiels, ne porte pas atteinte au droit à une négociation collective véritable garantie par l'al. 2d) de la *Charte*. Le régime de grève contrôlée qu'elle établit ne prive pas dans les faits les associations qui représentent les salariés du secteur public en cause du droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte et débattues

them considered and discussed in good faith. The *PSESA* facilitates consultation between employers and unions regarding the designation of essential services and the evidence in this case demonstrates that good faith collective bargaining took place. A violation of s. 2(d) of the *Charter* cannot be founded simply on allegations that the legislation does not provide an adequate dispute resolution process; s. 2(d) does not entail such a right. Moreover, the goal of strikes is not to ensure meaningful collective bargaining, but instead to exert political pressure on employers. Finally, the statutory balance struck by the Government of Saskatchewan is eminently reasonable. Canadian federal and provincial governments have made a constitutional commitment “to provid[e] essential public services of reasonable quality to all Canadians” (*Constitution Act, 1982*, s. 36(1)(c)). As a result, the Government of Saskatchewan cannot subject itself to arbitral awards that could make it unaffordable to deliver on its undertaking. It has devised a particular legislative framework in order to safeguard the continued delivery of essential services to the community during labour disputes. This Court should defer to the government’s policy choices in balancing the interests of employers, employees, and the public.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* does not infringe the right to freedom of association.

### Cases Cited

By Abella J.

**Overruled:** *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; **referred to:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241; *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Re Service Employees’ International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231; *Williams*

de bonne foi, ni n’entrave substantiellement l’exercice de ce droit. Elle facilite la consultation entre employeurs et syndicats sur la désignation des services essentiels et, selon la preuve offerte en l’espèce, il y a eu négociation de bonne foi. La seule allégation voulant que la loi n’offre pas de mécanisme adéquat de règlement des différends ne permet pas de conclure à la violation des droits protégés par l’al. 2d) de la *Charte*; cet alinéa ne garantit pas le droit à pareil mécanisme. En outre, la grève n’a pas pour objectif de garantir le déroulement d’une négociation collective véritable, mais bien d’exercer une pression politique sur l’employeur. Enfin, l’équilibre établi par le gouvernement de la Saskatchewan est éminemment raisonnable. Le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux doivent respecter l’engagement constitutionnel de « fournir à tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels » (*Loi constitutionnelle de 1982*, al. 36(1)c)). Le gouvernement de la Saskatchewan ne peut donc pas s’en remettre à des décisions arbitrales susceptibles de faire en sorte que la province n’ait plus les moyens de donner suite à son engagement. Il a conçu un cadre législatif unique afin d’assurer à la collectivité la prestation continue de services essentiels pendant un conflit de travail. La Cour devrait déférer aux choix politiques de l’État dans l’établissement d’un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public.

*The Trade Union Amendment Act, 2008* ne porte pas atteinte au droit à la liberté d’association.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Rejeté :** *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; **arrêts mentionnés :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241; *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435; *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Re Service Employees’*

*v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Demir v. Turkey*, No. 34503/97, ECHR 2008-V; *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turquie*, No. 68959/01, April 21, 2009 (HUDOC); *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, No. 31045/10, April 8, 2014 (HUDOC); *Attorney-General v. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149; *New Histadrut General Workers' Union v. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375; *Koach La Ovdim v. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367.

By Rothstein and Wagner JJ. (dissenting in part)

*R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465; *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311; *Perfection Foods Limited v. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147; *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General*

*International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231; *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590; *Demir c. Turquie*, n° 34503/97, CEDH 2008-V; *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC); *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. United Kingdom*, n° 31045/10, 8 avril 2014 (HUDOC); *Attorney-General c. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149; *New Histadrut General Workers' Union c. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375; *Koach La Ovdim c. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367.

Citée par les juges Rothstein et Wagner (dissidents en partie)

*S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465; *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311; *Perfection Foods Limited c. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147; *David*

*Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *J.B. v. Canada*, Communication No. 118/1982 (1986), U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2 (1990), p. 34; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Turp v. Canada (Justice)*, 2012 FC 893, [2014] 1 F.C.R. 439; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016.

### Statutes and Regulations Cited

*Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16.  
*Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, ss. 50(a), 88.1, 89.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(b), (d).  
*Constitution Act, 1982*, s. 36(1)(c).  
 Constitution of France, preamble § 7.  
 Constitution of Italy, art. 40.  
 Constitution of Portugal, art. 57.  
 Constitution of South Africa, s. 23(2).  
 Constitution of Spain, art. 28(2).  
*Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(1) “collective bargaining”.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 22(a).  
*Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 53.  
*Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, s. 62.  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 71.  
*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 17.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 60(1)(a).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 11(1).  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§ 151-169).  
*Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, ss. 2(c) “essential services”, (i) “public employer”, 6, 7(2), 9(2), 18.  
*Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1, App., Table 1.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 35(a).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17 [rep. 2013, c. S-15.1, s. 10-11], s. 2(b).  
*Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, ss. 3, 6, 7, 11.  
*Trade Unions Act, 1872*, S.C. 1872, c. 30.

### Treaties and Other International Instruments

*Charter of the Organization of American States*, Can. T.S. 1990 No. 23, art. 45(c).

*Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *J.B. c. Canada*, Communication n° 118/1982 (1986), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, *Sélection de décisions du Comité des droits de l’homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2 (1991), p. 36; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, [2014] 1 R.C.F. 439; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016.

### Lois et règlements cités

*Acte des Associations Ouvrières, 1872*, S.C. 1872, c. 30.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2(b), d).  
*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2, art. 50(a), 88.1, 89.  
*Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 53.  
 Constitution de l’Afrique du Sud, art. 23(2).  
 Constitution de l’Espagne, art. 28(2).  
 Constitution de l’Italie, art. 40.  
 Constitution de la France, préambule § 7.  
 Constitution du Portugal, art. 57.  
*Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, art. 22(a).  
*Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 71.  
*Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, art. 60(1)(a).  
*Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 11(1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 36(1)(c).  
*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 17.  
*Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16.  
*Loi sur les relations du travail*, C.P.L.M., c. L10, art. 62.  
*Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, c. I-4, art. 1(1) « négociations collectives ».  
*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée au 29 U.S.C. §§ 151-169).  
*Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2, art. 2(c) « essential services », (i) « public employer », 6, 7(2), 9(2), 18.  
*Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1, ann., Tableau 1.  
*Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, art. 35(a).  
*Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17 [abr. 2013, c. S-15.1, art. 10-11], art. 2(b).  
*Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, art. 3, 6, 7, 11.

### Traités et autres instruments internationaux

*Charte de l’Organisation des États Américains*, R.T. Can. 1990 n° 23, art. 45(c).

*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17, art. 3(1).

*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 11.

*European Social Charter*, E.T.S. No. 35 [revised E.T.S. No. 163], art. 6(4).

*International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.

*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 8(1), (2), (3).

### Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right*. Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives, 2006.

Adams, Roy J. "The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille" (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317.

Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak. *Strikes in Essential Services*. Kingston: IRC Press, 2001.

Arthurs, H. W. "Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship" (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 346.

Bellace, Janice R. "The ILO and the right to strike" (2014), 153 *Int'l Lab. Rev.* 29.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

D'Aoust, Claude, and François Delorme. "The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective" (1981), 36 *Relat. ind.* 894.

Davidov, Guy. "Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235.

Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 6th ed. Oxford: Hart, 2012.

England, Geoffrey. "Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike" (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 168.

*Charte sociale européenne*, S.T.E. n° 35 [révisée S.T.E. n° 163], art. 6(4).

*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17, art. 3(1).

*Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 11.

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, art. 8(1), (2), (3).

### Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).

Adams, Roy J. *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right*, Ottawa, Canadian Centre for Policy Alternatives, 2006.

Adams, Roy J. « The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille » (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317.

Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak. *Strikes in Essential Services*, Kingston, IRC Press, 2001.

Arthurs, H. W. « Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship » (1960), 38 *R. du B. can.* 346.

Bellace, Janice R. « The ILO and the right to strike » (2014), 153 *Int'l Lab. Rev.* 29.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada: Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1969.

Conférence internationale du Travail. Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations. *Liberté syndicale et négociation collective*, Genève, Bureau international du Travail, 1994.

Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., *Commission de l'application des normes de la conférence: Extraits du compte rendu des travaux*, Genève, Bureau international du Travail, 2013.

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Thémis, 2009.

D'Aoust, Claude, and François Delorme. « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective » (1981), 36 *Relat. ind.* 894.

- Ewing, K. D., and John Hendy. "The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 165.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. "The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333.
- Hepple, Bob. "The Right to Strike in an International Context" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. *Freedom of Association and Collective Bargaining*. Geneva: International Labour Office, 1994.
- International Labour Conference, 102nd Sess. *Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings*. Geneva: International Labour Office, 2013.
- International Labour Organization. *Constitution of the International Labour Organization*, Ann. (online: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)).
- International Labour Organization. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 5th rev. ed. Geneva: International Labour Office, 2006.
- Kahn-Freund, Otto, and Bob Hepple. *Laws Against Strikes*. London: Fabian Society, 1972.
- Langille, Brian. "What Is a Strike?" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355.
- Langille, Brian A. "Can We Rely on the ILO?" (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Novitz, Tonia. "Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465.
- Oliphant, Benjamin. "Exiting the Freedom of Association Labyrinth: Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike" (2012), 70:2 *U.T. Fac. L. Rev.* 36.
- Palmer, Bryan D. "Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890" (1987), 20 *Labour* 61.
- Regenbogen, Sonia. "The International Labour Organization and Freedom of Association: Does Freedom of Association Include the Right to Strike?" (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385.
- Davidov, Guy. « Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235.
- Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. *Labour Law*, 6th ed., Oxford, Hart, 2012.
- England, Geoffrey. « Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike » (1988), 13:2 *Queen's L.J.* 168.
- Fudge, Judy, and Eric Tucker. « The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333.
- Hepple, Bob. « The Right to Strike in an International Context » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Kahn-Freund, Otto, and Bob Hepple. *Laws Against Strikes*, London, Fabian Society, 1972.
- Langille, Brian. « What Is a Strike? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355.
- Langille, Brian A. « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273.
- Novitz, Tonia. « Connecting Freedom of Association and the Right to Strike : European Dialogue with the ILO and its Potential Impact » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465.
- Oliphant, Benjamin. « Exiting the Freedom of Association Labyrinth : Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike » (2012), 70:2 *R.D.U.T.* 36.
- Organisation internationale du Travail. *Constitution de l'Organisation internationale du Travail*, ann. (en ligne : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)).
- Organisation internationale du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 5<sup>e</sup> éd. rév., Genève, Bureau international du Travail, 2006.
- Palmer, Bryan D. « Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890 » (1987), 20 *Le Travail* 61.
- Regenbogen, Sonia. « The International Labour Organization and Freedom of Association : Does Freedom of Association Include the Right to Strike? » (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385.
- Rubin, Neville, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds. *Code of International Labour Law : Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

- Rubin, Neville, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds. *Code of International Labour Law: Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Servais, Jean-Michel. “ILO Law and the Right to Strike” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147.
- Swepton, Lee. “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision” (1998), 137 *Int’l Lab. Rev.* 169.
- Trudeau, Gilles. “La grève au Canada et aux États-Unis: d’un passé glorieux à un avenir incertain” (2004), 38 *R.J.T.* 1.
- Valticos, N., and G. von Potobsky. *International Labour Law*, 2nd rev. ed. Deventer, the Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1995.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. “L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien: deux solitudes?”, dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail: Perspectives canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 437.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.
- Weiss, Manfred, and Marlene Schmidt. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4th rev. ed. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
- Servais, Jean-Michel. « ILO Law and the Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147.
- Swepton, Lee. « Droits de l’homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l’OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187.
- Trudeau, Gilles. « La grève au Canada et aux États-Unis : d’un passé glorieux à un avenir incertain » (2004), 38 *R.J.T.* 1.
- Valticos, N., and G. von Potobsky. *International Labour Law*, 2nd rev. ed., Deventer, the Netherlands, Kluwer Law and Taxation, 1995.
- Verge, Pierre, et Dominic Roux. « L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes? », dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail : Perspectives canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 437.
- Weiler, Paul. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*, Toronto, Carswell, 1980.
- Weiss, Manfred, and Marlene Schmidt. *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, 4th rev. ed., Alphen aan den Rijn, the Netherlands, Kluwer Law International, 2008.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Klebus C.J.S. and Richards, Ottenbreit, Caldwell and Herauf J.J.A.), 2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, 575 W.A.C. 70, 361 D.L.R. (4th) 132, 280 C.R.R. (2d) 187, [2013] 6 W.W.R. 453, 227 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2013 CLLC ¶220-032, [2013] S.J. No. 235 (QL), 2013 CarswellSask 252 (WL Can.), setting aside in part a decision of Ball J., 2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, 254 C.R.R. (2d) 288, [2012] 7 W.W.R. 743, 211 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2012 CLLC ¶220-016, [2012] S.J. No. 49 (QL), 2012 CarswellSask 64 (WL Can.). Appeal allowed in part, Rothstein and Wagner J.J. dissenting in part.

*Rick Engel, Q.C., Craig D. Bavis and Peter Barnacle*, for the appellants.

*Graeme G. Mitchell, Q.C., Barbara C. Mysko and Katherine M. Roy*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (le juge en chef Klebus et les juges Richards, Ottenbreit, Caldwell et Herauf), 2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, 575 W.A.C. 70, 361 D.L.R. (4th) 132, 280 C.R.R. (2d) 187, [2013] 6 W.W.R. 453, 227 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2013 CLLC ¶220-032, [2013] S.J. No. 235 (QL), 2013 CarswellSask 252 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Ball, 2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, 254 C.R.R. (2d) 288, [2012] 7 W.W.R. 743, 211 C.L.R.B.R. (2d) 1, 2012 CLLC ¶220-016, [2012] S.J. No. 49 (QL), 2012 CarswellSask 64 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Rothstein et Wagner sont dissidents en partie.

*Rick Engel, c.r., Craig D. Bavis et Peter Barnacle*, pour les appelants.

*Graeme G. Mitchell, c.r., Barbara C. Mysko et Katherine M. Roy*, pour l’intimée.



*Mark R. Kindrachuk, Q.C.*, and *Sean Gaudet*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Robert E. Charney* and *Sarah Wright*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Caroline Renaud* and *Amélie Pelletier Desrosiers*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Keith Evans*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Roderick Wiltshire*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

*Chantelle MacDonald Newhook*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

*Gary L. Bainbridge* and *Marcus R. Davies*, for the intervener the Saskatchewan Union of Nurses.

*Drew S. Plaxton*, for the intervener SEIU-West.

Written submissions only by *Ritu Khullar, Q.C.*, and *Vanessa Cosco*, for the interveners the United Nurses of Alberta and the Alberta Federation of Labour.

Written submissions only by *Peter C. Engelmann* and *Colleen Bauman*, for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada.

*Darryl Cruz* and *Brandon Kain*, for the intervener the Canadian Constitution Foundation.

*Steve Waller* and *Christopher Rootham*, for the intervener the Air Canada Pilots' Association.

*Lindsay M. Lyster*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Written submissions only by *Louise Laplante*, *Nancy Ménard-Cheng* and *Sébastien Beauregard*, for the intervener Conseil du patronat du Québec.

*Mark R. Kindrachuk, c.r.*, et *Sean Gaudet*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

*Caroline Renaud* et *Amélie Pelletier Desrosiers*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Keith Evans*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Roderick Wiltshire*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Chantelle MacDonald Newhook*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

*Gary L. Bainbridge* et *Marcus R. Davies*, pour l'intervenant Saskatchewan Union of Nurses.

*Drew S. Plaxton*, pour l'intervenant SEIU-West.

Argumentation écrite seulement par *Ritu Khullar, c.r.*, et *Vanessa Cosco*, pour les intervenantes United Nurses of Alberta et Alberta Federation of Labour.

Argumentation écrite seulement par *Peter C. Engelmann* et *Colleen Bauman*, pour l'intervenant l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

*Darryl Cruz* et *Brandon Kain*, pour l'intervenante Canadian Constitution Foundation.

*Steve Waller* et *Christopher Rootham*, pour l'intervenante l'Association des pilotes d'Air Canada.

*Lindsay M. Lyster*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Louise Laplante*, *Nancy Ménard-Cheng* et *Sébastien Beauregard*, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec.

*John D. R. Craig and Christopher D. Pigott*, for the intervener the Canadian Employers Council.

*Paul J. J. Cavalluzzo and Adrienne Telford*, for the interveners the Canadian Union of Postal Workers and the International Association of Machinists and Aerospace Workers.

*Joseph J. Arvay, Q.C., and Catherine J. Boies Parker*, for the interveners the British Columbia Teachers' Federation and the Hospital Employees' Union.

Written submissions only by *Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Andrew Raven and Andrew Astritis*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

*Patrick G. Nugent and Tamara Friesen*, for the intervener the Alberta Union of Provincial Employees.

*Éric Lévesque and Benoît Laurin*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

*Evert van Olst, Q.C., and Leah Schatz*, for the interveners the Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, the Cypress Regional Health Authority, the Five Hills Regional Health Authority, the Heartland Regional Health Authority, the Sunrise Regional Health Authority, the Prince Albert Parkland Regional Health Authority and the Saskatoon Regional Health Authority.

*Paul Champ and Bijon Roy*, for the intervener the National Union of Public and General Employees.

Written submissions only by *Brian W. Burkett*, for the interveners the Canada Post Corporation and Air Canada.

*John D. R. Craig et Christopher D. Pigott*, pour l'intervenant le Conseil canadien des employeurs.

*Paul J. J. Cavalluzzo et Adrienne Telford*, pour les intervenants le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et l'Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l'aérospatiale.

*Joseph J. Arvay, c.r., et Catherine J. Boies Parker*, pour les intervenants British Columbia Teachers' Federation and Hospital Employees' Union.

Argumentation écrite seulement par *Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Andrew Raven et Andrew Astritis*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

*Patrick G. Nugent et Tamara Friesen*, pour l'intervenant Alberta Union of Provincial Employees.

*Éric Lévesque et Benoît Laurin*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

*Evert van Olst, c.r., et Leah Schatz*, pour les intervenantes Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, Cypress Regional Health Authority, Five Hills Regional Health Authority, Heartland Regional Health Authority, Sunrise Regional Health Authority, Prince Albert Parkland Regional Health Authority et Saskatoon Regional Health Authority.

*Paul Champ et Bijon Roy*, pour l'intervenant le Syndicat national des employées et employés généraux du secteur public.

Argumentation écrite seulement par *Brian W. Burkett*, pour les intervenantes la Société canadienne des postes et Air Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis was delivered by

[1] ABELLA J. — In the *Alberta Reference (Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.))*, [1987] 1 S.C.R. 313, this Court held that the freedom of association guaranteed under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not protect the right to collective bargaining or to strike. Twenty years later, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, [2007] 2 S.C.R. 391, this Court held that s. 2(d) protects the right of employees to engage in a meaningful process of collective bargaining. The rights were further enlarged in *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, [2011] 2 S.C.R. 3, where the Court accepted that a meaningful process includes employees' rights to join together to pursue workplace goals, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith, including having a means of recourse should the employer not bargain in good faith. And, most recently, in *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, [2015] 1 S.C.R. 3, the Court recognized that a process of collective bargaining could not be meaningful if employees lacked the independence and choice to determine and pursue their collective interests. Clearly the arc bends increasingly towards workplace justice.

[2] The question in this appeal is whether a prohibition on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment amounts to a substantial interference with their right to a meaningful process of collective bargaining and, as a result, violates s. 2(d) of the *Charter*. The question of whether other forms of collective work stoppage are protected by s. 2(d) of the *Charter* is not at issue here.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l'Alberta* »), notre Cour statue que la liberté d'association garantie par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne protège ni le droit de négociation collective, ni le droit de grève. Vingt ans plus tard, dans l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, la Cour décide que l'al. 2d) protège le droit des salariés de prendre part à un processus véritable de négociation collective. La portée de ce droit s'accroît ensuite dans l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3, où la Cour reconnaît que ce processus véritable comprend le droit des salariés de se regrouper en vue d'atteindre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à leur employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l'accès à une voie de recours pour le cas où l'employeur ne négocierait pas de bonne foi. Et plus récemment, dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3, la Cour reconnaît qu'un processus de négociation collective ne peut être véritable lorsque les salariés n'ont pas la liberté de choix et l'indépendance voulues pour décider de leurs intérêts collectifs et les poursuivre. Ce parcours fait ressortir une inclination croissante à favoriser la justice au travail.

[2] La question en litige est celle de savoir si l'interdiction faite aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail entrave substantiellement leur droit à un processus véritable de négociation collective et, de ce fait, porte atteinte aux droits que leur garantit l'al. 2d) de la *Charte*. La question de savoir si d'autres formes d'arrêt collectif du travail sont protégées ou non par cette disposition n'a pas à être tranchée en l'espèce.

[3] The conclusion that the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process in our system of labour relations is supported by history, by jurisprudence, and by Canada's international obligations. As Otto Kahn-Freund and Bob Hepple recognized:

The power to withdraw their labour is for the workers what for management is its power to shut down production, to switch it to different purposes, to transfer it to different places. A legal system which suppresses the freedom to strike puts the workers at the mercy of their employers. This — in all its simplicity — is the essence of the matter.

(*Laws Against Strikes* (1972), at p. 8)

The right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right. It seems to me to be the time to give this conclusion constitutional benediction.

[4] This applies too to public sector employees. Those public sector employees who provide essential services undoubtedly have unique functions which may argue for a less disruptive mechanism when collective bargaining reaches an impasse, but they do not argue for no mechanism at all. Because Saskatchewan's legislation abrogates the right to strike for a number of employees and provides no such alternative mechanism, it is unconstitutional.

#### Background

[5] On December 19, 2007, the newly elected Government of Saskatchewan introduced two statutes which ground this appeal: *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*), and *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26. They became law on May 14, 2008.

[6] Prior to the enactment of *The Public Service Essential Services Act*, public sector strikes were regulated on an *ad hoc* basis in Saskatchewan.

[3] L'histoire, la jurisprudence et les obligations internationales du Canada confirment que, dans notre régime de relations de travail, le droit de grève constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective. Otto Kahn-Freund et Bob Hepple l'ont d'ailleurs reconnu :

[TRADUCTION] Le pouvoir des travailleurs de cesser le travail équivaut à celui de la direction de cesser la production, de la réorienter, de la déplacer. Le régime juridique qui supprime la liberté de grève met les salariés à la merci de l'employeur. Là réside tout simplement l'essentiel.

(*Laws Against Strikes* (1972), p. 8)

Le droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable. Le temps me paraît venu de le consacrer constitutionnellement.

[4] Les salariés du secteur public sont tout autant visés. Ceux d'entre eux qui assurent des services essentiels ont certainement des fonctions dont le caractère unique est susceptible de militer en faveur d'un mécanisme moins perturbateur que la grève lorsque la négociation collective se heurte à une impasse, mais ne saurait justifier l'absence de tout mécanisme de règlement des différends. Parce qu'elle supprime le droit de grève d'un certain nombre de salariés sans le remplacer par un tel mécanisme, la loi saskatchewanaise en cause est inconstitutionnelle.

#### Contexte

[5] Le 19 décembre 2007, le gouvernement fraîchement élu de la Saskatchewan a déposé deux projets de loi qui forment l'assise du pourvoi : *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (*PSESA*) et *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26. Ces textes législatifs ont été adoptés le 14 mai 2008.

[6] Avant l'adoption de la *Public Service Essential Services Act*, le législateur de la Saskatchewan intervenait de manière ponctuelle lorsqu'une grève

Without a regime in place, it was often difficult to ensure the adequate provision of essential services during labour disputes. In April 1999, for example, 8,400 members of the Saskatchewan Union of Nurses participated in a province-wide strike and many health care facilities throughout the province lost the capacity to provide critical care to patients. Similarly, in 2001, health care employees represented by the Canadian Union of Public Employees withdrew their services, seriously affecting the delivery of health care:

As the strike progressed, the impact on health care services became more serious. In the Regina area alone, elective procedures were cancelled, patients were transferred out of province to alternate provincial sites, and there were no admissions to permanent beds, convalescent beds, palliative beds or respite beds. Admissions to long term care facilities were halted. All day support programs and Meals on Wheels programs were cancelled. Eighty-eight beds at the Regina General Hospital were closed, which left it functioning at 75 percent, and 110 beds at the Pasqua Hospital were closed, leaving it functioning at only 54 percent of capacity. Operating room theatres were reduced from eight to one at the Regina General Hospital, and from seven to one at the Pasqua Hospital, being the only two operating hospitals in the city. The women's health centre was closed and five children's beds were closed in in-patient rehabilitation at Wascana Rehabilitation Centre, in addition to eight adult rehabilitation beds.

And from December 2006 to February 2007, the Saskatchewan Government and General Employees' Union engaged in lawful strike action. A large number of highway workers, snow plow operators, and corrections workers participated, sparking concerns about public safety.

[7] As a result of these experiences, in 2007 the newly elected provincial government moved to implement an essential services labour relations regime in the province. The *PSESA* is Saskatchewan's first statutory scheme to regulate and limit the ability of public sector employees who perform "essential

survenait dans le secteur public. Sans dispositions applicables en la matière, il était souvent difficile d'assurer la prestation adéquate de services essentiels pendant un conflit de travail. En avril 1999, par exemple, 8 400 membres de la Saskatchewan Union of Nurses ont fait la grève à la grandeur de la province, et de nombreux établissements de santé n'ont plus été en mesure d'offrir aux patients des soins indispensables. De même, en 2001, des salariés du secteur de la santé représentés par le Syndicat canadien de la fonction publique ont cessé le travail et compromis ainsi sérieusement la prestation de soins de santé :

[TRADUCTION] Au fur et à mesure que la grève se poursuivait, l'effet sur les services de santé s'accroissait. Dans la seule région de Regina, les interventions non urgentes étaient annulées, les patients étaient envoyés dans d'autres provinces et il n'y avait pas d'attribution de lits permanents, non plus que de lits réservés aux soins de convalescence, aux soins palliatifs ou au service de relève. L'accès aux soins de longue durée était lui aussi suspendu. Toutes les activités d'aide de jour ou de popote roulante étaient annulées. Quatre-vingt-huit lits étaient fermés à l'hôpital général de Regina, qui fonctionnait à 75 pour 100 de sa capacité, et 110 lits étaient fermés à l'hôpital Pasqua, qui fonctionnait à seulement 54 pour 100 de sa capacité. Le nombre de blocs opératoires était passé de huit à un à l'hôpital général de Regina, et de sept à un à l'hôpital Pasqua. Il s'agissait des deux seuls hôpitaux de la ville où des activités chirurgicales avaient lieu. Le centre de santé des femmes était fermé, et au service des patients hospitalisés du centre de réadaptation Wascana, cinq lits réservés aux enfants étaient fermés, en plus de huit lits réservés aux adultes.

De plus, de décembre 2006 à février 2007, le Saskatchewan Government and General Employees' Union a fait la grève légalement. Un grand nombre d'employés de la voirie, de préposés au déneigement et d'employés des services correctionnels ont pris part au moyen de pression, ce qui a fait craindre pour la sécurité publique.

[7] Par suite de ces événements, le gouvernement provincial nouvellement élu a entrepris en 2007 la mise en œuvre d'un régime de services essentiels dans la province. La *PSESA* est le premier régime législatif de la Saskatchewan à réglementer et à limiter l'exercice du droit de grève des salariés du

services” to strike. The *Act* applies to every “public employer” in Saskatchewan and to every “employee” of a public employer who is represented by a union.

[8] Under the *PSESA*, designated “essential services employees” are prohibited from participating in any work stoppage against their public employer. In the event of a strike, those employees are required to continue “the duties of [their] employment with the public employer in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement”, and are prohibited from refusing to continue those duties “without lawful excuse”. Contravention of any provision under the *PSESA* is a summary conviction offence that could result in an increasing fine for every day the offence continues.

[9] The *PSESA* sets out a broad definition of “essential services”:

s. 2(c)

(i) with respect to services provided by a public employer other than the Government of Saskatchewan, services that are necessary to enable a public employer to prevent:

- (A) danger to life, health or safety;
- (B) the destruction or serious deterioration of machinery, equipment or premises;
- (C) serious environmental damage; or
- (D) disruption of any of the courts of Saskatchewan; and

(ii) with respect to services provided by the Government of Saskatchewan, services that:

- (A) meet the criteria set out in subclause (i); and
- (B) are prescribed;<sup>1</sup>

<sup>1</sup> The “prescribed” services referred to in s. 2(c)(ii) are listed in Table 1 of the Appendix of *The Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1, enacted in 2009.

secteur public qui assurent des [TRADUCTION] « services essentiels ». Elle s’applique à tout « employeur public » de la Saskatchewan et à tout « salarié » d’un employeur public représenté par un syndicat.

[8] La *PSESA* interdit aux [TRADUCTION] « salariés [désignés] qui assurent des services essentiels » de prendre part à un arrêt de travail. En cas de grève, ces salariés doivent continuer d’exercer « leurs fonctions [. . .] conformément aux conditions établies par la convention collective la plus récente », et ils ne peuvent refuser de le faire « sans excuse valable ». L’inobservation de l’une ou l’autre des dispositions de la *PSESA* constitue une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et rend passible d’une amende dont le montant s’accroît chaque jour où l’infraction se poursuit.

[9] La *PSESA* définit largement les [TRADUCTION] « services essentiels » :

[TRADUCTION]

al. 2(c)

(i) dans le cas de services fournis par un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services nécessaires pour permettre à l’employeur public d’empêcher, selon le cas :

- (A) la mise en danger de la vie, de la santé ou de la sécurité;
- (B) la destruction ou la détérioration grave de machines, de matériel ou de locaux;
- (C) l’endommagement grave de l’environnement;
- (D) la perturbation des tribunaux de la Saskatchewan;

(ii) dans le cas de services fournis par le gouvernement de la Saskatchewan, les services qui

- (A) répondent aux critères énoncés au sous-alinéa (i) et
- (B) qui sont visés par règlement<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> Le service « visé par règlement » dont il est question au sous-al. 2(c)(ii) figure au Tableau 1 de l’annexe du *Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1, entré en vigueur en 2009.

[10] A “public employer” is defined as:

s. 2(i)

- (i) the Government of Saskatchewan;
- (ii) a Crown corporation as defined in *The Crown Corporations Act, 1993*;
- (iii) a regional health authority as defined in *The Regional Health Services Act*;
- (iv) an affiliate as defined in *The Regional Health Services Act*;
- (v) the Saskatchewan Cancer Agency continued pursuant to *The Cancer Agency Act*;
- (vi) the University of Regina;
- (vii) the University of Saskatchewan;
- (viii) the Saskatchewan Polytechnic;
- (ix) a municipality;
- (x) a board as defined in *The Police Act, 1990*;
- (xi) any other person, agency or body, or class of persons, agencies or bodies, that:
  - (A) provides an essential service to the public; and
  - (B) is prescribed;

[11] A public employer and the union are to negotiate an “essential services agreement” to govern how public services are to be maintained in the event of a work stoppage. In the event that the negotiations break down, the public employer has the authority to unilaterally designate, by “notice”, which public services it considers to be essential, the classifications of employees required to continue to work during a work stoppage, and the names and number of employees in each of the classifications. Further notice may be given by the public employer at any time, either to increase or decrease the numbers of employees required to maintain essential services.

[10] Le terme [TRADUCTION] « employeur public » est défini comme suit :

[TRADUCTION]

al. 2(i)

- (i) le gouvernement de la Saskatchewan;
- (ii) une société d’État au sens de la *Crown Corporations Act, 1993*;
- (iii) un office régional de la santé au sens de la loi intitulée *The Regional Health Services Act*;
- (iv) un affilié au sens de la *Regional Health Services Act*;
- (v) la Saskatchewan Cancer Agency prorogée en vertu de la *Cancer Agency Act*;
- (vi) l’Université de Regina;
- (vii) l’Université de la Saskatchewan;
- (viii) la Saskatchewan Polytechnic;
- (ix) une municipalité;
- (x) un conseil au sens de la loi intitulée *The Police Act, 1990*;
- (xi) tout autre organisme, personne ou agence, ou catégorie d’organismes, de personnes ou d’agences :
  - (A) qui fournit un service essentiel au public et
  - (B) qui est visée par règlement;

[11] L’employeur public et le syndicat doivent négocier un [TRADUCTION] « accord sur les services essentiels » qui détermine la manière dont les services publics seront assurés advenant un arrêt de travail. S’ils n’y parviennent pas, l’employeur public a le pouvoir de désigner unilatéralement, au moyen d’un « avis », les services publics qui sont tenus pour essentiels et les catégories de salariés qui doivent continuer d’exercer leurs fonctions durant un arrêt de travail, ainsi que de préciser les noms et le nombre des salariés de chacune de ces catégories. L’employeur public peut à tout moment donner un nouvel avis à l’effet d’augmenter ou de diminuer le nombre de salariés tenus d’assurer des services essentiels.

[12] Where the employer is the Government of Saskatchewan, essential services are prescribed by regulation.

[13] The Saskatchewan Labour Relations Board has limited jurisdiction to review the numbers of employees required to work in a given classification during a strike, but it has no authority to review whether any particular service is essential, which classifications involve the delivery of genuinely essential services, or whether specific employees named by the employer to work during the strike have been reasonably selected.

[14] The second statute at issue in this appeal is *The Trade Union Amendment Act, 2008*. It introduced stricter requirements for a union to be certified by increasing the required level of written support from 25% to 45% of employees; by reducing the period for receiving written support from the employees from six months to three; and by eliminating the automatic certification previously available when over 50% of the employees had given written support prior to the application. The Saskatchewan Labour Board no longer had any discretion to decide whether a representation vote by secret ballot was needed.

[15] *The Trade Union Amendment Act, 2008* also decreased the level of employee support required for decertification. The predecessor legislation, *The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17* (repealed by S.S. 2013, c. S-15.1), had set out a process by which employees in a bargaining unit could apply to have a union decertified as the bargaining representative. That provision was changed in *The Trade Union Amendment Act, 2008* by decreasing the required level of advanced written support for decertification from 50% plus one to 45%. The period within which the required written support was to be submitted was reduced from six months to three.

[16] Finally, it was no longer an “unfair labour practice” for an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” during the exercise

[12] Lorsque l’employeur est le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels sont visés par règlement.

[13] La Saskatchewan Labour Relations Board (la Commission) possède une compétence limitée qui lui permet de réviser le nombre de salariés d’une catégorie tenus d’exercer leurs fonctions lors d’une grève, mais elle ne peut aucunement examiner si un service est essentiel ou non, déterminer quelles catégories de salariés assurent véritablement des services essentiels ou si les salariés choisis par l’employeur pour exercer leurs fonctions pendant la grève l’ont été de manière raisonnable ou non.

[14] La *Trade Union Amendment Act, 2008* est la seconde loi en cause dans le pourvoi. Elle a resserré les conditions d’accréditation d’un syndicat en faisant passer de 25 à 45 p. 100 le pourcentage des salariés qui doivent donner leur appui par écrit, en ramenant de six à trois mois la période au cours de laquelle ces appuis doivent être ainsi obtenus et en supprimant l’octroi automatique de l’accréditation lorsque plus de 50 p. 100 des salariés donnaient leur appui par écrit avant le dépôt de la demande. La Commission n’a plus de pouvoir discrétionnaire pour décider si, lors d’un scrutin de représentation, le vote doit être secret ou non.

[15] La *Trade Union Amendment Act, 2008* a également abaissé le pourcentage d’appui des salariés requis pour la révocation de l’accréditation. La loi antérieure intitulée *The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17* (abrogée par S.S. 2013, c. S-15.1), établissait le processus par lequel les membres d’une unité de négociation pouvaient demander la révocation de l’accréditation d’un syndicat à titre d’agent négociateur. La *Trade Union Amendment Act, 2008* a modifié cette disposition en ramenant de 50 p. 100 plus un à 45 p. 100 le pourcentage d’appui — obtenu au préalable et par écrit — nécessaire à cette fin. La période au cours de laquelle l’appui doit être donné par écrit est passée de six à trois mois.

[16] Enfin, la communication par l’employeur [TRADUCTION] « de faits ou d’opinions à ses salariés » lorsque ceux-ci exercent les droits que leur



of their rights under *The Trade Union Amendment Act, 2008*.

[17] In July 2008, the Saskatchewan Federation of Labour and other unions challenged the constitutionality of both the *PSESA* and *The Trade Union Amendment Act, 2008*. The Saskatchewan Union of Nurses, the Canadian Union of Public Employees, the Service Employees International Union-West, and the Saskatchewan Government and General Employees' Union each subsequently commenced separate proceedings challenging only the constitutionality of the *PSESA*.

[18] Both sets of challenges were decided by the trial judge, Ball J., under s. 2(d) of the *Charter*. In his view, the majority decisions in the *Alberta Reference* had been superseded by this Court's interpretation of the scope of s. 2(d) of the *Charter* in *Health Services* and *Fraser* to include protection for the right to engage in collective action to achieve workplace goals. While recognizing that the Court had not yet directly considered whether strike activity was encompassed by s. 2(d), Ball J. nonetheless concluded that "the right to strike is a fundamental freedom protected by s. 2(d) of the *Charter*".

[19] He accordingly found that the prohibition on the right to strike in the *PSESA* substantially interfered with the s. 2(d) rights of the affected public sector employees. He acknowledged that while Canadian and international law supports the restriction or prohibition of strikes by essential services employees, after an extensive and thoughtful analysis, he found that the absolute ban on the right to strike in the *PSESA* was neither minimally impairing nor proportionate for essentially the following reasons:

- Saskatchewan failed to engage in meaningful consultation or negotiation with respect to the *PSESA* and *The Public Service Essential Services Regulations*.

confère la *Trade Union Amendment Act, 2008* n'est plus considérée comme une « pratique déloyale ».

[17] En juillet 2008, la Saskatchewan Federation of Labour et d'autres syndicats ont contesté la constitutionnalité de la *PSESA* et de la *Trade Union Amendment Act, 2008*. Le Saskatchewan Union of Nurses, le Syndicat canadien de la fonction publique, le Service Employees International Union-West et le Saskatchewan Government and General Employees' Union ont ensuite contesté dans des instances distinctes la constitutionnalité de la seule *PSESA*.

[18] En première instance, le juge Ball statue sur les deux séries d'instances en application de l'al. 2d) de la *Charte*. À son avis, la décision des juges majoritaires de la Cour dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* est supplantée par les arrêts *Health Services* et *Fraser* dans lesquels la Cour se prononce sur la portée de l'al. 2d) de la *Charte* et conclut que cet alinéa protège également le droit d'agir de manière concertée en vue de la réalisation d'objectifs liés au travail. Après avoir reconnu que la Cour n'a pas encore directement examiné si l'al. 2d) protège le droit de grève ou non, le juge Ball conclut néanmoins que [TRADUCTION] « le droit de grève est une liberté fondamentale protégée par l'al. 2d) de la *Charte* ».

[19] Il opine donc que l'interdiction de la grève par la *PSESA* entrave substantiellement l'exercice des droits que garantit l'al. 2d) aux salariés du secteur public en cause. Il reconnaît que le droit canadien et le droit international permettent de limiter ou de supprimer le droit de grève des salariés qui assurent des services essentiels. Cependant, à l'issue d'une analyse approfondie et réfléchie, il estime que l'interdiction totale de la grève par la *PSESA* ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels et que son effet n'est pas proportionné à son objectif, et ce, pour les raisons suivantes :

- La Saskatchewan n'a pas tenu une véritable consultation ou négociation sur la *PSESA* et le *Public Service Essential Services Regulations*.

- Good-faith negotiation in determining essential services designations is not possible under the *PSESA* since one side has the capacity to impose an agreement.
- The definition of “essential services” is “very broad”. In the absence of an agreement with the Unions about what the definition means, employers are entitled unilaterally to decide what they included.
- The definition of “public employer” is also overbroad. There was no evidence that some of the designated public employers actually employed any employees who were engaged in the delivery of essential services.
- The power of public employers during a work stoppage to designate how essential services are to be maintained and by whom was unilateral and required no consultation with the Unions.
- The unilateral decision-making power granted to public employers was unnecessary. There was no explanation for why the Unions were denied any input into naming essential services employees.
- The *PSESA* goes beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike.
- Compared to analogous legislation in other Canadian jurisdictions, the *PSESA* is uniquely restrictive of the right to strike and devoid of both review mechanisms and alternate means of addressing workplace issues.
- La *PSESA* ne permet pas aux parties de négocier de bonne foi la désignation de services essentiels, car l’une d’elles peut imposer ses choix à l’autre.
- Le terme [TRADUCTION] « service essentiel » est « très largement » défini. Faute d’un accord avec le syndicat, l’employeur peut décider unilatéralement en quoi il consiste.
- La définition du terme [TRADUCTION] « employeur public » est elle aussi trop large. Nul élément de preuve n’établit que les salariés de certains des employeurs publics désignés assurent vraiment des services essentiels.
- Le pouvoir de l’employeur public de déterminer, lors d’un arrêt de travail, quelles personnes assureront les services essentiels et la manière dont elles le feront est unilatéral, et son exercice n’exige pas la consultation du syndicat.
- Il n’était pas nécessaire d’accorder à l’employeur public un pouvoir de décision unilatéral. Nul motif n’a été invoqué pour refuser au syndicat la possibilité de faire valoir son point de vue sur la désignation des salariés appelés à assurer les services essentiels.
- La *PSESA* va au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour garantir la prestation ininterrompue de services essentiels durant une grève.
- La *PSESA* restreint plus le droit de grève que les dispositions apparentées des autres ressorts canadiens et elle ne prévoit ni un mécanisme de révision, ni quelque autre moyen de régler des questions liées au travail.

[20] The declaration of invalidity was suspended for one year.

[20] L’effet de la déclaration d’invalidité est suspendu pendant un an.

[21] In his analysis of the second statutory scheme, *The Trade Union Amendment Act, 2008*, on the other hand, Ball J. concluded that the legislation

[21] En revanche, dans son analyse du second régime législatif, celui établi par la *Trade Union Amendment Act, 2008*, le juge Ball conclut que les

did not breach s. 2(d). While he acknowledged that the changes to the certification process introduced by *The Trade Union Amendment Act, 2008* had the effect of reducing the success rate of union applications for certification, he held that s. 2(d) does not require the enactment of legislation that ensures that unions succeed easily in their efforts to be certified; “it precludes the enactment of legislation that interferes with the freely expressed wishes of employees in the exercise of their s. 2(d) rights”.

[22] With respect to the broadened scope of permissible employer communications, Ball J. held that permitting employers to communicate facts and opinions is consistent with the employers’ freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. He concluded that both the purpose and effect of the relevant provision is that employers could only communicate with employees in a manner that does not infringe on the ability of the employees to engage their collective bargaining rights.

[23] The Saskatchewan Court of Appeal unanimously allowed the Government of Saskatchewan’s appeal with respect to the constitutionality of the *PSESA*, concluding that “[w]hile the Court’s freedom of association jurisprudence has evolved in recent years, it has not shifted far enough, or clearly enough, to warrant a ruling by this Court that the right to strike is protected by s. 2(d) of the *Charter*”. The appeal against the trial judge’s finding that *The Trade Union Amendment Act, 2008* did not violate s. 2(d) of the *Charter* was dismissed.

[24] I agree with the trial judge. Along with their right to associate, speak through a bargaining representative of their choice, and bargain collectively with their employer through that representative, the right of employees to strike is vital to protecting the meaningful process of collective bargaining within s. 2(d). As the trial judge observed, without the right to strike, “a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless”.

dispositions ne portent pas atteinte aux droits garantis par l’al. 2d). Même s’il reconnaît que les changements apportés au processus d’accréditation ont pour effet de réduire les chances qu’un syndicat soit accrédité, il conclut que l’al. 2d) n’exige pas l’adoption de dispositions qui permettent aux syndicats d’obtenir aisément leur accréditation, mais [TRADUCTION] « empêche l’adoption de dispositions qui font obstacle au vœu librement exprimé par les salariés dans l’exercice des droits qu’il garantit à ces derniers ».

[22] S’agissant de l’élargissement de ce que l’employeur est autorisé à communiquer aux salariés, le juge Ball estime que permettre à l’employeur de communiquer des faits et des opinions se concilie avec la liberté d’expression que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte*. Il conclut que la disposition pertinente a pour objet et pour effet de seulement permettre à l’employeur de communiquer avec les salariés d’une manière qui n’entrave pas leur exercice du droit de négocier collectivement.

[23] La Cour d’appel de la Saskatchewan accueille à l’unanimité l’appel interjeté par le gouvernement de la Saskatchewan relativement à la constitutionnalité de la *PSESA*. Elle conclut que [TRADUCTION] « [l]a jurisprudence de la cour sur la liberté d’association a évolué ces dernières années, mais que les changements survenus ne sont pas assez importants ou manifestes pour qu’elle puisse statuer que le droit de grève est protégé par l’al. 2d) de la *Charte* ». Elle rejette l’appel de la décision du juge de première instance selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne porte pas atteinte au droit garanti par l’al. 2d) de la *Charte*.

[24] Je me range à l’avis du juge de première instance. De pair avec le droit de s’associer, de s’exprimer par l’entremise de l’agent négociateur de leur choix et de négocier collectivement avec leur employeur par l’entremise de cet agent, le droit de grève des salariés est indispensable à la protection du processus véritable de négociation collective pour l’application de l’al. 2d). Comme le fait observer le juge, sans le droit de grève, [TRADUCTION] « le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens ».

[25] Where strike action is limited in a way that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining, it must be replaced by one of the meaningful dispute resolution mechanisms commonly used in labour relations. Where essential services legislation provides such an alternative mechanism, it would more likely be justified under s. 1 of the *Charter*. In my view, the failure of any such mechanism in the *PSESA* is what ultimately renders its limitations constitutionally impermissible.

### Analysis

[26] Section 2 of the *Charter* guarantees the following:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(d) freedom of association.

[27] The trial judge in this case relied on changes in this Court's s. 2(d) jurisprudence to depart from the precedent set by the majority in the *Alberta Reference*.

[28] The recognition of the broader purpose underlying s. 2(d) led the Court to conclude in *Health Services* that “s. 2(d) should be understood as protecting the right of employees to associate for the purpose of advancing workplace goals through a process of collective bargaining” (para. 87). In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and LeBel J. held that none of the majority's reasons in the *Alberta Reference* which had excluded collective bargaining from the scope of s. 2(d) “survive[d] scrutiny, and the rationale for excluding inherently collective activities from s. 2(d)'s protection has been overtaken by *Dunmore*” (*Health Services*, at para. 36).

[29] This Court reaffirmed in *Fraser* that a meaningful process under s. 2(d) must include, at a minimum, employees' rights to join together to pursue

[25] Lorsque le législateur limite le droit de grève d'une manière qui entrave substantiellement un processus véritable de négociation collective, il doit le remplacer par l'un ou l'autre des mécanismes véritables de règlement des différends couramment employés en relations de travail. La loi qui prévoit un tel mécanisme de rechange voit sa justification accrue au regard de l'article premier de la *Charte*. À mon avis, l'absence d'un tel mécanisme dans la *PSESA* représente ce qui, en fin de compte, rend les restrictions apportées par celle-ci inadmissibles sur le plan constitutionnel.

### Analyse

[26] L'article 2 de la *Charte* garantit ce qui suit :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

d) liberté d'association.

[27] Le juge de première instance invoque l'évolution de la jurisprudence de la Cour relative à l'al. 2d) pour s'écarter de l'opinion charnière des juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*.

[28] Dans l'arrêt *Health Services*, l'élargissement de l'objet de l'al. 2d) amène la Cour à conclure que « l'al. 2d) devrait être interprété comme ayant pour effet de protéger le droit d'employés de s'associer en vue d'atteindre des objectifs [liés] au [. . .] travail par un processus de négociation collective » (par. 87). Ce faisant, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel estiment qu'aucune des raisons exposées par les juges majoritaires dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* — qui exclut la négociation collective du champ d'application de la disposition — « ne résist[e] à l'examen et [que] le raisonnement à l'origine de l'exclusion des activités purement collectives de la protection de l'al. 2d) a été écarté dans *Dunmore* » (*Health Services*, par. 36).

[29] Dans l'arrêt *Fraser*, notre Cour réaffirme que, pour l'application de l'al. 2d), un processus véritable doit, à tout le moins, englober le droit des

workplace goals, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith, including having a means of recourse should the employer not bargain in good faith.

[30] The evolution in the Court’s approach to s. 2(d) was most recently summarized by McLachlin C.J. and LeBel J. in *Mounted Police*, where they said:

The jurisprudence on freedom of association under s. 2(d) of the *Charter* . . . falls into two broad periods. The first period is marked by a restrictive approach to freedom of association. The second period gradually adopts a generous and purposive approach to the guarantee.

. . . .

. . . after an initial period of reluctance to embrace the full import of the freedom of association guarantee in the field of labour relations, the jurisprudence has evolved to affirm a generous approach to that guarantee. This approach is centred on the purpose of encouraging the individual’s self-fulfillment and the collective realization of human goals, consistent with democratic values, as informed by “the historical origins of the concepts enshrined” in s. 2(d) . . . . [paras. 30 and 46]

[31] They confirmed that freedom of association under s. 2(d) seeks to preserve “employee autonomy against the superior power of management” in order to allow for a meaningful process of collective bargaining (para. 82).

[32] Given the fundamental shift in the scope of s. 2(d) since the *Alberta Reference* was decided, the trial judge was entitled to depart from precedent and consider the issue in accordance with this Court’s revitalized interpretation of s. 2(d): *Canada (Attorney General) v. Bedford*, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 42.

[33] Dickson C.J.’s dissenting reasons in the *Alberta Reference* were influential in the development of the more “generous approach” in the recent

salariés de se regrouper en vue de poursuivre des objectifs liés au travail, de faire des représentations collectives à l’employeur et de les voir prises en compte de bonne foi, ce qui comprend l’accès à une voie de recours advenant que l’employeur ne négocie pas de bonne foi.

[30] Dans le tout récent arrêt *Police montée*, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel résumant comme suit l’évolution de l’interprétation de l’al. 2d) par la Cour :

La jurisprudence sur la liberté d’association garantie par l’al. 2d) de la *Charte* [compte] deux périodes importantes. La première s’est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d’association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l’objet de la garantie constitutionnelle.

. . . .

. . . après une période initiale marquée par une réticence à reconnaître toute la portée de la liberté d’association en matière de relations de travail, la jurisprudence a évolué vers une approche généreuse de cette liberté. Cette approche visait essentiellement à encourager l’épanouissement individuel et la réalisation collective des objectifs humains, dans le respect des valeurs démocratiques, à la lumière des « origines historiques des concepts enchâssés » dans l’al. 2d) . . . [par. 30 et 46]

[31] Ils confirment que la liberté d’association garantie à l’al. 2d) vise à protéger « l’autonomie collective des employés contre le pouvoir supérieur de l’administration » afin de permettre le déroulement d’un processus véritable de négociation collective (par. 82).

[32] Étant donné la rupture fondamentale d’avec le *Renvoi relatif à l’Alberta* concernant la portée de l’al. 2d), le juge de première instance était fondé de déroger à celle-ci et d’examiner les questions au regard de l’interprétation actualisée de l’al. 2d) par notre Cour (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42).

[33] Les motifs de dissidence du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l’Alberta* ont contribué au caractère plus « généreux » de la jurisprudence

jurisprudence. Recognizing that association “has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people” (at p. 368), and that Canada’s international human rights obligations required protection for both the formation and essential activities of labour unions, including collective bargaining and the freedom to strike, Dickson C.J. concluded that “effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process requires concomitant protection of their freedom to withdraw . . . their services [collectively], subject to s. 1 of the *Charter*” (at p. 371). (See also *Perrault v. Gauthier* (1898), 28 S.C.R. 241, at p. 256, and *Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri*, [1962] S.C.R. 609, at pp. 618 and 621.)

[34] His views are supported by the history of strike activity in Canada and globally.

[35] This Court referenced this history in *Health Services*:

In England, as early as the end of the Middle Ages, workers were getting together to improve their conditions of employment. They were addressing petitions to Parliament, asking for laws to secure better wages or other more favourable working conditions. Soon thereafter, strike activity began (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), at pp. 29-30). [para. 45]

[36] In England in the 19th century, strike action was the subject of criminal sanction under the common law doctrine of criminal conspiracy, reflected in the *Combination Acts* of 1799 and 1800. Even when certain forms of trade unionism and collective bargaining became legal under the *Combination Act* of 1825, strike activity itself remained criminal: *Health Services*, at paras. 47-48. This state of affairs continued in England “until the ‘legislative settlement’ of the 1870s . . . lifted the threat of criminal sanctions from all but violent forms of behaviour associated with industrial action”: Simon Deakin and Gillian S. Morris, *Labour Law* (6th ed. 2012), at p. 8.

récente. Après avoir reconnu que l’association « a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs » (p. 368) et que les obligations internationales du Canada au chapitre des droits de la personne commandent la protection tant de la formation de syndicats que des activités fondamentales de ceux qui sont formés, dont la négociation collective et la grève, le juge en chef Dickson conclut que « la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l’article premier de la *Charte* » (p. 371). (Voir également *Perrault c. Gauthier* (1898), 28 R.C.S. 241, p. 256, et *Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri*, [1962] R.C.S. 609, p. 618 et 621.)

[34] L’histoire du recours à la grève au Canada et ailleurs dans le monde appuie son opinion.

[35] La Cour renvoie d’ailleurs à cette histoire dans *Health Services* :

En Angleterre, dès la fin du Moyen-Âge, les travailleurs se regroupaient pour demander de meilleures conditions de travail. Ils présentaient des pétitions au Parlement, réclamant des lois leur accordant de meilleurs salaires ou d’autres conditions de travail plus avantageuses. Peu après, ils ont commencé à organiser des grèves (M.-L. Beaulieu, *Les Conflits de Droit dans les Rapports Collectifs du Travail* (1955), p. 29-30). [par. 45]

[36] Dans l’Angleterre du 19<sup>e</sup> siècle, la grève exposait à des sanctions pénales du fait que la common law l’assimilait à un complot criminel, comme en faisaient foi les *Combination Acts* (lois sur la coalition) de 1799 et 1800. Même lorsque certaines formes de syndicalisme et de négociation collective ont été légalisées par la *Combination Act* de 1825, la grève est demeurée un acte criminel (*Health Services*, par. 47-48). La situation a perduré en Angleterre [TRADUCTION] « jusqu’à ce que, au cours de la décennie 1870, une mesure législative supprime le caractère pénal de tout acte non violent associé à un moyen de pression » (Simon Deakin et Gillian S. Morris, *Labour Law* (6<sup>e</sup> éd. 2012), p. 8).

[37] British labour law was influential in the development of Canadian labour law prior to the 1940s, but the extent to which the restrictions on collective action were actually adopted and enforced in Canada appears to be unclear: *Health Services*, at paras. 43 and 50. As Judy Fudge and Eric Tucker wrote in describing the Canadian experience:

The collective dimension of striking was covered by combination law, but just what that law was in early and mid-nineteenth century Canada is even more opaque than the status of English master and servant law. However, regardless of the formal law, historians have not identified a single case in which workers were successfully prosecuted under combination law simply for the act of striking. It is also clear that the social practice of workers striking to improve terms and conditions of employment became deeply rooted during this era.

(“The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333, at pp. 340-41)

[38] What is known, however, is that workers participated in strike activity long before the modern system of labour relations was introduced in Canada. Strikes and collective bargaining were seen to go hand in hand since both “are creatures of working class action: working people turned to these methods to improve their lot in industry from the earliest days of nineteenth century Canadian capitalism”: Geoffrey England, “Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike” (1988), 13:2 *Queen’s L.J.* 168, at p. 175. See also Gilles Trudeau, “La grève au Canada et aux États-Unis: d’un passé glorieux à un avenir incertain” (2004), 38 *R.J.T.* 1; Claude D’Aoust and François Delorme, “The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective” (1981), 36 *Relat. ind.* 894; Bryan D. Palmer, “Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890” (1987), 20 *Labour* 61; Fudge and Tucker.

[39] The acceptance of the crucial role of strike activity led to its eventual decriminalization. In

[37] Le droit britannique du travail a influencé l’évolution de notre droit du travail jusqu’à la décennie 1940, mais on ignore dans quelle mesure les restrictions apportées à l’action concertée au Royaume-Uni ont réellement été adoptées et appliquées au Canada (*Health Services*, par. 43 et 50). Voici ce qu’écrivent Judy Fudge et Eric Tucker au sujet de la situation canadienne :

[TRADUCTION] Les règles et principes régissant les coalitions s’appliquaient à la dimension collective de la grève, mais leur teneur réelle au Canada au début et au milieu du 19<sup>e</sup> siècle est encore plus obscure que l’applicabilité des règles et principes régissant les rapports entre employeur et employé. Cependant, quel que soit l’état du droit positif, les historiens ne relèvent aucune affaire dans laquelle des travailleurs auraient été condamnés sous le régime du droit applicable aux coalitions uniquement pour avoir fait la grève. En outre, il ne fait aucun doute que le recours des travailleurs à la grève pour améliorer leurs conditions de travail s’est fermement implanté durant cette période.

(« The Freedom to Strike in Canada : A Brief Legal History » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 333, p. 340-341)

[38] On sait cependant que les travailleurs ont pris part à des grèves bien avant que le Canada ne se dote d’un régime moderne de relations de travail. On considérerait que la grève et la négociation collective allaient de pair puisque tous deux [TRADUCTION] « émanaient des actions de la classe ouvrière; les travailleurs y ont eu recours afin d’améliorer leur sort au tout début du capitalisme canadien, au dix-neuvième siècle » (Geoffrey England, « Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike » (1988), 13:2 *Queen’s L.J.* 168, p. 175. Voir également Gilles Trudeau, « La grève au Canada et aux États-Unis : d’un passé glorieux à un avenir incertain » (2004), 38 *R.J.T.* 1; Claude D’Aoust et François Delorme, « The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada : An Historical Perspective » (1981), 36 *Relat. ind.* 894; Bryan D. Palmer, « Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890 » (1987), 20 *Le Travail* 61; Fudge et Tucker).

[39] La reconnaissance du rôle crucial de la grève a finalement mené à sa décriminalisation. En 1872,

1872, Parliament began the process of eliminating the criminal prohibition against collective action by enacting the Canadian *The Trade Unions Act, 1872*, S.C. 1872, c. 30. Through a series of legislative reforms, “the taint of criminal liability” had finally been removed from all trade unions in Canada by 1892: George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 1.80. Parliament recognized the importance of this legislative reform for workers:

[In enacting the 1872 *Trade Unions Act*], the Canadian Parliament recognized the value for the individual of collective actions in the context of labour relations. As Sir John A. Macdonald mentioned in the House of Commons, the purpose of the *Trade Unions Act* of 1872 was to immunize unions from existing laws considered to be “opposed to the spirit of the liberty of the individual” (*Parliamentary Debates*, vol. III, 5th Sess., 1st Parl., May 7, 1872, at p. 392, as cited by M. Chartrand, “The First Canadian Trade Union Legislation: An Historical Perspective” (1984), 16 *Ottawa L. Rev.* 267, at p. 267).

(*Health Services*, at para. 52)

[40] McLachlin C.J. and LeBel J. further explain in *Health Services* that,

[b]efore the adoption of the modern statutory model of labour relations, the majority of strikes were motivated by the workers’ desire to have an employer recognize a union and bargain collectively with it (D. Glenday and C. Schrenk, “Trade Unions and the State: An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947” (1978), 2 *Alternate Routes* 114, at p. 128; M. Thompson, “Wagnerism in Canada: Compared to What?”, in *Proceedings of the XXXIst Conference — Canadian Industrial Relations Association* (1995), 59, at p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (February 1981), Working Paper No. 19, prepared for the Economic Council of Canada, at p. 57). [para. 54]

[41] And in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 35, the Court noted that “[s]trikes and picketlines have been used by Canadian unions to exert economic

le législateur canadien a entrepris de lever l’interdiction criminelle de l’action concertée par l’adoption de l’*Acte des Associations Ouvrières, 1872*, S.C. 1872, c. 30. En 1892, après une série de réformes législatives, les syndicats cessaient enfin de voir leurs activités [TRADUCTION] « tenues pour criminelles » (George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), ¶ 1.80). Le Parlement a reconnu l’importance de cette réforme législative pour les travailleurs :

[Par l’adoption de l’*Acte des Associations Ouvrières, 1872*], le Parlement canadien a reconnu la valeur des activités collectives pour les individus dans le contexte des relations du travail. Comme l’a déclaré sir John A. Macdonald à la Chambre des communes, l’*Acte des Associations ouvrières, 1872* visait à soustraire les syndicats à l’application des lois en vigueur considérées comme [TRADUCTION] « incompatibles avec l’esprit de liberté individuelle » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 5<sup>e</sup> sess., 1<sup>re</sup> lég., 7 mai 1872, p. 392, passage cité par M. Chartrand, « The First Canadian Trade Union Legislation : An Historical Perspective » (1984), 16 *R.D. Ottawa* 267, p. 267).

(*Health Services*, par. 52)

[40] La juge en chef McLachlin et le juge LeBel expliquent en outre dans l’arrêt *Health Services* :

Avant l’adoption du modèle légal contemporain des relations du travail, la majorité des grèves s’expliquaient par le désir des travailleurs d’amener l’employeur à reconnaître le syndicat et à négocier collectivement avec lui (D. Glenday et C. Schrenk, « Trade Unions and the State : An Interpretative Essay on the Historical Development of Class and State Relations in Canada, 1889-1947 » (1978), 2 *Alternate Routes* 114, p. 128; M. Thompson, « Wagnerism in Canada : Compared to What? », dans *Actes du XXXI<sup>e</sup> Congrès de l’Association canadienne des relations industrielles* (1995), 59, p. 60; C. D. Baggaley, *A Century of Labour Regulation in Canada* (février 1981), Cahier de recherche n<sup>o</sup> 19, préparé par le Conseil économique du Canada, p. 57). [par. 54]

[41] Dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 35, la Cour fait observer que « [l]es syndicats canadiens recourent



pressure and bargain with employers for over a century”.

[42] In 1935, the *Wagner Act* was adopted in the United States, introducing a model of labour relations that came to inspire legislative schemes across Canada. This model was adopted in Canada because the federal and provincial governments “recognized the fundamental need for workers to participate in the regulation of their work environment”, and, in doing so, “confirmed what the labour movement had been fighting for over centuries and what it had access to in the laissez-faire era through the use of strikes — the right to collective bargaining with employers” (*Health Services*, at para. 63). One of the goals of the Wagner model, therefore, was to reduce the frequency of strikes by ensuring a commitment to meaningful collective bargaining.

[43] As this Court noted in *Health Services*, the “unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively, led to governments adopting the American *Wagner Act* model of legislation” (para. 54). In implementing statutorily protected bargaining rights, modern labour relations legislation was “designed to secure a greater measure of industrial peace to the public by encouraging collective bargaining and conciliation procedures rather than strikes as a method of resolving industrial disputes” (*Gagnon v. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] S.C.R. 435, at pp. 443-44, per Ritchie J.).

[44] Modern labour relations legislation in Canada accordingly limited certain forms of strike activities and replaced the freedom to collectively engage in the withdrawal of services with statutorily protected rights to organize and engage in collective bargaining. As Judy Fudge and Eric Tucker noted, this model gave workers collective bargaining protection as a trade-off for limitations imposed on the freedom to strike:

aux grèves et aux lignes de piquetage pour exercer des pressions économiques et négocier avec les employeurs depuis plus d’un siècle ».

[42] Adoptée aux États-Unis en 1935, la *Loi Wagner* a établi un modèle de relations de travail qui a inspiré les régimes législatifs partout au Canada. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont adopté ce modèle parce qu’ils ont « reconnu le besoin fondamental des travailleurs de participer à la réglementation de leur milieu de travail » et, ce faisant, ils « ont confirmé la validité de l’objectif central des luttes syndicales depuis des siècles, que le mouvement syndical a atteint pendant la période de laissez-faire en déclenchant des grèves : le droit de négocier collectivement avec les employeurs » (*Health Services*, par. 63). Le modèle fondé sur la *Loi Wagner* visait donc entre autres à réduire le recours à la grève en veillant à ce que les parties se livrent à une véritable négociation collective.

[43] Dans l’arrêt *Health Services*, notre Cour fait remarquer que le « nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux, a amené les gouvernements à adopter le modèle [. . .] américain fondé sur la *Loi Wagner* » (par. 54). En établissant des droits de négociation protégés par la loi, la législation moderne [TRADUCTION] « vise à favoriser la paix industrielle dans l’intérêt des citoyens en incitant à la négociation collective et aux mesures de conciliation plutôt qu’à la grève pour régler les conflits de travail » (*Gagnon c. Foundation Maritime Ltd.*, [1961] R.C.S. 435, p. 443-444, le juge Ritchie).

[44] Au Canada, la législation moderne du travail a donc limité le recours à certaines formes de grève et remplacé la liberté des travailleurs de cesser collectivement le travail par le droit de se syndiquer et celui de négocier collectivement, tous deux également protégés. Les professeurs Judy Fudge et Eric Tucker font observer que ce modèle garantit aux travailleurs le droit de négocier collectivement en contrepartie de la limitation de leur liberté de grève :

The loss of the freedom to strike for recognition was accompanied by a certification procedure that enabled employees to obtain union representation through a democratic process, and also imposed on employers a duty to recognize and to bargain in good faith with certified unions. The loss of the freedom to strike during the life of a collective agreement came with a right to enforce the terms of that agreement through binding arbitration. And, of course, the postponement of strikes until after conciliation . . . also came with a statutory freeze on terms and conditions. Finally, the new regime also gave workers a right to strike in the Hohfeldian sense, by prohibiting employers from terminating the contract of employment merely because the worker was on strike. The scope of the right to resume employment varies from jurisdiction to jurisdiction, but it protects striking workers' jobs in most situations. [p. 350]

[45] As George W. Adams writes, “All statutes have a policy commitment to the postponement of the reciprocal rights of lockout and strike until the exhaustion of all settlement mechanisms” (§ 1.250). The trade-off in the Wagner labour relations model, limiting the ability to strike in favour of an emphasis on negotiated solutions for workplace issues, remains at the heart of labour relations in Canada. That is not to say it is the only model available, but it is the prevailing model in this country and the one under the s. 2(d) microscope in this case.

[46] It is important to point out, however, that the right to strike is not a creature just of the Wagner model. Most labour relations models include it. And where history has shown the importance of strike action for the proper functioning of a given model of labour relations, as it does in Wagner-style schemes, it should come as no surprise that the suppression of legal strike action will be seen as substantially interfering with meaningful collective bargaining. That is because it has long been recognized that the ability to collectively withdraw services for the purpose of negotiating the terms and conditions of employment — in other words, to strike — is an essential component of the process through which workers pursue collective workplace

[TRADUCTION] La perte de la liberté de faire la grève pour obtenir la reconnaissance syndicale s'est accompagnée de l'établissement d'une procédure d'accréditation qui permet aux salariés d'être représentés par un syndicat au terme d'un processus démocratique et qui oblige l'employeur à reconnaître un syndicat accrédité et à négocier de bonne foi avec lui. La perte de la liberté de grève pendant la durée de la convention collective a été compensée par le droit de faire respecter les dispositions de la convention au moyen de l'arbitrage obligatoire. Et, bien sûr, l'imposition de la conciliation avant tout recours à la grève [. . .] a aussi été compensée par le gel des dispositions de la convention. Enfin, le nouveau régime a également accordé aux travailleurs un droit de grève au sens où l'entendait Hohfeld, c'est-à-dire qu'il a interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail d'un travailleur pour le seul motif qu'il a fait la grève. Le droit de reprendre le travail a une portée qui varie d'un ressort à l'autre, mais dans la plupart des cas, il protège l'emploi du travailleur en grève. [p. 350]

[45] Selon George W. Adams, [TRADUCTION] « [t]outes les lois consacrent l'obligation de reporter l'exercice du droit de lock-out et du droit de grève jusqu'à l'épuisement de tous les mécanismes de règlement » (§ 1.250). Le compromis établi par le modèle de relations de travail fondé sur la *Loi Wagner*, qui limite l'exercice du droit de grève pour mettre l'accent sur le règlement négocié de questions liées au travail, reste au cœur des relations de travail au Canada. Ce n'est certes pas le seul modèle existant, mais c'est celui qui s'applique au pays et qui doit être examiné à la loupe au regard de l'al. 2d).

[46] Il importe toutefois de souligner que la reconnaissance du droit de grève n'est pas propre au seul modèle *Wagner*; elle est de la plupart des modèles de relations de travail. Et lorsque l'histoire montre l'importance de la grève pour le bon fonctionnement d'un modèle de relations de travail en particulier, comme c'est le cas du modèle fondé sur la *Loi Wagner*, on ne doit pas s'étonner que la suppression du droit de grève légal soit considérée comme une entrave substantielle à la négociation collective véritable. En effet, on reconnaît depuis longtemps que le pouvoir des travailleurs de cesser collectivement le travail aux fins de la négociation de leurs conditions de travail — le droit de grève, en somme — constitue une composante essentielle de

goals. As Prof. H. D. Woods wrote in his landmark 1968 report, the “acceptance of collective bargaining carries with it a recognition of the right to invoke the economic sanction of the strike” (*Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1969), at p. 175). The strike is “an indispensable part of the Canadian industrial relations system” and “has become a part of the whole democratic system” (pp. 129 and 176).

[47] Bob Hepple writes that “the strike weapon as a last resort is an essential safety-valve, a sanction aimed at achieving meaningful participation” (“The Right to Strike in an International Context” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133, at p. 139).

[48] The recognition that strikes, while a powerful form of economic pressure, are nonetheless critical components of the promotion of industrial — and therefore socio-economic — peace, was also cogently summarized in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 156:

Labour disputes may touch important sectors of the economy, affecting towns, regions, and sometimes the entire country. The cost to the parties and the public may be significant. Nevertheless, our society has come to see it as justified by the higher goal of achieving resolution of employer-employee disputes and the maintenance of economic and social peace. The legally limited use of economic pressure and the infliction of economic harm in a labour dispute has come to be accepted as a legitimate price to pay to encourage the parties to resolve their differences in a way that both can live with (see generally G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 1-11 to 1-15). [para. 25]

[49] As Gilles Trudeau wrote, [TRANSLATION] “[t]he strike was at the heart of the industrial relations system that prevailed throughout most of the 20th century . . . in Canada” (p. 5). Its significance as an economic sanction to collective bargaining

la poursuite, par les travailleurs, d’objectifs liés au travail. Comme l’indique le professeur H. D. Woods dans le rapport décisif qu’il a déposé en 1968, « [a]ccepter un régime de négociation collective, c’est implicitement reconnaître le droit de recours aux sanctions économiques » (*Les relations du travail au Canada : Rapport de l’Équipe spécialisée en relations de travail* (1969), p. 192). La grève fait “partie intégrante du régime canadien de relations du travail” et elle “est devenue partie intégrante de notre régime démocratique”» (p. 142 et 193).

[47] Pour Bob Hepple, [TRADUCTION] « la grève, comme arme de dernier recours, constitue une soupape de sûreté essentielle, une sanction qui vise l’obtention d’une participation véritable » (« The Right to Strike in an International Context » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 133, p. 139).

[48] Dans l’arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 156, on résume avec à-propos l’idée que la grève, même si elle constitue un moyen de pression économique redoutable, constitue néanmoins une composante cruciale de la promotion de la paix industrielle et partant, socio-économique :

Les conflits de travail peuvent toucher des secteurs importants de l’économie et avoir des répercussions sur des villes, des régions et, parfois, sur le pays tout entier. Il peut en résulter des coûts importants pour les parties et le public. Néanmoins, notre société en est venue à reconnaître que ces coûts sont justifiés eu égard à l’objectif supérieur de la résolution des conflits de travail et du maintien de la paix économique et sociale. Désormais, elle accepte aussi que l’exercice de pressions économiques, dans les limites autorisées par la loi, et l’infliction d’un préjudice économique lors d’un conflit de travail représentent le prix d’un système qui encourage les parties à résoudre leurs différends d’une manière acceptable pour chacune d’elles (voir, de manière générale, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), p. 1-11 à 1-15). [par. 25]

[49] Comme l’écrit Gilles Trudeau, « [l]a grève est au centre même du système de relations industrielles qui a prévalu pendant la majeure partie du 20<sup>e</sup> siècle [. . .] au Canada » (p. 5). C’est son importance comme sanction économique ou menace

— or threat thereof — is what led Dickson C.J. to conclude in the *Alberta Reference*, as previously noted, that “effective constitutional protection of the associational interests of employees in the collective bargaining process requires concomitant protection of their freedom to withdraw collectively their services, subject to s. 1 of the *Charter*” (p. 371).

[50] The inevitability of the need for the ability of employees to withdraw services collectively was also accepted by McLachlin C.J. and LeBel J. in *R.W.D.S.U.*, where they recognized that the purpose of strikes — placing economic pressure on employers — is a legitimate and integral means of achieving workplace objectives:

Occasionally, . . . negotiations stall and disputes threaten labour peace. When this happens, it has come to be accepted that, within limits, unions and employers may legitimately exert economic pressure on each other to the end of resolving their dispute. *Thus, employees are entitled to withdraw their services, inflicting economic harm directly on their employer and indirectly on third parties which do business with their employer.* [Emphasis added; para. 24.]

[51] The preceding historical account reveals that while strike action has variously been the subject of legal protections and prohibitions, the ability of employees to withdraw their labour in concert has long been essential to meaningful collective bargaining. Protection under s. 2(d), however, does not depend solely or primarily on the historical/legal pedigree of the right to strike. Rather, the right to strike is constitutionally protected because of its crucial role in a meaningful process of collective bargaining.

[52] Within this context and for this purpose, the strike is unique and fundamental. In *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231 (Ont. H.C.J.), Galligan J. emphasized the importance of strikes to the process of collective bargaining:

de sanction économique qui amène le juge en chef Dickson à conclure dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, comme je le mentionne précédemment, que « la protection constitutionnelle efficace des intérêts des associations de travailleurs dans le processus de négociation collective requiert la protection concomitante de leur liberté de cesser collectivement de fournir leurs services, sous réserve de l'article premier de la *Charte* » (p. 371).

[50] Dans l'arrêt *S.D.G.M.R.*, où ils reconnaissent que la grève, du fait qu'elle exerce une pression économique sur l'employeur, constitue un moyen légitime et fondamental d'atteindre des objectifs liés au travail, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel conviennent en outre de la nécessité inéluctable que les salariés puissent cesser collectivement le travail :

. . . il arrive que des négociations cessent et que des conflits menacent la paix dans les relations du travail. On a alors accepté que, le cas échéant, les syndicats et les employeurs puissent légitimement exercer, dans une certaine mesure, des pressions économiques les uns sur les autres en vue de résoudre le différend qui les oppose. *En conséquence, les salariés jouissent du droit de cesser de fournir leurs services, ce qui cause un préjudice économique directement à leur employeur et indirectement aux tiers qui font affaire avec lui.* [Italiques ajoutés; par. 24.]

[51] Les données historiques qui précèdent révèlent que même si la grève a fait l'objet parfois de protections, parfois d'interdictions, la faculté des salariés de cesser le travail de manière concertée est depuis longtemps essentielle à la négociation collective véritable. Or, la protection offerte par l'al. 2d) ne dépend pas seulement ou principalement du profil historique et juridique du droit de grève. En fait, le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle en raison de sa fonction cruciale dans le cadre d'un processus véritable de négociation collective.

[52] Dans ce contexte et à cette fin, la grève constitue une mesure unique et fondamentale. Dans *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home* (1983), 4 D.L.R. (4th) 231 (H.C.J. Ont.), le juge Galligan fait ressortir l'importance de la grève dans le processus de négociation collective :

. . . freedom of association contains a sanction that can convince an employer to recognize the workers' representatives and bargain effectively with them. That sanction is the freedom to strike. By the exercise of that freedom the workers, through their union, have the power to convince an employer to recognize the union and to bargain with it.

. . . If that sanction is removed the freedom is valueless because there is no effective means to force an employer to recognize the workers' representatives and bargain with them. When that happens the *raison d'être* for workers to organize themselves into a union is gone. Thus I think that *the removal of the freedom to strike renders the freedom to organize a hollow thing*. [Emphasis added; p. 249.]

[53] In *Health Services*, this Court recognized that the *Charter* values of “[h]uman dignity, equality, liberty, respect for the autonomy of the person and the enhancement of democracy” supported protecting the right to a meaningful process of collective bargaining within the scope of s. 2(d) (para. 81). And, most recently, drawing on these same values, in *Mounted Police* it confirmed that protection for a meaningful process of collective bargaining requires that employees have the ability to pursue their goals and that, at its core, s. 2(d) aims

to protect the individual from “state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends” . . . . The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society. [para. 58]

[54] The right to strike is essential to realizing these values and objectives through a collective bargaining process because it permits workers to withdraw their labour in concert when collective bargaining reaches an impasse. Through a strike, workers come

[TRANSLATION] . . . la liberté d'association se double d'une sanction susceptible de convaincre l'employeur de reconnaître les représentants des travailleurs et de négocier véritablement avec eux. Cette sanction correspond à la liberté de grève. Grâce à celle-ci, les travailleurs disposent, par l'entremise de leur syndicat, du pouvoir de convaincre l'employeur de reconnaître leur syndicat et de négocier avec lui.

. . . Sans cette sanction, la liberté d'association n'a plus de valeur car les travailleurs n'ont plus de moyen utile de forcer l'employeur à reconnaître leurs représentants et à négocier avec eux. La raison d'être de la formation d'un syndicat par des travailleurs cesse dès lors d'exister. C'est pourquoi j'estime que *la suppression de la liberté de grève rend vaine la liberté des travailleurs de se syndiquer*. [Italiques ajoutés; p. 249.]

[53] Dans l'arrêt *Health Services*, la Cour reconnaît que les valeurs inhérentes à la *Charte* que sont « [l]a dignité humaine, l'égalité, la liberté, le respect de l'autonomie de la personne et la mise en valeur de la démocratie » confirment la protection du droit à un processus véritable de négociation collective dans les limites de l'al. 2d) (par. 81). Plus récemment, dans l'arrêt *Police montée*, elle s'en remet à ces mêmes valeurs pour confirmer que la protection d'un processus véritable de négociation collective exige que les employés puissent poursuivre leurs objectifs et que l'alinéa vise essentiellement à protéger

l'individu contre « tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins » [. . .] Cette garantie permet de protéger les individus contre des entités plus puissantes. En s'unissant pour réaliser des objectifs communs, des personnes sont capables d'empêcher des entités plus puissantes de faire obstacle aux buts et aux aspirations légitimes qu'elles peuvent avoir. Le droit à la liberté d'association confère donc certains pouvoirs aux groupes vulnérables et les aide à corriger les inégalités au sein de la société. Il protège ainsi les groupes marginalisés et favorise la formation d'une société plus équitable. [par. 58]

[54] Le droit de grève est essentiel à la réalisation de ces valeurs et de ces objectifs par voie de négociation collective, car il permet aux travailleurs de cesser le travail de manière concertée en cas d'impasse de cette négociation collective. En recourant à

together to participate directly in the process of determining their wages, working conditions and the rules that will govern their working lives (Fudge and Tucker, at p. 334). The ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions. This collective action at the moment of impasse is an affirmation of the dignity and autonomy of employees in their working lives.

[55] Striking — the “powerhouse” of collective bargaining — also promotes equality in the bargaining process: England, at p. 188. This Court has long recognized the deep inequalities that structure the relationship between employers and employees, and the vulnerability of employees in this context. In the *Alberta Reference*, Dickson C.J. observed that

[t]he role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. [p. 368]

And this Court affirmed in *Mounted Police* that

. . . s. 2(d) functions to prevent individuals, who alone may be powerless, from being overwhelmed by more powerful entities, while also enhancing their strength through the exercise of collective power. Nowhere are these dual functions of s. 2(d) more pertinent than in labour relations. Individual employees typically lack the power to bargain and pursue workplace goals with their more powerful employers. Only by banding together in collective bargaining associations, thus strengthening their bargaining power with their employer, can they meaningfully pursue their workplace goals.

The right to a meaningful process of collective bargaining is therefore a necessary element of the right to collectively pursue workplace goals in a meaningful way . . . . [The] process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. [paras. 70-71]

la grève, les travailleurs s’unissent pour participer directement au processus de détermination de leurs salaires, de leurs conditions de travail et des règles qui régiront leur vie professionnelle (Fudge et Tucker, p. 334). Ainsi, le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l’employeur. Cette action concertée directe lors d’une impasse se veut une affirmation de la dignité et de l’autonomie personnelle des salariés pendant leur vie professionnelle.

[55] La grève — le « moteur » de la négociation collective — favorise aussi l’égalité dans le processus de négociation (England, p. 188). La Cour reconnaît depuis longtemps les inégalités marquées qui façonnent les relations entre employeurs et salariés, ainsi que la vulnérabilité des salariés dans ce contexte. Dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge en chef Dickson fait observer ce qui suit :

L’association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l’histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l’employeur. [p. 368]

Et, dans l’arrêt *Police montée*, la Cour confirme :

. . . l’al. 2d) vise à la fois à empêcher que des personnes — qui, isolées, demeureraient impuissantes — soient opprimées par des entités plus puissantes et à accroître leur influence par l’exercice d’un pouvoir collectif. Or, cette double fonction de l’al. 2d) ne peut être plus évidente que dans le cadre des relations de travail. En effet, les employés, agissant individuellement, ne disposent habituellement pas du pouvoir de négocier et de poursuivre des objectifs relatifs à leurs conditions de travail avec un employeur plus puissant. Seul le regroupement en association en vue de négocier collectivement — qui augmente ainsi leur pouvoir de négociation — permet à des employés de poursuivre véritablement leurs objectifs relatifs à leurs conditions de travail.

Le droit à un processus véritable de négociation collective constitue donc un élément nécessaire du droit de poursuivre collectivement et de manière véritable des objectifs relatifs au travail [. . .] Un processus de négociation collective n’aura toutefois pas un caractère véritable s’il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. [par. 70-71]

Judy Fudge and Eric Tucker point out that it is “the possibility of the strike which enables workers to negotiate with their employers on terms of approximate equality” (p. 333). Without it, “bargaining risks being inconsequential — a dead letter” (Prof. Michael Lynk, “Expert Opinion on Essential Services”, at par. 20; A.R., vol. III, at p. 145).

[56] In their dissent, my colleagues suggest that s. 2(d) should not protect strike activity as part of a right to a meaningful process of collective bargaining because “true workplace justice looks at the interests of all implicated parties” (para. 125), including employers. In essentially attributing equivalence between the power of employees and employers, this reasoning, with respect, turns labour relations on its head, and ignores the fundamental power imbalance which the entire history of modern labour legislation has been scrupulously devoted to rectifying. It drives us inevitably to Anatole France’s aphoristic fallacy: “The law, in its majestic equality, forbids the rich as well as the poor to sleep under bridges, to beg in the streets, and to steal bread.”

[57] Strike activity itself does not guarantee that a labour dispute will be resolved in any particular manner, or that it will be resolved at all. And, as the trial judge recognized, strike action has the potential to place pressure on *both* sides of a dispute to engage in good faith negotiations. But what it does permit is the employees’ ability to engage in negotiations with an employer on a more equal footing (see *Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] S.C.R. 762, at p. 780; *Mounted Police*, at paras. 70-71).

[58] Moreover, while the right to strike is best analyzed through the lens of freedom of association, expressive activity in the labour context is directly related to the *Charter*-protected right of workers to associate to further common workplace goals under s. 2(d) of the *Charter*: *Fraser*, at para. 38; *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, at para. 30. Strike action “bring[s the] debate on the

Judy Fudge et Eric Tucker relèvent que c’est [TRADUCTION] « l’éventualité de la grève qui permet aux travailleurs de négocier leurs conditions de travail presque sur un pied d’égalité avec l’employeur » (p. 333). Sans le droit de grève, [TRADUCTION] « la négociation risque de n’être qu’un vœu pieux » (Professeur Michael Lynk, opinion d’expert sur les services essentiels, par. 20; d.a., vol. III, p. 145).

[56] Dans leurs motifs de dissidence, mes collègues laissent entendre que l’al. 2d) ne devrait pas protéger le recours à la grève comme élément d’un processus véritable de négociation collective parce que « la véritable justice au travail se souci[e] des intérêts de tous les intéressés » (par. 125), y compris l’employeur. Soit dit en tout respect, en tenant essentiellement pour équivalents le pouvoir des salariés et celui des employeurs, ils méconnaissent la réalité des relations de travail et font abstraction du déséquilibre fondamental des forces en présence que la législation moderne du travail s’est toujours efforcée de corriger. Cela nous ramène inexorablement au sophisme aphoristique d’Anatole France : « La loi, dans un grand souci d’égalité, interdit aux riches comme aux pauvres de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain. »

[57] Faire la grève ne garantit pas en soi qu’un conflit de travail sera réglé d’une certaine manière, ni même du tout. Le juge de première instance reconnaît que la grève peut faire pression sur les *deux* parties au conflit pour qu’elles négocient de bonne foi. Elle permet toutefois aux salariés de négocier davantage sur un pied d’égalité avec l’employeur (voir *Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd.*, [1951] R.C.S. 762, p. 780; *Police montée*, par. 70-71).

[58] Qui plus est, même s’il est préférable de considérer le droit de grève sous l’angle de la liberté d’association, l’activité expressive dans le contexte du travail est directement liée au droit que l’al. 2d) de la *Charte* garantit aux travailleurs de s’associer en vue de poursuivre des objectifs communs (*Fraser*, par. 38; *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, par. 30). La grève a pour effet de

labour conditions with an employer into the public realm”: *Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, at para. 28. Cory J. recognized this dynamic in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901:

Often it is only by means of a strike that union members can publicize and emphasize the merits of their position as they see them with regard to the issues in dispute. It is essential that both the labour and management side be able to put forward their position so the public fully understands the issues and can determine which side is worthy of public support. Historically, to put forward their position, management has had far greater access to the media than have the unions. At times unions had no alternative but to take strike action and by means of peaceful picketing put forward their position to the public. This is often the situation today. [p. 916]

[59] As Dickson C.J. observed, “[t]he very nature of a strike, and its *raison d’être*, is to influence an employer by joint action which would be ineffective if it were carried out by an individual” (*Alberta Reference*, at p. 371).

[60] Alternative dispute resolution mechanisms, on the other hand, are generally not associational in nature and may, in fact, reduce the effectiveness of collective bargaining processes over time: Bernard Adell, Michel Grant and Allen Ponak, *Strikes in Essential Services* (2001), at p. 8. Such mechanisms can help avoid the negative consequences of strike action in the event of a bargaining impasse, but as Dickson C.J. noted in *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460, they do not, in the same way, help to realize what is protected by the values and objectives underlying freedom of association:

. . . as I indicated in the *Alberta Labour Reference*, the right to bargain collectively and therefore the right to strike involve more than purely economic interests of workers . . . . [A]s yet, it would appear that Canadian legislatures have not discovered an alternative mode of industrial dispute resolution which is as sensitive to the

« transporter sur la place publique le débat sur les conditions de travail imposées par un employeur » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner)*, par. 28). Le juge Cory le reconnaît également dans l’arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901 :

La grève est souvent le seul moyen dont disposent les syndiqués pour rendre public et faire valoir le bien-fondé de leur position à l’égard des questions en litige. Il est essentiel que les travailleurs et la direction soient tous les deux en mesure de faire valoir leur position afin que le public comprenne parfaitement les questions et puisse opter pour la partie qui mérite son appui. De tout temps, à ce chapitre, la direction a eu accès beaucoup plus facilement aux médias que les syndicats. À certains moments, ceux-ci n’avaient d’autre choix que de déclencher une grève et de faire connaître leur position au public au moyen d’un piquetage pacifique. C’est souvent le cas aujourd’hui. [p. 916]

[59] Le juge en chef Dickson fait d’ailleurs observer que « [l]a nature même d’une grève, sa raison d’être, est d’influencer l’employeur par une action commune qui serait inefficace si elle était exercée par une seule personne » (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 371).

[60] Par contre, les autres mécanismes de règlement des différends ne relèvent généralement pas de l’association et peuvent en fait nuire avec le temps à l’efficacité du processus de négociation collective (Bernard Adell, Michel Grant et Allen Ponak, *Strikes in Essential Services* (2001), p. 8). Ces mécanismes peuvent permettre d’échapper aux conséquences néfastes de la grève en cas d’impasse des négociations, mais comme le signale le juge en chef Dickson dans l’arrêt *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460, ils ne permettent pas, de la même manière, de réaliser ce que protègent les valeurs et les objectifs qui sous-tendent la liberté d’association :

. . . comme je l’ai souligné dans le *Renvoi relatif [à l’Alberta]*, le droit de négocier collectivement et, partant, celui de faire la grève, ne mettent pas en jeu que des intérêts purement économiques des travailleurs, [. . .] Même si, jusqu’à maintenant, les législateurs canadiens ne semblent pas avoir découvert un autre mode de règlement



associational interests of employees as the traditional strike/lock-out mechanism . . . . [pp. 476-77]

That is why, in the *Alberta Reference*, Dickson C.J. dealt with alternative dispute resolution mechanisms not as part of the scope of s. 2(d), but as part of his s. 1 analysis: pp. 374-75.

[61] The ability to engage in the collective withdrawal of services in the process of the negotiation of a collective agreement is therefore, and has historically been, the “irreducible minimum” of the freedom to associate in Canadian labour relations (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at p. 69).

[62] Canada’s international human rights obligations also mandate protecting the right to strike as part of a meaningful process of collective bargaining. These obligations led Dickson C.J. to observe that

there is a clear consensus amongst the [International Labour Organization] adjudicative bodies that [*Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17 (1948)] goes beyond merely protecting the formation of labour unions and provides protection of their essential activities — that is of collective bargaining and the freedom to strike. [*Alberta Reference*, at p. 359]

[63] At the time of the *Alberta Reference*, Dickson C.J.’s reliance on Canada’s commitments under international law did not attract sufficient collegial support to lift his views out of their dissenting status, but his approach has more recently proven to be a magnetic guide.

[64] LeBel J. confirmed in *R. v. Hape*, [2007] 2 S.C.R. 292, that in interpreting the *Charter*, the Court “has sought to ensure consistency between its interpretation of the *Charter*, on the one hand, and Canada’s international obligations and the relevant principles of international law, on the other”:

des conflits de travail qui tiennent aussi bien compte des intérêts collectifs des salariés que le mécanisme traditionnel de la grève et du lock-out . . . [p. 476-477]

C’est pourquoi dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge en chef Dickson se prononce sur les autres mécanismes de règlement des différends non pas au regard de l’al. 2d), mais dans le cadre de son analyse fondée sur l’article premier (p. 374-375).

[61] La faculté des travailleurs de cesser collectivement le travail pendant la négociation d’une convention collective constitue donc — et a toujours constitué — le [TRADUCTION] « minimum irréductible » de la liberté d’association dans les relations de travail au Canada (Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 69).

[62] Les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne commandent également la protection du droit de grève en tant qu’élément d’un processus véritable de négociation collective. Ces obligations ont amené le juge en chef Dickson à faire observer ce qui suit :

. . . il existe un consensus manifeste au sein des organes décisionnels de l’[Organisation internationale du Travail] suivant lequel la [*Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 68 R.T.N.U. 17 (1948)] ne se borne pas uniquement à protéger la formation des syndicats mais protège leurs activités fondamentales, soit la négociation collective et le droit de grève. [*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 359]

[63] À l’époque du *Renvoi relatif à l’Alberta*, les engagements internationaux du Canada invoqués par le juge en chef Dickson n’ont pas convaincu un nombre suffisant de ses collègues de se rallier à lui, de sorte que son opinion est demeurée dissidente, mais l’approche du Juge en chef s’est révélée être un repère magnétique ces dernières années.

[64] Dans *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d’assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d’une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d’autre part » (par. 55).

para. 55. And this Court reaffirmed in *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 23, “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.

[65] Given this presumption, Canada’s international obligations clearly argue for the recognition of a right to strike within s. 2(d). Canada is a party to two instruments which explicitly protect the right to strike. Article 8(1) of the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, to which Canada acceded in May 1976, provides that the “States Parties to the present Covenant undertake to ensure . . . (d) *the right to strike, provided that it is exercised in conformity with the laws of the particular country*”. (See also affidavit of Prof. Patrick Macklem (Expert Report), sworn December 21, 2010.) In Dickson C.J.’s view, the qualification that the right had to be exercised in conformity with domestic law appeared to allow for the regulation of the right, but not its legislative abrogation (*Alberta Reference*, at p. 351, citing *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (Alta. Q.B.), at p. 597; see also Hepple, at p. 138).

[66] In addition, in 1990, just over two years after the *Alberta Reference* was decided, Canada signed and ratified the *Charter of the Organization of American States*, Can. T.S. 1990 No. 23. Article 45(c) states:

Employers and workers, both rural and urban, have the right to associate themselves freely for the defense and promotion of their interests, *including the right to collective bargaining and the workers’ right to strike*, and recognition of the juridical personality of associations and the protection of their freedom and independence, all in accordance with applicable laws;

[67] Besides these explicit commitments, other sources tend to confirm the protection of the right to strike recognized in international law. Canada is a

Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme qu’« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[65] Étant donné cette présomption, les obligations internationales du Canada militent nettement en faveur de la reconnaissance d’un droit de grève protégé par l’al. 2d). Le Canada est partie à deux instruments qui protègent expressément le droit de grève. L’alinéa d) du paragraphe 1 de l’article 8 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, auquel le Canada a adhéré en 1976, dispose que « [I]es États parties au présent Pacte s’engagent à assurer [. . .] d) *Le droit de grève, exercé conformément aux lois de chaque pays* »; voir également l’affidavit du professeur Patrick Macklem (rapport d’expert) en date du 21 décembre 2010. Pour le juge en chef Dickson, la réserve portant que ce droit doit être exercé conformément au droit interne paraît autoriser sa réglementation, mais non sa suppression législative (*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 351, où il cite l’arrêt *Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta* (1980), 120 D.L.R. (3d) 590 (B.R. Alb.), p. 597; voir également Hepple, p. 138).

[66] De plus, en 1990, seulement deux ans après que la Cour s’est prononcée dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le Canada a signé et ratifié la *Charte de l’Organisation des États Américains*, R.T. Can. 1990 n° 23, dont le paragraphe c) de l’article 45 dispose :

Les employeurs et les travailleurs, ruraux ou urbains, ont le droit de s’associer librement pour la défense et la promotion de leurs intérêts, *notamment le droit de négociation collective et le droit de grève*, l’attribution de la personnalité juridique à ces associations et la protection de leur liberté et de leur indépendance, conformément à la législation pertinente;

[67] Outre ces deux engagements exprès, d’autres sources tendent à confirmer la protection du droit de grève que reconnaît le droit international.

party to the International Labour Organization (ILO) *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, ratified in 1972. Although *Convention No. 87* does not explicitly refer to the right to strike, the ILO supervisory bodies, including the Committee on Freedom of Association and the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, have recognized the right to strike as an indissociable corollary of the right of trade union association that is protected in that convention: see Pierre Verge and Dominic Roux, “L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien: deux solitudes?”, in Pierre Verge, ed., *Droit international du travail: Perspectives canadiennes* (2010), 437, at p. 460; Janice R. Bellace, “The ILO and the right to strike” (2014), 153 *Int’l Lab. Rev.* 29, at p. 30. Striking, according to the Committee of Experts, is “one of the essential means available to workers and their organizations for the promotion and protection of their economic and social interests”: *Freedom of Association and Collective Bargaining* (1994), at para. 147; Jean-Michel Servais, “ILO Law and the Right to Strike” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147, at p. 150.

[68] Under the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* signatory states are not permitted to take “legislative measures which would prejudice, or apply the law in such a manner as would prejudice, the guarantees provided for in [*Convention No. 87*]”: Article 8(3) of the *ICESCR*. The principles relating to the right to strike were summarized by the Committee on Freedom of Association as follows:

**521.** The Committee has always recognized the right to strike by workers and their organizations as a legitimate means of defending their economic and social interests.

**522.** The right to strike is one of the essential means through which workers and their organizations may promote and defend their economic and social interests.

Le Canada adhère à la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l’Organisation internationale du Travail (OIT), qu’il a ratifiée en 1972. Bien que la *Convention (n° 87)* ne renvoie pas expressément au droit de grève, les organismes de contrôle d’application de l’OIT, dont le Comité de la liberté syndicale et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations, reconnaissent que le droit de grève est indissociable du droit de regroupement en syndicat que protège la convention (voir Pierre Verge et Dominic Roux, « L’affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes? », dans Pierre Verge, dir., *Droit international du travail : Perspectives canadiennes* (2010), 437, p. 460; Janice R. Bellace, « The ILO and the right to strike » (2014), 153 *Rev. int. trav.* 29, p. 30. Pour la Commission d’experts, la grève est « un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux » (*Liberté syndicale et négociation collective* (1994), par. 147; Jean-Michel Servais, « ILO Law and the Right to Strike » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 147, p. 150).

[68] Les États signataires du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* se voient empêcher par la *Convention (n° 87)* de « prendre des mesures législatives portant atteinte — ou d’appliquer la loi de façon à porter atteinte — aux garanties prévues dans [cette] convention » (Paragraphe 3 de l’article 8 du *PIDESC*, qui renvoie à la *Convention (n° 87)*). Le Comité de la liberté syndicale résume comme suit les principes liés au droit de grève :

**521.** Le comité a toujours reconnu aux travailleurs et à leurs organisations le droit de grève comme moyen légitime de défense de leurs intérêts économiques et sociaux.

**522.** Le droit de grève est un des moyens essentiels dont disposent les travailleurs et leurs organisations pour promouvoir et pour défendre leurs intérêts économiques et sociaux.

**523.** The right to strike is an intrinsic corollary to the right to organize protected by Convention No. 87.

**523.** Le droit de grève est un corollaire indissociable du droit syndical protégé par la convention n° 87.

**526.** The occupational and economic interests which workers defend through the exercise of the right to strike do not only concern better working conditions or collective claims of an occupational nature, but also the seeking of solutions to economic and social policy questions and problems facing the undertaking which are of direct concern to the workers. [References omitted.]

**526.** Les intérêts professionnels et économiques que les travailleurs défendent par le droit de grève se rapportent non seulement à l'obtention de meilleures conditions de travail ou aux revendications collectives d'ordre professionnel, mais englobent également la recherche de solutions aux questions de politique économique et sociale et aux problèmes qui se posent à l'entreprise, et qui intéressent directement les travailleurs. [Citations omises.]

(ILO, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (5th rev. ed. 2006))

(OIT, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (5<sup>e</sup> éd. rév. 2006))

[69] Though not strictly binding, the decisions of the Committee on Freedom of Association have considerable persuasive weight and have been favourably cited and widely adopted by courts, tribunals and other adjudicative boards around the world, including our Court: *Lynk*, at para. 9; *Health Services*, at para. 76; *Alberta Reference*, at pp. 354-55, per Dickson C.J. The relevant and persuasive nature of the Committee on Freedom of Association jurisprudence has developed over time through custom and practice and, within the ILO, it has been the leading interpreter of the contours of the right to strike: Bellace, at p. 62. See also Roy J. Adams, “The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille” (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317, at p. 321; Neville Rubin, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds., *Code of International Labour Law: Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law* (2005), at p. 31.

[69] Même si, à strictement parler, elles n'ont pas d'effet obligatoire, les décisions du Comité de la liberté syndicale ont une force persuasive considérable et elles ont été citées avec approbation et largement reprises à l'échelle mondiale par les cours de justice, les tribunaux administratifs et d'autres décideurs, y compris notre Cour (*Lynk*, par. 9; *Health Services*, par. 76; *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 354-355, le juge en chef Dickson). Le Comité de la liberté syndicale a vu s'accroître avec le temps la pertinence et le caractère persuasif de ses décisions dans l'usage et dans la pratique et, au sein de l'OIT, c'est à lui principalement qu'il a incombé de délimiter le droit de grève (Bellace, p. 62. Voir aussi Roy J. Adams, « The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law : A Reply to Brian Langille » (2008), 14 *C.L.E.L.J.* 317, p. 321; Neville Rubin, en consultation avec Evance Kalula et Bob Hepple, dir., *Code of International Labour Law : Law, Practice and Jurisprudence*, vol. I, *Essentials of International Labour Law* (2005), p. 31).

[70] Canada is also a party to the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (*ICCPR*), which incorporates *Convention No. 87* and the obligations it sets out: see Article 22(3); Tonia Novitz, “Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465, at p. 472; Roy J. Adams, at p. 324.

[70] Le Canada est également partie au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (*PIDCP*), auquel sont incorporées la *Convention (n° 87)* et les obligations qu'elle crée (voir le paragraphe 3 de l'article 22; Tonia Novitz, « Connecting Freedom of Association and the Right to Strike : European Dialogue with the ILO and its Potential Impact » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 465, p. 472; Roy J. Adams, p. 324).

[71] Additionally, there is an emerging international consensus that, if it is to be meaningful, collective bargaining requires a right to strike. The European Court of Human Rights now shares this view. After concluding in *Demir v. Turkey* [GC], No. 34503/97, ECHR 2008-V, that freedom of association under Article 11 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, protects a right to collective bargaining, it went on in *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquie*, No. 68959/01, April 21, 2009 (HUDOC), to conclude that a right to strike is part of what ensures the effective exercise of a right to collective bargaining:

The terms of the Convention require that the law should allow trade unions, in any manner not contrary to Article 11, to act in defence of their members' interests. Strike action, which enables a trade union to make its voice heard, constitutes an important aspect in the protection of trade union members' interests . . . . The Court also observes that the right to strike is recognised by the International Labour Organisation's (ILO) supervisory bodies as an indissociable corollary of the right of trade union association that is protected by ILO Convention C87 on trade union freedom and the protection of trade union rights (for the Court's consideration of elements of international law other than the Convention, see *Demir et Baykara* . . .). It recalls that the European Social Charter also recognises the right to strike as a means of ensuring the effective exercise of the right to collective bargaining.

(Unofficial translation of *Enerji Yapi-Yol Sen*, at para. 24, cited in K. D. Ewing and John Hendy, "The Dramatic Implications of *Demir and Baykara*" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 165, at pp. 181-82 (text in brackets in Ewing and Hendy); see also *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom*, No. 31045/10, April 8, 2014 (HUDOC).)

[72] Even though German labour relations are not based on the Wagner model, German courts too have concluded that strike action is protected when it is complementary to collective bargaining, that is, when the strike action is aimed at the achievement of a collective agreement and is proportionate to that

[71] Par ailleurs, un consensus se dégage à l'échelle internationale en ce qui concerne la nécessité du droit de grève pour une négociation collective véritable. La Cour européenne des droits de l'homme partage désormais cet avis. Ainsi, après avoir conclu dans l'arrêt *Demir c. Turquie* [GC], n° 34503/97, CEDH 2008-V que la liberté d'association prévue à l'article 11 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, protège le droit de négocier collectivement, elle a ensuite estimé, dans l'arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC), par. 24, que c'est le droit de grève qui garantit l'exercice réel du droit de négocier collectivement :

Or ce qu'exige la Convention, c'est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l'article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres [. . .] La grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d'un syndicat dans la protection de leurs intérêts [. . .] La Cour note également que le droit de grève est reconnu par les organes de contrôle de l'Organisation internationale du travail (OIT) comme le corollaire indissociable du droit d'association syndicale protégé par la Convention C87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (pour la prise en compte par la Cour des éléments de droit international autres que la Convention, voir *Demir et Baykara* . . .). Elle rappelle que la Charte sociale européenne reconnaît aussi le droit de grève comme un moyen d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective.

(Voir également *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. United Kingdom*, n° 31045/10, 8 avril 2014 (HUDOC).)

[72] En Allemagne, même si les dispositions qui régissent les relations de travail ne sont pas fondées sur la *Loi Wagner*, les tribunaux estiment eux aussi que le recours à la grève est protégé lorsqu'il complémente la négociation collective, c'est-à-dire lorsque la grève vise la conclusion d'une convention

aim (Hepple, at p. 135; Manfred Weiss and Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (4th rev. ed. 2008), at paras. 484-86).

[73] Israeli courts have also held that freedom of association is a basic right, derived from the right to human dignity. They have interpreted freedom of association to include the right to organize, the right to bargain collectively, and the right to strike: *Attorney-General v. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149 (H.C.J.), at p. 162; *New Histadrut General Workers' Union v. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375, at para. 10; *Koach La Ovdim v. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329, at p. 331; Guy Davidov, "Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually" (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235, at p. 241.

[74] And strikes, as collective action, are protected globally, existing in many countries with labour laws outside the *Wagner Act* model: J.-M. Servais, at p. 148. Moreover, several countries have explicitly included the right to strike in their constitutions, including France (Constitution of 1946, § 7 of the preamble), Italy (Constitution of 1948, art. 40), Portugal (Constitution of 1976, art. 57), Spain (Constitution of 1978, art. 28(2)), and South Africa (Constitution of 1996, s. 23(2)) (Hepple, at p. 135). The *European Social Charter* similarly recognizes the importance of the freedom to strike for meaningful collective bargaining (E.T.S. No. 35, 1961(revised E.T.S. No. 163, 1996), Article 6(4)).

[75] This historical, international, and jurisprudential landscape suggests compellingly to me that s. 2(d) has arrived at the destination sought by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, namely, the conclusion that a meaningful process of collective bargaining requires the ability of employees to participate in the collective withdrawal of services for the purpose of pursuing the terms and conditions of their employment through a collective agreement. Where good faith negotiations break down, the ability to engage in the collective withdrawal of services is a necessary component of the process through which workers can continue to participate

collective et que son exercice est proportionné à cet objectif (Hepple, p. 135; Manfred Weiss et Marlene Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany* (4<sup>e</sup> éd. rév. 2008), par. 484-486).

[73] Les tribunaux israéliens tiennent également la liberté d'association pour un droit fondamental dérivé du droit à la dignité humaine. Ils ont statué que la liberté d'association englobe le droit de se syndiquer, le droit de négocier collectivement et le droit de faire la grève (*Attorney-General c. National Labour Court*, [1995-6] Isr. L.R. 149 (H.C.J.), p. 162; *New Histadrut General Workers' Union c. State of Israel* (2006), 25 I.L.L.R. 375, par. 10; *Koach La Ovdim c. Jerusalem Cinematheque* (2009), 29 I.L.L.R. 329, p. 331; Guy Davidov, « Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 235, p. 241).

[74] La grève comme moyen d'action concertée est protégée dans de nombreux pays dotés de lois du travail étrangères au modèle fondé sur la *Loi Wagner* (J.-M. Servais, p. 148). De plus, maints pays ont expressément intégré le droit de grève à leur Constitution, y compris la France (Constitution de 1946, § 7 du préambule), l'Italie (Constitution de 1948, art. 40), le Portugal (Constitution de 1976, art. 57), l'Espagne (Constitution de 1978, par. 28(2)) et l'Afrique du Sud (Constitution de 1996, par. 23(2)) (B. Hepple, p. 135). De même, la *Charte sociale européenne* reconnaît l'importance de la liberté de grève aux fins d'une négociation collective véritable (S.T.E. n° 35, 1961 (révisée S.T.E. n° 163, 1996), paragraphe 4 de l'article 6).

[75] Ce tour d'horizon historique, international et jurisprudentiel me convainc que l'interprétation de l'al. 2d est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'un processus véritable de négociation collective exige que les salariés puissent cesser collectivement le travail aux fins de la détermination de leurs conditions de travail par voie de négociation collective. Advenant la rupture de la négociation de bonne foi, la faculté de cesser collectivement le travail est une composante nécessaire du processus par lequel les salariés peuvent continuer de participer véritablement à la poursuite de

meaningfully in the pursuit of their collective workplace goals. In this case, the suppression of the right to strike amounts to a substantial interference with the right to a meaningful process of collective bargaining.

[76] In their dissenting reasons, however, my colleagues urge deference to the legislature in interpreting the scope of s. 2(d). This Court has repeatedly held that the rights enumerated in the *Charter* should be interpreted generously: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. It is not clear to me why s. 2(d) should be interpreted differently: *Health Services*, at para. 26; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, at para. 162; *Mounted Police*, at para. 47. In the context of constitutional adjudication, deference is a conclusion, not an analysis. It certainly plays a role in s. 1, where, if a law is justified as proportionate, the legislative choice is maintained. But the whole purpose of *Charter* review is to assess a law for constitutional compliance. If the touchstone of *Charter* compliance is deference, what is the point of judicial scrutiny?

[77] This brings us to the test for an infringement of s. 2(d). The right to strike is protected by virtue of its unique role in the collective bargaining process. In *Health Services*, this Court established that s. 2(d) prevents the state from substantially interfering with the ability of workers, acting collectively through their union, to exert meaningful influence over their working conditions through a process of collective bargaining (para. 90). And in *Mounted Police*, McLachlin C.J. and LeBel J. confirmed that

[t]he balance necessary to ensure the meaningful pursuit of workplace goals can be disrupted in many ways. Laws and regulations may restrict the subjects that can be discussed, or impose arbitrary outcomes. They may ban recourse to collective action by employees without

leurs objectifs liés au travail. Dans le présent dossier, supprimer le droit de grève revient à entraver substantiellement l'exercice du droit à un processus véritable de négociation collective.

[76] Dans leurs motifs de dissidence, mes collègues nous exhortent cependant à déférer au législateur pour déterminer la portée de l'al. 2d). La Cour a maintes fois rappelé que les droits énoncés dans la *Charte* doivent être interprétés généreusement (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344). Je ne vois pas du tout pourquoi l'al. 2d) devrait être interprété autrement (*Health Services*, para. 26; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, para. 162; *Police montée*, para. 47). Lorsqu'il s'agit de statuer sur la constitutionnalité d'une mesure, la déférence s'entend d'une conclusion, non d'une démarche analytique. Elle joue certes un rôle pour l'application de l'article premier, de sorte que, lorsqu'une disposition est justifiée en raison de sa proportionnalité, le choix du législateur est respecté. Or, le contrôle constitutionnel vise précisément à déterminer si une disposition législative respecte la *Charte* ou non. Si la déférence devient la pierre angulaire du respect de la *Charte*, à quoi bon se livrer à un examen judiciaire?

[77] Cela nous amène au test qui permet de déterminer s'il y a ou non atteinte au droit garanti à l'al. 2d). Le droit de grève est protégé en raison de sa fonction unique dans le processus de négociation collective. Dans *Health Services*, la Cour dit de cet alinéa qu'il empêche l'État d'entraver substantiellement la faculté des travailleurs d'agir de manière concertée par l'entremise de leur syndicat afin d'exercer une influence véritable sur leurs conditions de travail dans le cadre d'un processus de négociation collective (para. 90). La juge en chef McLachlin et le juge LeBel confirment d'ailleurs ce qui suit dans *Police montée* :

L'équilibre nécessaire à la poursuite véritable d'objectifs relatifs au travail peut être rompu de maintes façons. Des lois et des règlements peuvent restreindre les sujets susceptibles de faire l'objet de négociation ou imposer des résultats arbitraires. Ils peuvent interdire l'action collective

adequate countervailing protections, thus undermining their bargaining power. . . . Whatever the nature of the restriction, *the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(d) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining* . . . . [Emphasis added; para. 72.]

[78] The test, then, is whether the legislative interference with the right to strike in a particular case amounts to a substantial interference with collective bargaining. The *PSESA* demonstrably meets this threshold because it prevents designated employees from engaging in *any* work stoppage as part of the bargaining process. It must therefore be justified under s. 1 of the *Charter*.

[79] The maintenance of essential public services is self-evidently a pressing and substantial objective, as the Unions acknowledge. The Unions also accept the trial judge’s further conclusion that the government’s objective — ensuring the continued delivery of essential services — is rationally connected to the “basic structure of the legislation, including the sanctions imposed on employees and their unions to ensure compliance with its provisions”.

[80] The determinative issue here, in my view, is whether the means chosen by the government are minimally impairing, that is, “carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary” (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160).

[81] The trial judge concluded that the provisions of the *PSESA* “go beyond what is reasonably required to ensure the uninterrupted delivery of essential services during a strike”. I agree. The *unilateral* authority of public employers to determine whether and how essential services are to be maintained during a work stoppage with no adequate review mechanism, and the absence of a meaningful

des employés sans offrir de mesures de protection adéquate en compensation et réduire ainsi leur pouvoir de négociation. [. . .] Quelle que soit la nature de la restriction, *il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l’équilibre des rapports de force entre les employés et l’employeur que l’al. 2d) vise à établir, de telle sorte qu’elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective* . . . [Italiques ajoutés; par. 72.]

[78] Le test consiste alors à déterminer si, dans un cas donné, l’entrave législative au droit de grève équivaut ou non à une entrave substantielle à la négociation collective. Il appert que la *PSESA* satisfait à cette condition en ce qu’elle empêche les salariés désignés de se livrer à *tout* arrêt de travail dans le cadre du processus de négociation. Sa justification doit donc être démontrée au regard de l’article premier de la *Charte*.

[79] L’ininterruption des services publics essentiels constitue à l’évidence un objectif urgent et réel. Les syndicats le reconnaissent et conviennent en outre avec le juge de première instance qu’il doit exister un lien rationnel entre l’objectif de l’État — assurer la prestation ininterrompue de services essentiels — et [TRADUCTION] « la structure fondamentale de la loi, notamment les sanctions imposées aux salariés et à leurs syndicats pour faire en sorte que ceux-ci respectent ses dispositions ».

[80] J’estime que la question décisive en l’espèce est celle de savoir si les moyens retenus par l’État portent atteinte le moins possible ou non aux droits constitutionnels en cause, c’est-à-dire si la mesure législative est ou non « soigneusement adaptée de façon à ce que l’atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160).

[81] Le juge de première instance conclut que les dispositions de la *PSESA* [TRADUCTION] « vont au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour assurer la prestation ininterrompue de services essentiels durant une grève ». J’abonde dans le même sens. Le pouvoir *unilatéral* de l’employeur public de décider que des services essentiels seront assurés durant un arrêt de travail et de déterminer



dispute resolution mechanism to resolve bargaining impasses, justify the trial judge's conclusion that the *PSESA* impairs the s. 2(d) rights more than is necessary.

[82] In *Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City)*, [1997] 1 S.C.R. 793, L'Heureux-Dubé J. explained why public sector strike action engages singular considerations:

When “public” employees strike, the pressure exerted on the employer is not largely financial, as in the private sector, but rather arises from the disruption of services upon which society depends for the daily activities of its members. While consumers may simply go to another source for goods and services provided by private enterprise, alternatives to the services targeted by the special regimes may be unavailable or very difficult and expensive to obtain. [para. 32]

[83] That is why the trial judge accepted that “the principle that it is unacceptable to risk the health and safety of others as a means to resolve a public sector collective bargaining dispute is well established in Canada”.

[84] But it is important to keep in mind Dickson C.J.'s admonition in the *Alberta Reference* that “essential services” be properly interpreted:

It is . . . necessary to define “essential services” in a manner consistent with the justificatory standards set out in s. 1. The logic of s. 1 in the present circumstances requires that an essential service be one the interruption of which would threaten serious harm to the general public or to a part of the population. In the context of an argument relating to harm of a non-economic nature I find the decisions of the Freedom of Association Committee of the I.L.O. to be helpful and persuasive. These decisions have consistently defined an essential service as a service “whose interruption would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population”

la manière dont ils le seront, à l'exclusion de tout mécanisme de contrôle approprié, sans compter l'absence d'un véritable mécanisme de règlement des différends, justifie la conclusion du juge selon laquelle la *PSESA* porte atteinte plus qu'il n'est nécessaire aux droits garantis par l'al. 2d).

[82] Dans l'arrêt *Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville)*, [1997] 1 R.C.S. 793, la juge L'Heureux-Dubé explique en quoi, dans le secteur public, la grève met en jeu des considérations bien particulières :

Lorsque des « fonctionnaires » font la grève, les pressions exercées sur l'employeur ne sont pas essentiellement financières, comme dans le secteur privé, mais découlent plutôt de l'interruption de services dont la société dépend pour les activités quotidiennes de ses membres. Tandis que les consommateurs peuvent tout simplement s'adresser à une autre source pour obtenir des biens et des services fournis par l'entreprise privée, il peut être impossible ou très difficile et très onéreux d'obtenir d'autres services en remplacement de ceux visés par les régimes spéciaux. [par. 32]

[83] Voilà pourquoi le juge de première instance reconnaît en l'espèce que [TRADUCTION] « le principe selon lequel il est inacceptable de mettre en péril la santé et la sécurité d'autrui pour régler un différend lors d'une négociation collective dans le secteur public est bien établi au Canada ».

[84] Il importe cependant de se rappeler la mise en garde du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, à savoir qu'il faut bien définir les « services essentiels » :

Il est [. . .] nécessaire de définir les « services essentiels » d'une manière qui soit conforme aux normes justificatrices énoncées à l'article premier. La logique de l'article premier, dans les présentes circonstances, exige qu'un service essentiel soit un service dont l'interruption menacerait de causer un préjudice grave au public en général ou à une partie de la population. Dans le contexte d'un argument relatif à un préjudice non économique, je conclus que les décisions du Comité de la liberté syndicale du B.I.T. [Bureau international du Travail] sont utiles et convaincantes. Ces décisions ont toujours défini un service essentiel comme un service « dont l'interruption

(*Freedom of Association: Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the I.L.O., supra*). In my view, and without attempting an exhaustive list, persons essential to the maintenance and administration of the rule of law and national security would also be included within the ambit of essential services. *Mere inconvenience to members of the public does not fall within the ambit of the essential services justification for abrogating the freedom to strike.* [Emphasis added; pp. 374-75.]

[85] In other words, the fact that a service is provided exclusively through the public sector does not inevitably lead to the conclusion that it is properly considered “essential”. In some circumstances, the public may well be deprived of a service as a result of strike action without being deprived of any essential service at all that would justifiably limit the ability to strike during negotiations. As Ball J. wrote:

... all of the services provided by public sector workers are not essential. It cannot be credibly argued, for example, that the services provided by every employee of every governmental ministry, Crown corporation and agency, every city, town and village, and every educational institution, are so essential that their discontinuance would jeopardize the health and safety of the community. Can it be said that the community would be at risk if employees at casinos and liquor stores in Saskatchewan decided to withdraw their services in support of higher wages? [para. 96]

[86] This need for demarcated limits on both the right of essential services employees to strike and, concomitantly, on the extent to which services may justifiably be limited as “essential”, is reflected too in international law. As the trial judge noted:

International law also recognizes the necessity of limitations on the right to strike of essential service workers. . . . The jurisprudence under ILO Convention No. 87, the ICSECR [*sic*] and the ICCPR has been consistent. As expressed by Prof. Patrick Macklem:

pourrait mettre en péril la vie, la sécurité ou la santé de la personne dans une partie ou dans la totalité de la population » (*La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du B.I.T.*, précité). À mon avis, et sans tenter d'en donner une liste exhaustive, les personnes essentielles au maintien et à l'application de la primauté du droit et à la sécurité nationale seraient aussi incluses dans le champ des services essentiels. *Le simple inconvénient subi par des membres du public ne constitue pas un motif du ressort des services essentiels justifiant l'abrogation du droit de grève.* [Italiques ajoutés; p. 374-375.]

[85] En d'autres termes, le fait qu'un service est offert uniquement par le secteur public ne mène pas inévitablement à la conclusion qu'il est à juste titre considéré comme « essentiel ». Dans certaines circonstances, il se peut bien que la population soit privée d'un service à cause d'une grève sans être pour autant privée d'un service essentiel qui justifie la limitation du droit de grève pendant les négociations. Comme le dit le juge de première instance Ball :

[TRADUCTION] . . . les services assurés par les travailleurs du secteur public ne sont pas tous essentiels. On ne saurait faire droit à la prétention selon laquelle, par exemple, le travail de chacun des salariés de tous les ministères, de tous les organismes et sociétés d'État, dans tous les villages et les villes, et de tous les établissements d'enseignement, correspond à un service si essentiel que son interruption mettrait en péril la santé et la sécurité de la collectivité. Peut-on dire que la collectivité serait en danger si les salariés des casinos et de la société des alcools de la Saskatchewan cessaient le travail afin d'appuyer leur demande d'augmentation de salaire? [par. 96]

[86] Le droit international fait également état de la nécessité de limiter précisément tant le droit de grève des salariés qui assurent des services essentiels que, de façon concomitante, les services qui peuvent à juste titre être qualifiés d'« essentiels ». Le juge de première instance signale :

[TRADUCTION] Le droit international reconnaît également la nécessité de limiter le droit de grève des travailleurs qui assurent des services essentiels [. . .] La jurisprudence relative à l'application de la Convention n° 87 de l'OIT, du PIDESC [*sic*] et du PIDCP est constante. Voici ce qu'en conclut le professeur Patrick Macklem :

Each of these instruments has been interpreted as enshrining the right to strike, and their respective supervisory bodies have insisted that the right to strike may be restricted or prohibited:

- (a) in the public service only for public servants exercising authority in the name of the state;
- (b) in essential services in the strict sense of the term (that is, services the interruption of which would endanger the life, personal safety or health of the whole or part of the population); or
- (c) in the event of an acute national emergency and for a limited period of time.

(Paragraph 127, citing affidavit of Patrick Macklem sworn December 21, 2010.)

See also *Lynk*, at paras. 19-20; *Verge and Roux*, at pp. 461-62. And within the general category of essential services, the ILO has recognized that “certain classes of personnel . . . should not be deprived of the right to strike, because the interruption of their functions does not in practice affect life, personal safety or health”: *Servais*, at p. 154.

[87] Under the *PSESA*, however, the categories of workers whose right to strike may be abrogated because they provide essential services is subject to the employer’s unilateral discretion. The scheme requires a public employer and a trade union to first attempt to negotiate the terms of an essential services agreement. Section 6(2) of the *Act* contemplates that the employer must “advise the trade union” of the services it considers to be essential within the meaning of the *Act*. And where the employer is the Government of Saskatchewan, the prescribed essential services have been identified by regulation, without any room for further discussion about what constitutes an essential service. It is, as a result, not even clear that the scheme necessarily contemplates that the designation of certain services as essential will be the subject of negotiation under an agreement.

[88] Moreover, s. 7(2) of the *PSESA* states that under an essential services agreement, the number

Chacun de ces instruments a été interprété comme garantissant le droit de grève, et l’organe chargé de son contrôle d’application a insisté sur le fait que le droit de grève ne peut être limité ou supprimé que dans le cas :

- a) des salariés de la fonction publique qui exercent un pouvoir au nom de l’État,
- b) de services essentiels au sens strict (c’est-à-dire dont l’interruption pourrait mettre en péril soit la vie d’une partie ou de la totalité de la population, soit sa sécurité ou sa santé personnelles, ou
- c) d’une urgence nationale extrême, mais seulement pendant une période limitée.

(Paragraphe 127, citant l’extrait de l’affidavit de Patrick Macklem daté du 21 décembre 2010.)

Voir également *Lynk*, par. 19-20; *Verge et Roux*, p. 461-462. Pour ce qui concerne les services essentiels en général, l’OIT reconnaît que [TRADUCTION] « les salariés de certaines catégories ne devraient pas être privés du droit de grève puisque l’interruption de leur travail ne compromet pas dans les faits la vie, la sécurité ou la santé des citoyens » (*Servais*, p. 154).

[87] Or, suivant la *PSESA*, la détermination des salariés auxquels le droit de vote est retiré parce qu’ils assurent des services essentiels relève du pouvoir discrétionnaire unilatéral de l’employeur. Le régime dispose que l’employeur public et le syndicat tentent d’abord de négocier un accord sur les services essentiels. Aux termes du par. 6(2), l’employeur doit [TRADUCTION] « informer le syndicat » des services qu’il juge essentiels au sens de la *PSESA*. Lorsque l’employeur est le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels sont visés par règlement, ce qui exclut tout débat sur ce qui constitue ou non un service essentiel. Par conséquent, il n’est même pas certain que, suivant le régime, la désignation de certains services jugés essentiels fera nécessairement l’objet de la négociation d’un accord.

[88] Qui plus est, le par. 7(2) de la *PSESA* prévoit que, dans un accord sur les services essentiels,

of employees within each classification “is to be determined without regard to the availability of other persons to provide essential services”. As the trial judge found:

The apparent purpose of s. 7(2) is to enable managers and non-union administrators to avoid the inconvenience and pressure that would ordinarily be brought to bear by a work stoppage. Yet if qualified personnel are available to deliver requisite services, it should not matter if they are managers or administrators. If anything s. 7(2) works at cross purposes to ensuring the uninterrupted delivery of essential services during a work stoppage. [para. 192]

[89] And in the event that an agreement cannot be reached, s. 9(2) gives a public employer the unilateral authority to dictate whether and how essential services will be maintained, including the authority to determine the classifications of employees who must continue to work during the work stoppage, the number and names of employees within each classification, and, for public employers other than the Government of Saskatchewan, the essential services that are to be maintained. As the trial judge found, “[o]f the unilateral designations made by public employers under s. 9(2) only one, that of the number of employees required to work, is subject to review by the [Saskatchewan Labour Relations Board].” There is no jurisdiction for the Board to even *consider* significant dimensions of an employer’s unilateral designation with regard to the maintenance of essential services, such as whether any particular service is essential, or which job classifications involve the delivery of genuinely essential services.

[90] There is no evidence to support Saskatchewan’s position that the objective of ensuring the continued delivery of essential services requires unilateral rather than collaborative decision-making authority. And its view that public employers can be relied upon to make fair decisions has the potential

le nombre de salariés de chacune des catégories [TRADUCTION] « est établi sans égard à la disponibilité d’autres personnes pour fournir les services essentiels ». Le juge de première instance tire la conclusion suivante :

[TRADUCTION] L’objet manifeste du par. 7(2) est de faire en sorte que les gestionnaires et les administrateurs non syndiqués n’aient pas à subir les inconvénients et les pressions auxquels ils seraient normalement exposés lors d’un arrêt de travail. Or, si des membres compétents du personnel sont disponibles pour fournir les services requis, il importe peu qu’il s’agisse de gestionnaires ou d’administrateurs. En fait, le par. 7(2) va à l’encontre de la prestation ininterrompue de services essentiels lors d’un arrêt de travail. [par. 192]

[89] Lorsque les parties ne peuvent parvenir à un accord, le par. 9(2) de la *PSESA* confère à l’employeur public le pouvoir unilatéral de décider que des services essentiels seront assurés ainsi que celui de déterminer la manière dont ils le seront, y compris les catégories de salariés qui continueront d’exercer leurs fonctions pendant l’arrêt de travail, le nombre et le nom des salariés de chacune des catégories et, dans le cas d’un employeur public autre que le gouvernement de la Saskatchewan, les services essentiels qui seront assurés. Le juge de première instance fait observer que, [TRADUCTION] « [p]armi les désignations unilatérales de l’employeur public fondées sur le par. 9(2), une seule — le nombre de salariés qui demeureront au travail — peut être révisée par la [Saskatchewan Labour Relations Board ou la Commission]. » Nulle compétence n’est conférée à celle-ci pour qu’elle *examine* des aspects importants de la désignation unilatérale de l’employeur intervenue pour assurer des services essentiels, comme la question de savoir si un service en particulier est essentiel ou non ou si, selon la classification des fonctions, il y a prestation de services vraiment essentiels.

[90] La preuve n’étaye pas la thèse de la Saskatchewan selon laquelle l’objectif d’assurer la prestation continue de services essentiels requiert l’octroi d’un pouvoir décisionnel exercé de manière unilatérale et non concertée. De plus, la foi qu’elle met dans l’aptitude de l’employeur public à prendre

to sacrifice the right to a meaningful process of collective bargaining on the altar of aspirations. The history of barriers to collective bargaining over the past century represents a compelling reality check to such optimism.

[91] And even where an employee has been prohibited from participating in strike activity, the *PSESA* does not tailor his or her responsibilities to the performance of essential services alone. Section 18(1)(a) of the *PSESA* requires that in the event of a work stoppage, all essential services employees must continue “the duties of [their] employment with the public employer in accordance with the terms and conditions of the last collective bargaining agreement” and must not fail to continue those duties “without lawful excuse” (s. 18(2)). Requiring those affected employees to perform both essential *and* non-essential work during a strike action undercuts their ability to participate meaningfully in and influence the process of pursuing collective workplace goals.

[92] All this is in addition to the absence of an impartial and effective dispute resolution process to challenge public employer designations under s. 9(2) of the legislation, a particular concern in light of the significant definitional latitude given to public employers. As noted, the ILO’s Committee on Freedom of Association defined essential services as those needed to prevent a “clear and imminent threat to the life, personal safety or health of the whole or part of the population” (*Freedom of Association*, at para. 581). The definition of “essential services” under the *PSESA* requires basic judgments to be made about when life, health, safety, or environmental concerns, among others, justify essential services designation. These are fundamental questions, yet all are permitted to be answered unilaterally by the employer under the *Act* with no access to an effective dispute resolution mechanism for reviewing disputed employer designations.

[93] Nor is there any access to a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining

de justes décisions risque de sacrifier sur l’autel des aspirations le droit à un processus véritable de négociation collective. Les obstacles auxquels s’est heurtée la négociation collective au cours du siècle dernier ne justifient pas un tel optimisme.

[91] Même lorsqu’il est interdit à un salarié de prendre part à une grève, les dispositions de la *PSESA* ne limitent pas ses fonctions à la seule prestation des services essentiels. L’alinéa 18(1)a dispose que, en cas d’arrêt de travail, tous les salariés qui assurent des services essentiels continuent d’accomplir [TRANSDUCTION] « [leurs] fonctions conformément aux conditions établies dans la convention collective la plus récente » et qu’ils ne peuvent s’en abstenir « sans une excuse légitime » (par. 18(2)). Exiger de ces salariés la prestation de services *tant* essentiels *que* non essentiels durant une grève les empêche de participer véritablement à la poursuite d’objectifs liés au travail et de contribuer à définir les modalités de ce processus.

[92] Tous ces éléments s’ajoutent à l’inexistence d’un processus de règlement des différends à la fois impartial et efficace qui permette de contester les désignations de l’employeur public fondées sur le par. 9(2) de la loi, une inexistence particulièrement préoccupante au vu de la grande latitude accordée à l’employeur public pour définir les services essentiels. Rappelons que le Comité de la liberté syndicale de l’OIT tient pour essentiels les services qui préviennent une « menace évidente et imminente pour la vie, la sécurité et la santé dans tout ou partie de la population » (*La liberté syndicale*, par. 581). Définir les « services essentiels » pour l’application de la *PSESA* exige de faire preuve de jugement dans la détermination des situations où, par exemple, la vie, la santé, la sécurité ou le souci environnemental justifie la désignation de services essentiels. Or, la *PSESA* permet à l’employeur de soupeser seul ces considérations fondamentales, les salariés ne disposant d’aucun mécanisme efficace de règlement des différends qui permette la révision de désignations contestées de l’employeur.

[93] La *PSESA* ne prévoit pas non plus d’autre moyen véritable (tel l’arbitrage) de mettre fin à

impasses, such as arbitration. Paul Weiler persuasively explained why such an alternative is crucial for essential services employees:

If we pull all the teeth of a union by requiring provision of imperative public safety services, such that any remaining strike option does not afford the union significant bargaining leverage, then I believe the union should have access to arbitration at its option. [Emphasis deleted; p. 237.]

[94] Not surprisingly, Dickson C.J. was alive to the profound bargaining imbalance the union inherits when the removal of the right to strike is not accompanied by a meaningful mechanism for resolving collective bargaining disputes:

Clearly, if the freedom to strike were denied and no effective and fair means for resolving bargaining disputes were put in its place, employees would be denied any input at all in ensuring fair and decent working conditions, and labour relations law would be skewed entirely to the advantage of the employer. It is for this reason that legislative prohibition of freedom to strike must be accompanied by a mechanism for dispute resolution by a third party. I agree with the Alberta International Fire Fighters Association at p. 22 of its factum that “It is generally accepted that employers and employees should be on an equal footing in terms of their positions in strike situations or at compulsory arbitration where the right to strike is withdrawn”. *The purpose of such a mechanism is to ensure that the loss in bargaining power through legislative prohibition of strikes is balanced by access to a system which is capable of resolving in a fair, effective and expeditious manner disputes which arise between employees and employers.* [Emphasis added.]

(*Alberta Reference*, at p. 380)

[95] The trial judge compared the *PSESA* with other Canadian essential services labour relations schemes and was struck by how uniquely restrictive the *PSESA* was:

... no other essential services legislation in Canada comes close to prohibiting the right to strike as broadly,

l’impasse des négociations. Paul Weiler explique de manière convaincante en quoi l’existence d’un tel moyen est indispensable aux salariés qui assurent des services essentiels :

[TRADUCTION] Lorsque l’obligation d’assurer des services jugés essentiels à la sécurité publique enlève tout son mordant à l’action syndicale de telle sorte que les mesures de grève autorisées privent le syndicat de tout rapport de force important, ce dernier devrait pouvoir recourir à son gré à l’arbitrage. [Italique omis; p. 237.]

[94] Le juge en chef Dickson n’est évidemment pas insensible au profond déséquilibre qui survient à la table de négociation lorsqu’un syndicat se voit retirer le droit de grève sans pouvoir recourir à un mécanisme véritable de règlement des différends liés à la négociation collective :

Manifestement, si le droit de grève devait être refusé et s’il n’était remplacé par aucun moyen efficace et juste de résoudre les conflits de travail, les employés se verraient refuser tout apport susceptible d’assurer des conditions de travail équitables et décentes et le droit des relations de travail s’en trouverait faussé entièrement à l’avantage de l’employeur. C’est pour cette raison que l’interdiction législative de la grève doit s’accompagner d’un mécanisme de règlement des différends par un tiers. Je suis d’accord avec ce que dit l’Alberta International Fire Fighters Association à la p. 22 de son mémoire, savoir que [TRADUCTION] « Il est généralement reconnu qu’employeurs et employés doivent être sur un pied d’égalité en situation de grève ou d’arbitrage obligatoire lorsque le droit de grève est retiré ». *Le but d’un tel mécanisme est d’assurer que la perte du pouvoir de négociation par suite de l’interdiction législative des grèves est compensée par l’accès à un système qui permet de résoudre équitablement, efficacement et promptement les différends mettant aux prises employés et employeurs.* [Italiques ajoutés.]

(*Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 380)

[95] Le juge de première instance compare la *PSESA* à d’autres régimes de relations de travail au Canada qui prévoient des services essentiels, et il se dit frappé de constater à quel point les dispositions de la *PSESA* sont les plus restrictives :

[TRADUCTION] ... au Canada, aucune autre loi sur les services essentiels n’interdit le droit de grève aussi largement

and as significantly, as the [PSESA]. No other essential services legislation is as devoid of access to independent, effective dispute resolution processes to address employer designations of essential service workers and, where those designations have the effect of prohibiting meaningful strike action, an independent, efficient, over-all dispute mechanism. . . .

Canadian legislation prohibiting strikes by firefighters and police officers, where the level of essentiality is very high, invariably provides compensatory access to arbitration to resolve collective bargaining disputes. The same is true for legislation prohibiting strikes by hospital workers. Although that legislation contains a variety of approaches for determining when and how access should be provided, the point is that it is invariably provided.

There is a pragmatic reason why “no strike” legislation almost always provides for access to independent, effective dispute resolution processes: mechanisms of that kind can operate as a safety valve against an explosive buildup of unresolved labour relations tensions.

[96] Given the breadth of essential services that the employer is entitled to designate unilaterally without an independent review process, and the absence of an adequate, impartial and effective alternative mechanism for resolving collective bargaining impasses, there can be little doubt that the trial judge was right to conclude that the scheme was not minimally impairing. Quite simply, it impairs the s. 2(d) rights of designated employees much more widely and deeply than is necessary to achieve its objective of ensuring the continued delivery of essential services.

[97] *The Public Service Essential Services Act* is therefore unconstitutional.

[98] The Unions had alternatively argued that the PSESA interferes with freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* by limiting the ability

et de manière aussi importante que la [PSESA], et de loin. Aucune autre loi en la matière ne limite autant l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends qui permette la révision de la désignation par l'employeur des travailleurs qui assurent des services essentiels et, lorsque cette désignation revient à empêcher l'exercice véritable du droit de grève, ne limite autant l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends en général. . . .

Les lois canadiennes qui suppriment le droit de grève des pompiers et des policiers — dont le caractère essentiel des fonctions est indéniable — prévoient toujours, en contrepartie, l'accès à l'arbitrage pour le règlement des conflits de travail. Il en est de même des lois qui interdisent la grève aux travailleurs des services hospitaliers. Bien que ces lois recourent à différentes méthodes pour déterminer à quelles conditions et de quelle manière un tel accès doit être accordé, il demeure qu'elles en prévoient toujours un.

Une raison d'ordre pratique explique pourquoi les lois qui interdisent la grève prévoient presque toujours l'accès à un mécanisme indépendant et efficace de règlement des différends. En effet, un tel mécanisme sert de soupape de sûreté et empêche l'accumulation dangereuse de tensions non résolues dans les relations de travail.

[96] Vu l'ampleur des services essentiels que l'employeur peut désigner unilatéralement à l'exclusion de tout contrôle indépendant et l'absence d'un autre moyen à la fois adéquat, indépendant et efficace de mettre fin à l'impasse de la négociation collective, le juge de première instance a certes raison de conclure que le régime ne porte pas atteinte le moins possible aux droits constitutionnels en cause. En somme, elle porte atteinte aux droits que l'al. 2d) garantit aux salariés désignés de manière bien plus étendue et marquée qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif d'assurer la prestation ininterrompue de services essentiels.

[97] *La Public Service Essential Services Act* est donc inconstitutionnelle.

[98] Les syndicats font valoir subsidiairement que la PSESA entrave la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte* en ce qu'elle limite la

of essential services employees to conduct and participate in strike activity. In light of the conclusion that the limits on strike activity in the *PSESA* violate the s. 2(d) rights of public sector employees, it is unnecessary to realign the arguments under s. 2(b).

[99] As for *The Trade Union Amendment Act, 2008*, this Court has long recognized that the freedom of association protects the “right to join associations that are of [employees’] choosing and independent of management, to advance their interests”: *Mounted Police*, at para. 112; see *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R. 1016, at para. 30. In *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, this Court stated that “s. 2(d) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association” (p. 402), and in *Health Services* it was reaffirmed that s. 2(d) guarantees employees “the right to unite” (para. 89).

[100] But I agree with the trial judge, whose conclusion was upheld by the Court of Appeal, that in introducing amendments to the process by which unions may obtain (or lose) the status of a bargaining representative, *The Trade Union Amendment Act, 2008* does not substantially interfere with the freedom to freely create or join associations. This conclusion is reinforced by the trial judge’s findings that when compared to other Canadian labour relations statutory schemes, these requirements are not an excessively difficult threshold such that the workers’ right to associate is substantially interfered with.

[101] I also agree with the trial judge that permitting an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” does not strike an unacceptable balance so long as the communication is done in a way

that does not infringe upon the ability of the employees to engage their collective bargaining rights in accordance with their freely expressed wishes.

faculté des salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève. Puisque je conclus que la limitation du recours à la grève porte atteinte aux droits des salariés du secteur public garantis à l’al. 2d), point n’est besoin d’examiner leur thèse au regard de l’al. 2b).

[99] S’agissant de la *Trade Union Amendment Act, 2008*, notre Cour reconnaît depuis longtemps que la liberté d’association protège « le droit [des salariés] d’adhérer à l’association de leur choix et, indépendamment de la direction, de faire valoir leurs intérêts » (*Police montée*, par. 112; voir *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 30). Dans l’arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367, la Cour affirme que « l’al. 2d) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d’y appartenir » (p. 402) et, dans l’arrêt *Health Services*, elle rappelle que l’al. 2d) garantit aux salariés « le droit de s’unir » (par. 89).

[100] Je conviens toutefois avec le juge de première instance — et avec la Cour d’appel, qui confirme sa conclusion — qu’en introduisant des modifications au processus par lequel un syndicat obtient (ou perd) la qualité d’agent négociateur, la *Trade Union Amendment Act, 2008* n’entrave pas de manière substantielle la liberté des travailleurs de former des associations et d’y adhérer. Qui plus est, le juge de première instance constate, après confrontation des exigences de cette loi et de celles d’autres régimes législatifs sur les relations de travail au Canada, que leur respect n’est pas difficile au point d’entraver substantiellement la liberté d’association des travailleurs.

[101] Je conviens également avec lui que permettre à l’employeur de communiquer [TRADUCTION] « des faits et des opinions à ses salariés » ne rend pas inacceptable l’équilibre obtenu, à condition que la communication soit faite

[TRADUCTION] sans porter atteinte à la faculté des salariés d’exercer leurs droits de négociation collective conformément à leur volonté librement exprimée.



[102] Accordingly, I would uphold the conclusion that *The Trade Union Amendment Act, 2008* does not violate s. 2(d) of the *Charter*.

[103] In light of the conclusion that the *PSESA* is unconstitutional, I would therefore allow the Unions' appeal with costs throughout and suspend the declaration of invalidity for one year. I would dismiss the appeal in respect of *The Trade Union Amendment Act, 2008* but, in the circumstances, without costs.

The reasons of Rothstein and Wagner JJ. were delivered by

ROTHSTEIN AND WAGNER JJ. (dissenting in part) —

## I. Introduction

[104] This case requires the Court to consider whether the right to strike is constitutionally protected under s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The appellant unions challenge Saskatchewan's *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 ("*PSESA*"), which restricts the ability of public sector workers who provide essential services to strike. The majority finds that these workers do have a constitutional right to strike. We disagree.

[105] McLachlin C.J. and LeBel J., writing for a unanimous Court in *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156, cautioned that

[j]udging the appropriate balance between employers and unions is a delicate and essentially political matter. Where the balance is struck may vary with the labour climates from region to region. This is the sort of question better dealt with by legislatures than courts. Labour relations is a complex and changing field, and courts should be reluctant to put forward simplistic dictums. [para. 85]

[102] Je suis donc d'avis de confirmer la conclusion selon laquelle la *Trade Union Amendment Act, 2008* ne contrevient pas aux droits garantis à l'al. 2d) de la *Charte*.

[103] Vu ma conclusion selon laquelle la *PSESA* est inconstitutionnelle, je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi des syndicats avec dépens devant toutes les cours et de suspendre la déclaration d'invalidité pendant un an. Je suis aussi d'avis de rejeter le pourvoi relatif à la *Trade Union Amendment Act, 2008*, mais sans dépens, étant donné les circonstances.

Version française des motifs des juges Rothstein et Wagner rendus par

LES JUGES ROTHSTEIN ET WAGNER (dissidents en partie) —

## I. Introduction

[104] Dans la présente affaire, la Cour doit examiner si le droit de grève est protégé par l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les syndicats appelants contestent *The Public Service Essential Services Act*, S.S. 2008, c. P-42.2 (la « *PSESA* »), une loi de la Saskatchewan limitant le droit de grève des travailleurs du secteur public qui assurent des services essentiels. Les juges majoritaires estiment que ces travailleurs ont un droit de grève garanti par la Constitution. Nous ne sommes pas de leur avis.

[105] Dans l'arrêt *S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel font la mise en garde suivante au nom des juges unanimes de la Cour :

La détermination du juste équilibre entre employeurs et syndicats est une question délicate et essentiellement politique. Le point d'équilibre peut varier selon le climat des relations du travail d'une région à l'autre. Il s'agit du genre de question que le législateur est mieux en mesure de trancher que les tribunaux. Le domaine des relations du travail est complexe et changeant, et les tribunaux devraient hésiter à établir des règles simplistes. [par. 85]

Thirteen years later, the majority in this case ignores this sage warning in reaching its conclusion. Our colleagues have taken it upon themselves to determine “the appropriate balance between employers and unions”, despite the fact that this balance is not any less delicate or political today than it was in 2002. In our respectful view, the majority is wrong to intrude into the policy development role of elected legislators by constitutionalizing the right to strike.

[106] In the Labour Trilogy, this Court firmly rejected the proposition that the right to strike in Canada is constitutionally entrenched (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the “*Alberta Reference*”); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460 (collectively, the “Labour Trilogy”). Then, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, despite the evolution in the s. 2(d) jurisprudence, this Court rejected the idea that there is a constitutional right to a dispute resolution process. The majority (at para. 1) now casts off these and other precedents and injects a one-sided view of “workplace justice” into s. 2(d) of the *Charter*. The majority has so inflated the right to freedom of association that its scope is now wholly removed from the words of s. 2(d).

[107] The statutory right to strike, along with other statutory protections for workers, reflects a complex balance struck by legislatures between the interests of employers, employees, and the public. Providing for a constitutional right to strike not only upsets this delicate balance, but also restricts legislatures by denying them the flexibility needed to ensure the balance of interests can be maintained. We are compelled to dissent.

Aujourd’hui, 13 années plus tard, les juges majoritaires de la Cour font abstraction de ces sages propos pour arriver à leur conclusion. Ils se font forts de déterminer « [le] juste équilibre entre employeurs et syndicats » même si, de nos jours, cet équilibre ne constitue pas moins une question délicate et politique qu’en 2002. À notre humble avis, en constitutionnalisant le droit de grève, les juges majoritaires s’immiscent à tort dans l’élaboration de politiques par les élus.

[106] Dans la trilogie sur le droit du travail, notre Cour rejette fermement l’idée que le droit de grève jouit de la protection constitutionnelle au Canada (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (le « *Renvoi relatif à l’Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460 (les trois arrêts formant la « trilogie en droit du travail »)). Puis, dans les arrêts *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, la Cour nie l’existence d’un droit constitutionnel à un processus de règlement des différends malgré l’évolution de la jurisprudence relative à l’al. 2d). Les juges majoritaires (au par. 1) écartent aujourd’hui ces arrêts et d’autres pour attribuer à l’al. 2d) de la *Charte* un objectif de « justice au travail » à sens unique. Ils accroissent ainsi la portée du droit à la liberté d’association au point de la dissocier totalement du libellé de l’al. 2d).

[107] Le droit de grève d’origine législative, tout comme les autres protections que la loi accorde aux travailleurs, rend compte de l’équilibre complexe établi par les législateurs entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public. Protéger constitutionnellement le droit de grève a pour effet non seulement de bouleverser cet équilibre délicat, mais aussi de limiter le pouvoir des législateurs en les privant de la souplesse nécessaire au maintien de cet équilibre. Force nous est donc d’exprimer notre dissidence.

## II. Analysis

### A. *There Is No Right to Strike Under Section 2(d) of the Charter*

[108] The majority purports to recognize a violation of s. 2(d) of the *Charter* only where a “prohibition on designated employees participating in strike action for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment amounts to a substantial interference with [the] right to a meaningful process of collective bargaining” (para. 2). It attempts to minimize the impact of its decision by stating that the right to strike is only protected where it interferes with the right to meaningful collective bargaining, a right which has already been recognized in *Health Services, Fraser, and Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3. But our colleagues’ reasons, in their entirety, reveal the true ambit of this decision: they have created a stand-alone constitutional right to strike.

[109] The majority’s reasons include numerous references to the right to strike as being “essential” to, “crucial”, and an “indispensable” component of meaningful collective bargaining. The majority describes the right to strike as “vital to protecting the meaningful process of collective bargaining within s. 2(d)” (para. 24). If the right to strike is a necessary element of meaningful collective bargaining, it will not only apply on a case-by-case basis; logically, any limitation on the right to strike will infringe s. 2(d) of the *Charter*. With respect, to accept this decision as simply an espousal of the right to meaningful collective bargaining disregards the substance of the majority’s reasons.

- (1) The Historical Right to Strike That the Majority Invokes Does Not Justify Constitutionalizing the Modern, Statutory Right to Strike

[110] The majority attempts to ground its new-found constitutional right to strike in the long history of strikes. There is no dispute that, at common law,

## II. Analyse

### A. *L’alinéa 2d) de la Charte ne garantit pas le droit de grève*

[108] Les juges majoritaires prétendent ne vouloir reconnaître l’atteinte à un droit garanti par l’al. 2d) de la *Charte* que lorsque « l’interdiction faite aux salariés désignés de prendre part à une grève aux fins de la négociation de leurs conditions de travail entrave substantiellement leur droit à un processus véritable de négociation collective » (par. 2). Ils minimisent l’incidence de leur décision en affirmant qu’il n’y a protection que dans la mesure où l’inexistence du droit de grève entrave le droit à une négociation collective véritable, lequel a déjà été reconnu par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Fraser* et *Association de la police montée de l’Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3. Or, il appert de leurs motifs considérés globalement que nos collègues entendent en fait créer un droit constitutionnel autonome de recours à la grève.

[109] Les juges majoritaires disent maintes fois du droit de grève qu’il constitue une composante « essentielle », « cruciale » et « nécessaire » d’une négociation collective véritable. Ils ajoutent qu’il est « indispensable à la protection du processus véritable de négociation collective pour l’application de l’al. 2d) » (par. 24). S’il s’agit d’une composante nécessaire à la négociation collective véritable, il ne s’appliquera pas seulement au cas par cas. Logiquement, toute limitation du droit de grève contreviendra à l’al. 2d) de la *Charte*. Sauf le respect dû à nos collègues, voir dans leurs motifs la simple reconnaissance du droit à la négociation collective véritable, c’est faire abstraction de la teneur de leur opinion.

- (1) Le droit de grève historique qu’invoquent les juges majoritaires ne justifie pas la constitutionnalisation du droit de grève moderne d’origine législative

[110] Les juges majoritaires tentent de justifier leur décision de reconnaître aujourd’hui la constitutionnalité du droit de grève en s’appuyant sur

employees are permitted to refuse to work (see G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at ¶ 11.90; H. W. Arthurs, “Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship” (1960), 38 *Can. Bar Rev.* 346, at p. 349).

[111] But the majority conflates this common law right to withdraw labour with the modern, statutory right to strike, which imposes obligations on employers: “Historically, there was no legal ‘right’ to strike at common law, entailing a correlative obligation on an employer to refrain from retaliatory measures, but rather a common law ‘freedom’ to do so” (B. Oliphant, “Exiting the Freedom of Association Labyrinth: Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike” (2012), 70:2 *U.T. Fac. L. Rev.* 36, at p. 41). Thus, at common law, employers are not obligated to refrain from terminating striking workers or from hiring replacement employees to perform their functions (see B. Langille, “What Is a Strike?” (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355, at pp. 368-69).

[112] This historical common law right to strike is a fundamental component of our legal system insofar as it reflects the idea that employees have no obligation to continue to work under conditions they consider to be unsatisfactory: no legislature can force an individual or a group into servitude. The majority correctly remarks that “[t]he ability to strike thereby allows workers, through collective action, to refuse to work under imposed terms and conditions” (para. 54). The majority, however, is not constitutionalizing this fundamental historical right. Rather, it constitutionalizes a *duty* on employers not to terminate employees who have withdrawn their labour, nor to hire replacement workers.

[113] In the words of Justice Richards of the Saskatchewan Court of Appeal (as he then was) the majority invokes “the *contemporary* right to strike, a right significantly bound up with, integrated into, and defined by a specific statutory regime” (2013

la longue histoire du recours à ce moyen de pression. Nul ne conteste que la common law permet au salarié de refuser de travailler (voir G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), ¶ 11.90; H. W. Arthurs, « Tort Liability for Strikes in Canada : Some Problems of Judicial Workmanship » (1960), 38 *R. du B. can.* 346, p. 349).

[111] Or, les juges majoritaires confondent ce droit que reconnaît la common law de cesser le travail et le droit de grève moderne d’origine législative, lequel impose des obligations à l’employeur : [TRADUCTION] « Traditionnellement, la common law ne prévoit pas un “droit” de grève qui s’accompagne de l’obligation corrélatrice de l’employeur de ne pas user de représailles contre le salarié, mais elle reconnaît une “liberté” de grève » (B. Oliphant, « Exiting the Freedom of Association Labyrinth : Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike » (2012), 70:2 *R.D.U.T.* 36, p. 41). Ainsi, la common law n’empêche pas l’employeur de congédier les travailleurs en grève ou d’embaucher des briseurs de grève pour exercer leurs fonctions (voir B. Langille, « What Is a Strike? » (2009-2010), 15 *C.L.E.L.J.* 355, p. 368-369).

[112] Le droit de grève historique issu de la common law est une composante fondamentale de notre système de droit en ce qu’il rend l’idée que le salarié n’est pas tenu de continuer le travail dans des conditions qu’il juge insatisfaisantes, nul législateur ne pouvant réduire une personne ou un groupe de personnes à la servitude. Les juges majoritaires font observer à juste titre que « le recours possible à la grève fait en sorte que les travailleurs peuvent, par leur action concertée, refuser de travailler aux conditions imposées par l’employeur » (par. 54). Cependant, ils ne constitutionnalisent pas ce droit historique fondamental, mais bien l’*obligation* qui empêche l’employeur de congédier les salariés qui cessent le travail et d’embaucher des briseurs de grève.

[113] Pour reprendre les mots du juge Richards de la Cour d’appel de la Saskatchewan, maintenant Juge en chef, les juges majoritaires invoquent [TRADUCTION] « le droit de grève *contemporain*, un droit qui est étroitement lié à un régime législatif,

SKCA 43, 414 Sask. R. 70, at para. 61 (emphasis in original)). This statutory regime is not found in s. 2(d) of the *Charter* or anywhere else in Canadian constitutional law.

(2) Courts Must Demonstrate Deference in the Field of Labour Relations

[114] While *Charter* rights must be interpreted generously, this Court has cautioned that it is nevertheless “important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question”: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. (See also *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 19, per Abella J.) Our colleagues assert that affording deference to legislative choices erodes the role of judicial scrutiny (para. 76). In so doing, they overlook that within the Canadian constitutional order each institution plays a unique role. The exercise of judicial restraint is essential in ensuring that courts do not upset the balance by usurping the responsibilities of the legislative and executive branches.

[115] This Court has long recognized that it is the role of legislators and not judges to balance competing tensions in making policy decisions. As this Court recognized in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493:

In carrying out their duties, courts are not to second-guess legislatures and the executives; they are not to make value judgments on what they regard as the proper policy choice; this is for the other branches. Rather, the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others’ role and the role of the courts. [Emphasis added; para. 136.]

qui y est intégré et qui y est défini » (2013 SKCA 43, 414 Sask. R. 70, par. 61(en italique dans l’original)). Ce régime législatif n’est prévu ni à l’al. 2d) de la *Charte*, ni par ailleurs en droit constitutionnel canadien.

(2) Les tribunaux doivent faire preuve de déférence dans le domaine des relations de travail

[114] La *Charte* et les droits qu’elle garantit doivent certes être interprétés généreusement, mais notre Cour a rappelé qu’il « importe de ne pas aller au delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; voir aussi *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 19, la juge Abella). Nos collègues soutiennent que déférer au choix du législateur compromet la fonction du contrôle judiciaire (par. 76). Ils oublient que, dans l’ordre constitutionnel canadien, chacun des organes du gouvernement exerce un pouvoir qui lui est propre. La déférence judiciaire s’impose afin que les tribunaux ne rompent pas l’équilibre en usurpant les pouvoirs des organes législatif et exécutif.

[115] Notre Cour reconnaît depuis longtemps que, lorsqu’il s’agit de prendre des décisions de politique générale, il appartient au législateur et non aux tribunaux de mettre en balance les intérêts qui s’opposent. Comme l’affirme la Cour dans l’arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493 :

Les tribunaux n’ont pas, pour accomplir leurs fonctions, à se substituer après coup aux législatures ou aux gouvernements; ils ne doivent pas passer de jugement de valeur sur ce qu’ils considèrent comme les politiques à adopter; cette tâche appartient aux autres organes de gouvernement. Il incombe plutôt aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c’est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l’exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux. [Nous soulignons; par. 136.]

[116] This is particularly true in the area of socio-economic policy. The legislative branch requires flexibility in this area to deal with changing circumstances and social values. Canadian labour relations is a complex web of intersecting interests, rights, and obligations, and has far-reaching implications for Canadian society. Our colleagues clearly believe that providing an affirmative right to strike, with protection for the striking workers' positions, is a worthy policy choice. But it is not the role of this Court to transform all policy choices that the majority deems worthy into constitutional imperatives. The majority here sets aside the legislature's choice regarding the right to strike and, in so doing, it imposes constitutional burdens on third party employers and limits their rights. It restricts the ability of governments to balance the competing interests of employers, employees, and the public. Relying on a constitutional freedom to impose restrictions on third parties in the absence of clear constitutional wording to that effect threatens to undermine Canada's constitutional order.

[117] The majority's justification for disturbing the government's policy choices fails to acknowledge the constitutional guarantees that already exist to protect employees. Reaching back to Dickson C.J.'s concerns in the Labour Trilogy (and even further to 19th century French novelists), the majority ignores significant evolution in the jurisprudence of s. 2(d) of the *Charter*. This Court has asserted on numerous occasions that s. 2(d) guarantees *meaningful* collective bargaining (see *Health Services, Fraser and Mounted Police*). Therefore, a right to collective bargaining without a right to strike cannot possibly be "meaningless", as the majority states (para. 24). This constitutional right had not been recognized when Dickson C.J. wrote his reasons in the Labour Trilogy, and certainly not in *fin de siècle* France. What the majority is constitutionalizing is a particular policy, which cuts directly against this Court's approach to s. 2(d) most recently stated in *Mounted Police*: "... th[e] right is one that guarantees

[116] Cela se révèle spécialement exact en matière de politique socio-économique. Le pouvoir législatif a besoin d'une marge de manœuvre pour adapter la loi à l'évolution du contexte et des valeurs sociales. Un entrelacement complexe d'intérêts, de droits et d'obligations interreliés caractérise les relations de travail au Canada, et celles-ci ont de grandes répercussions sur la société canadienne. Nos collègues croient manifestement à l'opportunité du choix de politique générale de reconnaître le droit de grève comme tel et de protéger les emplois des travailleurs qui l'exercent. Or, il n'appartient pas à la Cour de transformer en diktat constitutionnel tout choix de politique générale tenu pour valable par la majorité de ses juges. En l'occurrence, les juges majoritaires écartent le choix du législateur concernant l'exercice du droit de grève et, ce faisant, ils imposent des obligations constitutionnelles à des tiers employeurs et limitent les droits de ces derniers. La possibilité pour l'État d'établir un équilibre entre les intérêts opposés des salariés, des employeurs et des citoyens en est réduite. Invoquer une liberté constitutionnelle pour imposer une limite à un tiers malgré l'absence dans la Constitution d'un libellé clair en ce sens pourrait compromettre l'ordre constitutionnel canadien.

[117] Dans leur justification de la mise à l'écart du choix de politique générale du gouvernement, les juges majoritaires omettent de reconnaître les garanties constitutionnelles dont bénéficient déjà les salariés. Se reportant aux préoccupations du juge en chef Dickson dans les arrêts de la trilogie en droit du travail (et même à des auteurs français du 19<sup>e</sup> siècle), ils font abstraction de l'évolution marquée qu'a connue la jurisprudence relative à l'al. 2d) de la *Charte*. Notre Cour a affirmé nombre de fois que cette disposition garantit le droit à la négociation collective *véritable* (voir *Health Services, Fraser et Police montée*). Dès lors, sans le droit de grève, le droit à la négociation collective ne peut aucunement « perd[re] tout son sens » comme le prétendent les juges majoritaires (par. 24). Ce droit constitutionnel n'avait pas encore vu le jour lorsque le juge en chef Dickson a rédigé ses motifs dans la trilogie en droit du travail, et certainement pas dans la France fin de siècle. Les juges majoritaires constitutionnalisent

a process rather than an outcome or access to a particular model of labour relations” (para. 67).

[118] Democratically elected legislatures are responsible for determining the appropriate balance between competing economic and social interests in the area of labour relations. Strike action is one of many constituent elements factored into this statutory balance of power. There is always a public interest in avoiding protracted labour disputes, and the public interest in labour relations is amplified where the government or private sector delivers essential services, and indeed in all cases where the government is the employer.

[119] The majority reasons, in describing the impact of public sector strikes in Saskatchewan prior to the enactment of the *PSESA*, illustrate the potentially devastating results of strikes in the area of essential services on the health and safety of individuals (para. 6). Because the government bears the responsibility to protect the public interest, and is responsible to the electorate for doing so, it is reasonable that a legislative regime limit such detrimental strikes. The importance of such legislation is underscored by the government’s constitutional commitments. The federal and provincial governments have committed to “providing essential public services of reasonable quality to all Canadians” (s. 36(1)(c) of the *Constitution Act, 1982*). In constitutionalizing a right to strike, the majority restricts governments’ flexibility and impedes their ability to balance the interests of workers with the broader public interest.

[120] Over time governments have adapted and modified labour relations schemes to fit changing circumstances. The majority’s decision to constitutionalize a particular conception of a strike imposes obligations on others and ignores the public interest. In so doing, it interferes with the proper role and responsibility of governments. Governments, not courts, are charged with adapting legislation to

un choix politique, ce qui va carrément à l’encontre de ce qu’affirme la Cour au sujet de l’al. 2d) dans le récent arrêt *Police montée* : « Ce droit garantit [...] un processus plutôt qu’un résultat ou que l’accès à un modèle particulier de relations de travail » (par. 67).

[118] C’est au législateur démocratiquement élu qu’il revient d’établir le juste équilibre entre les intérêts économiques et sociaux qui s’opposent dans le monde du travail. La grève est l’un des nombreux éléments pris en compte dans cet équilibre des forces établi par le législateur. Il est toujours dans l’intérêt public d’échapper à de longs conflits de travail, et l’intérêt public lié aux relations de travail s’accroît lorsque l’État ou le secteur privé assurent des services essentiels, voire chaque fois que l’État est l’employeur.

[119] Les répercussions des grèves dans le secteur public en Saskatchewan avant l’adoption de la *PSESA* — dont font état les juges majoritaires — montrent les effets potentiellement dévastateurs d’une grève qui touche des services essentiels dans les domaines de la santé et de la sécurité des citoyens (par. 6). Vu l’obligation de l’État de défendre l’intérêt public et son engagement envers l’électorat à s’en acquitter, il est raisonnable qu’un régime législatif limite pareille grève préjudiciable. À l’importance d’un tel régime législatif s’ajoute l’engagement des gouvernements fédéral et provinciaux de « fournir à tous les Canadiens, à un niveau acceptable, les services publics essentiels » (al. 36(1)c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Par la constitutionnalisation du droit de grève, nos collègues réduisent la marge de manœuvre des législateurs et leur faculté de mettre en balance l’intérêt des travailleurs et celui des citoyens en général.

[120] Au fil des ans, les gouvernements ont mis les régimes de relations de travail au diapason des réalités nouvelles. La décision des juges majoritaires de constitutionaliser une conception particulière de la grève a pour conséquence l’imposition d’obligations à autrui et fait fi de l’intérêt public. Elle empiète ainsi sur la fonction et les attributions de l’État. Ce n’est pas à une cour de justice, mais bien

changing circumstances in order to achieve a balance between the interests of employers, employees, and the public. Constitutionalizing selected aspects of the modern, statutory right to strike denies governments the flexibility they require to effectively adapt labour relations legislation.

[121] Statutory collective bargaining regimes in Canada are modelled on the American *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935), 29 U.S.C. §§ 151-169 (the “*Wagner Act*”). Governments adopted this model in response to an “unprecedented number of strikes, caused in large part by the refusal of employers to recognize unions and to bargain collectively” (*Health Services*, at para. 54). Wagner model legislation imposes limitations on workers’ ability to strike in exchange for alternative processes that ensure greater stability and predictability. For example, the freedom to engage in recognition strikes was replaced with a democratic union certification process, and the ability to strike during the life of an employment contract was replaced with a process of binding arbitration through which the terms of the agreement could be enforced. Legislatures created, and have since refined, a balance between competing interests in the labour relations sphere by imposing constraints on all parties involved.

[122] Canadian labour relations are heavily regulated and nowhere is this more evident than in the ability of workers to strike. In most Canadian labour relations regimes, employees are only permitted to strike in very specific circumstances. For example, in the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2, strikes are generally only permitted where the term of a collective agreement has elapsed, the union has given notice to the employer, there has been a failure to negotiate or a failure to reach a collective agreement, the Minister of Labour has received a notice of dispute or taken certain prescribed actions, the prescribed time period has elapsed, and the union has held a vote by secret strike ballot where a majority of employees voting approve the strike (see ss. 88.1 and 89). The result of these conditions is

à l’État, qu’il incombe d’adapter les lois aux situations nouvelles afin d’établir un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et des citoyens. Accorder la protection constitutionnelle à certains volets du droit de grève moderne d’origine législative prive l’État de la souplesse nécessaire à l’adaptation de la législation du travail.

[121] Au Canada, les régimes de négociation collective prévus par la loi s’inspirent de la *National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935), 29 U.S.C. §§ 151-169, des États-Unis (la « *Loi Wagner* »). Ce modèle a été adopté en réponse au « nombre sans précédent de grèves, causées en grande partie par le refus des employeurs de reconnaître les syndicats et de négocier collectivement avec eux » (*Health Services*, par. 54). Les dispositions inspirées de la *Loi Wagner* limitent la faculté des travailleurs de faire la grève, mais donnent accès à des procédures qui accroissent la stabilité et la prévisibilité. Par exemple, la liberté de recourir à la grève pour obtenir la reconnaissance d’un syndicat a été troquée contre un processus démocratique d’accréditation syndicale, et la possibilité de faire la grève pendant la durée d’un contrat de travail, contre un processus d’arbitrage obligatoire qui permet de faire respecter les dispositions de la convention collective. Les différents législateurs ont créé un équilibre, qu’ils ont rajusté depuis, entre les intérêts qui s’opposent dans le monde du travail par l’imposition de limites à chacune des parties en cause.

[122] Au Canada, les relations de travail sont étroitement réglementées, une réalité que met d’autant plus en évidence le droit des travailleurs de faire la grève. Dans la plupart des régimes applicables, les salariés ne peuvent faire la grève que s’ils satisfont à des conditions bien précises. À titre d’exemple, le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 n’autorise généralement la grève que lorsque la convention collective est échue, que le syndicat a donné un avis à l’employeur, qu’il n’y a pas eu de négociation ou qu’aucune convention collective n’a été conclue, que le ministre du Travail a reçu un avis l’informant du différend ou qu’il a pris certaines mesures prévues au Code, que le délai prescrit a expiré ou que, à l’issue d’un vote de grève au scrutin secret tenu par le syndicat, la majorité des



that actions such as recognition strikes or sympathy strikes are not permitted.

[123] Constitutionalizing a right to strike introduces great uncertainty into labour relations. In Canada, the ability of workers to strike and the limits placed on this ability are essential to the balance between employers, employees, and the public interest. The majority's reasons will make all statutory limits on the right to strike presumptively unconstitutional, a significant concern since all labour relations statutes contain extensive limits on the conditions under which workers may strike. Will governments be forced to defend all of these limits under s. 1 of the *Charter*, no matter how ingrained they may be in Canadian labour relations? What is the true scope of this new, constitutionalized right to strike? Despite our general understanding of *Charter* rights applying broadly to all Canadians, has the majority now created a fundamental freedom that can only be exercised by government employees and the 17 percent of the private sector workforce that is unionized?: R. J. Adams, *Labour Left Out: Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right* (2006), at p. 19. Are workers without collective agreements able to exercise this new right? The majority sidesteps these fundamental questions.

[124] These unanswered questions reveal why courts must be deferential. The unbridled right to strike that the majority endorses has far-reaching consequences that are difficult to predict and even more difficult to address once that right is constitutionalized. By constitutionalizing this broad conception of the right to strike, the majority binds the government's hands and limits its ability to respond to changing needs and circumstances in the dynamic field of labour relations.

salariés votants ont approuvé la grève (voir art. 88.1 et 89). Ces conditions font en sorte que certaines activités, telle la grève visant la reconnaissance d'un syndicat ou la grève de soutien, ne sont pas autorisées.

[123] Conférer la protection constitutionnelle au droit de grève est de nature à créer une grande incertitude dans le monde du travail. Au Canada, la faculté des travailleurs de faire la grève et les limitations dont elle est l'objet sont essentielles à l'équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des salariés et des citoyens. La décision des juges majoritaires fera en sorte que soit tenue pour inconstitutionnelle toute limitation du droit de grève par le législateur, ce qui est fort préoccupant dans la mesure où toutes les lois du travail renferment des dispositions qui limitent considérablement l'exercice de ce droit. Les gouvernements devront-ils justifier toutes ces limitations au regard de l'article premier de la *Charte* sans égard à l'enracinement de celles-ci dans les relations de travail au Canada? Quelle sera la portée réelle de ce droit de grève qui jouira désormais de la protection constitutionnelle? Malgré notre interprétation commune voulant que les droits garantis par la *Charte* s'appliquent à tous les Canadiens dans leur ensemble, les juges majoritaires auront-ils créé une liberté fondamentale que seuls pourront exercer les salariés de l'État et 17 p. 100 des travailleurs syndiqués du secteur privé? (R. J. Adams, *Labour Left Out : Canada's Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right* (2006), p. 19). Les travailleurs qui ne sont pas parties à une convention collective pourront-ils exercer ce nouveau droit? Les juges majoritaires esquivent ces questions fondamentales.

[124] Ces questions laissées sans réponses sont de nature à justifier la déférence judiciaire. L'exercice du droit absolu de recourir à la grève que consacrent les juges majoritaires s'accompagnera d'effets importants difficiles à prévoir et auxquels il sera encore plus difficile de remédier une fois le droit constitutionnalisé. Par la consécration constitutionnelle du droit de grève, nos collègues ligotent l'État et l'empêchent de donner suite à l'évolution des besoins et de la réalité dans le monde bouillonnant des relations de travail.

(3) The Court Must Not Constitutionalize Particular Political Positions in Labour Relations

[125] Under the rubric of “workplace justice”, our colleagues, relying on a 19th century conception of the relationship between employers and workers, enshrine a political understanding of this concept that favours the interests of employees over those of employers and even over those of the public. While employees are granted constitutional rights, constitutional obligations are imposed on employers. Employers and the public are equally as entitled to justice as employees — true workplace justice looks at the interests of all implicated parties.

[126] As Binnie J. cautioned in *Plourde v. Wal-Mart Canada Corp.*, 2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465, “[c]are must be taken . . . not to hand to one side (labour) a lopsided advantage because employees bargain through their union (and can thereby invoke freedom of association) whereas employers, for the most part, bargain individually” (para. 57). This echoes the Court’s holding in *Pepsi-Cola* quoted above. Similarly, McIntyre J.’s warning in the *Alberta Reference* about the danger of excessively restricting the legislature’s discretion in the field of labour law is as true today as it was in 1987:

Labour law . . . is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. . . . There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken . . . in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day. [Emphasis added; p. 414.]

(3) La Cour ne doit pas constitutionnaliser un parti pris politique en matière de relations de travail

[125] Au nom de la « justice au travail » et en se fondant sur une conception des relations entre employeurs et salariés qui date du 19<sup>e</sup> siècle, nos collègues adhèrent à une interprétation politique de cet objectif qui favorise les intérêts des salariés au détriment de ceux des employeurs, voire du public. Si les salariés se voient conférer des droits constitutionnels, les employeurs, eux, se voient imposer des obligations constitutionnelles. Les employeurs et le public ont autant droit à la justice que les salariés — la véritable justice au travail se souciant des intérêts de tous les intéressés.

[126] Dans l’arrêt *Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada*, 2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465, le juge Binnie nous exhorte à « éviter [. . .] d’accorder à une partie (les salariés) un avantage disproportionné parce que les salariés négocient par l’entremise de leur syndicat (et peuvent en conséquence invoquer la liberté d’association) alors que les employeurs, dans la plupart des cas, négocient individuellement » (par. 57), des propos qui font écho à ceux tenus par la Cour dans l’arrêt *Pepsi-Cola*. Aussi, dans le *Renvoi relatif à l’Alberta*, le juge McIntyre met en garde contre le danger de trop restreindre le pouvoir discrétionnaire du législateur en matière de droit du travail, et ses propos valent autant aujourd’hui qu’en 1987 :

Le droit du travail [. . .] constitue un sujet d’importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d’une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d’autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L’équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. [. . .] Manifestement il n’existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l’intérêt public. L’ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut [. . .] faire preuve de prudence lorsqu’on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l’un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour. [Nous soulignons; p. 414.]

The majority ignores these wise admonitions.

[127] In the private sector, strikes operate as an economic weapon, a stand-off as to whether employers can forgo or limit carrying on business for longer than employees can forgo wages. In the public sector, strikes are a political tool. The public expects that public services, and especially essential services, will be delivered. Thus unions attempt to pressure the government to agree to certain demands in order that these services be reinstated. Public sector labour disputes are also unique in that the government as employer must take into account that any additional expenditures incurred to meet employee demands will come from public funds. To hold that s. 2(d) of the *Charter* protects a particular economic or political weapon of employees, the right to strike together with employer obligations and demands on public resources, plainly tips the balance of power against employers and the public and fails to respect the important role played by democratically elected legislators in balancing the complex competing interests at stake in labour relations. Under a statutory scheme, the legislature is able to make adjustments in appropriate circumstances (e.g. back-to-work legislation or restrictions on strikes by essential service workers). When the right to strike is constitutionalized, elected legislators are faced with an unwarranted hurdle that interferes with their ability to achieve this balance.

(4) The Right to Strike Is Not an Indispensable Component of Collective Bargaining as Defined by This Court

[128] The majority finds that “the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process” and that “[t]he right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right” (para. 3).

Les juges majoritaires demeurent sourds à ces sages appels à la retenue.

[127] Dans le secteur privé, la grève constitue une arme économique et donne lieu à un affrontement dont l’issue tient à la durée pendant laquelle l’employeur peut renoncer en tout ou en partie à ses activités, et les salariés à leur rémunération. Dans le secteur public, la grève est un outil politique. La population s’attend à la prestation de services publics, en particulier ceux qui sont essentiels. Les syndicats tentent donc de faire pression sur l’État pour qu’il accède à certaines demandes en échange de la reprise du travail. Les conflits de travail du secteur public revêtent également un caractère unique en ce que l’État, en tant qu’employeur, doit tenir compte du fait que les sommes supplémentaires requises pour accéder aux demandes des salariés seront prélevées sur les fonds publics. Statuer que l’al. 2d) de la *Charte* protège le recours à une arme économique ou politique donnée, à savoir le droit de grève, de pair avec les obligations faites à l’employeur et la ponction sur les ressources publiques, fait manifestement pencher la balance contre l’employeur et contre le public, et ne respecte pas la fonction importante d’un législateur démocratiquement élu dans l’établissement d’un équilibre entre les intérêts complexes qui s’opposent en matière de relations de travail. Le législateur peut, par l’adoption d’un régime législatif, effectuer des réglages lorsque les circonstances l’exigent (p. ex., légiférer pour forcer le retour au travail ou pour restreindre le droit de grève par la désignation de travailleurs tenus d’assurer des services essentiels). Lorsque le droit de grève est protégé par la Constitution, le législateur élu se heurte à un obstacle indu qui l’empêche d’établir cet équilibre.

(4) Le droit de grève n’est pas une composante indispensable du droit à la négociation collective selon la définition retenue par la Cour

[128] Pour les juges majoritaires, « le droit de grève constitue un élément essentiel d’un processus véritable de négociation collective » et « [il] n’est pas seulement dérivé de la négociation collective, il en constitue une composante indispensable »

Such statements expressly contradict the right to meaningful collective bargaining as it was so recently recognized and defined by this Court in *Health Services* and *Fraser*.

[129] In *Fraser*, the majority explains that s. 2(d) of the *Charter* protects a right to collective bargaining, that is, “a process that allows employees to make representations and have them considered in good faith by employers, who in turn must engage in a process of meaningful discussion” (para. 54). Nothing in the concept of collective bargaining, as this Court has defined the term, includes a constitutional right for employees to strike with a concomitant constitutional obligation on employers to not hire replacement workers or to take the employees back at the end of the strike.

[130] The majority in *Fraser* found a constitutionally protected dispute resolution process unnecessary. The Court interpreted the Ontario *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 (“*AEPA*”), as including a requirement that employers consider employee representations in good faith. The Court noted that “the Minister . . . stated that the *AEPA* was not intended to ‘extend collective bargaining to agricultural workers’”, but said that this statement

may be understood as an affirmation that the *AEPA* did not institute the dominant Wagner model of collective bargaining, or bring agricultural workers within the ambit of the [*Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A], not that the Minister intended to deprive farm workers of the protections of collective bargaining that s. 2(d) grants. [para. 106]

Despite the fact that the *AEPA* contained no dispute resolution mechanism, only a bare requirement that employers consider employee representations in good faith, the Court concluded that the Act did not violate s. 2(d) of the *Charter* (para. 107).

(par. 3). De telles affirmations contredisent expressément le droit à la négociation collective véritable que la Cour a récemment reconnu et défini dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*.

[129] Dans l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires expliquent que l’al. 2d) de la *Charte* protège le droit à la négociation collective, c’est-à-dire à « un processus qui permet aux employés de formuler des observations et d’obtenir leur examen de bonne foi par l’employeur, qui doit en outre participer à un dialogue véritable à leur sujet » (par. 54). Le droit à la négociation collective, au sens où l’entend la Cour, n’englobe pas un droit constitutionnel des salariés de faire la grève qui se double de l’interdiction constitutionnelle faite à l’employeur d’embaucher des briseurs de grève ou de son obligation constitutionnelle de reprendre les salariés après la grève.

[130] Dans le même arrêt, les juges formant la majorité concluent qu’il n’est pas nécessaire d’accorder la protection constitutionnelle au processus de règlement des différends. Selon l’interprétation de la Cour, la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles* (Ontario), L.O. 2002, c. 16 (« *LPEA* »), oblige notamment l’employeur à examiner de bonne foi les observations de ses salariés. Les juges majoritaires relèvent que, pour « la ministre[,] [. . .] la *LPEA* ne vise pas [TRADUCTION] “l’application de la négociation collective aux travailleurs agricoles” », mais ils affirment que l’on peut

en déduire que la *LPEA* n’instaure pas le modèle Wagner, prédominant en matière de négociation collective, ou qu’elle ne fait pas bénéficier les travailleurs agricoles du régime de la [*Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, c. 1, ann. A]. Toutefois, ces commentaires ne signifient pas que la ministre voulait priver ces employés du droit de négociation collective garanti à l’al. 2d). [par. 106]

Même si la *LPEA* ne prévoyait aucun mécanisme de règlement des différends et obligeait seulement l’employeur à examiner de bonne foi les observations des salariés, la Cour conclut que la Loi ne porte pas atteinte au droit garanti à l’al. 2d) de la *Charte* (par. 107).

[131] The majority's reasons overlook this Court's findings in *Fraser*. The trial judge in this case held, and the majority agrees, that without the right to strike "a constitutionalized right to bargain collectively is meaningless" (2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, at para. 92; majority reasons, at para. 24). With respect, this is plainly incorrect — it is not the threat of work stoppage that motivates good faith bargaining. Before *Health Services*, there was a legal duty on employers to bargain in good faith under various labour relations statutes (see, e.g., the current duty in the *Canada Labour Code*, s. 50(a); *Ontario Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A, s. 17; *Saskatchewan Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 2(b); *British Columbia Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 11(1); *Alberta Labour Relations Code*, R.S.A. 2000, c. L-1, s. 60(1)(a); *Manitoba Labour Relations Act*, C.C.S.M., c. L10, s. 62; *Quebec Labour Code*, CQLR, c. C-27, s. 53; *Newfoundland and Labrador Labour Relations Act*, R.S.N.L. 1990, c. L-1, s. 71; *New Brunswick Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(1), definition of "collective bargaining"; *Nova Scotia Trade Union Act*, R.S.N.S. 1989, c. 475, s. 35(a) (see *Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1983] 2 S.C.R. 311); *Prince Edward Island Labour Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, s. 22(a) (see *Perfection Foods Limited v. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147)). After *Health Services*, this duty was constitutionalized. It is the statutory duty, and is now this *constitutional duty*, not the possibility of job action, that compels employers to bargain in good faith. To say that this constitutional right is meaningless without a concomitant constitutionalized dispute resolution process would be to say that individuals can never vindicate their rights through the courts or other public institutions.

[131] Nos collègues font abstraction des conclusions de notre Cour dans l'arrêt *Fraser*. Dans la présente affaire, le juge de première instance affirme — et les juges majoritaires conviennent — que sans le droit de grève, [TRADUCTION] « le droit constitutionnel de négocier collectivement perd tout son sens » (2012 SKQB 62, 390 Sask. R. 196, par. 92; motifs des juges majoritaires, par. 24). Sauf leur respect, cette affirmation est simplement erronée, car ce n'est pas la menace d'un arrêt de travail qui incite les parties à négocier de bonne foi. Avant l'arrêt *Health Services*, différentes lois sur les relations de travail obligeaient l'employeur à négocier de bonne foi (voir p. ex. l'obligation que prévoient actuellement le *Code canadien du travail*, al. 50a), la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (Ontario), L.O. 1995, c. 1, ann. A, art. 17; la *Trade Union Act* (Saskatchewan), R.S.S. 1978, c. T-17, al. 2(b); le *Labour Relations Code* (Colombie-Britannique), R.S.B.C. 1996, c. 244, par. 11(1); le *Labour Relations Code* (Alberta), R.S.A. 2000, c. L-1, al. 60(1)a); la *Loi sur les relations du travail* (Manitoba), C.P.L.M., c. L10, art. 62; le *Code du travail* (Québec), RLRQ, c. C-27, art. 53; la *Labour Relations Act* (Terre-Neuve-et-Labrador), R.S.N.L. 1990, c. L-1, art. 71; la *Loi sur les relations industrielles* (Nouveau-Brunswick), L.R.N.-B. 1973, c. I-4, par. 1(1) (définition du terme « négociations collectives »); la *Trade Union Act* (Nouvelle-Écosse), R.S.N.S. 1989, c. 475, al. 35(a) (voir *Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse)*, [1983] 2 R.C.S. 311), et la *Labour Act* (Île-du-Prince-Édouard), R.S.P.E.I. 1988, c. L-1, al. 22(a) (voir *Perfection Foods Limited c. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515* (1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147)). Depuis l'arrêt *Health Services*, son obligation est constitutionnalisée. C'est l'obligation prévue par la loi — aujourd'hui devenue *obligation constitutionnelle* —, et non le recours possible à un moyen de pression, qui force l'employeur à négocier de bonne foi. Affirmer que, sans l'existence concomitante d'un processus constitutionnalisé de règlement des différends, le droit constitutionnel à la négociation collective perd tout son sens et revient à dire que les individus ne peuvent jamais faire valoir leurs droits devant les tribunaux ou d'autres décideurs publics.

[132] The goal of strike action is not to guarantee a right that was statutory and is now constitutionally guaranteed. Instead, it is to apply economic or political pressure on employers to meet union demands. As the majority of the Court stated in *Fraser*:

. . . legislatures are [not] constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements . . . What is protected is associational activity, not a particular process or result. [para. 47]

[133] When the right to strike was simply statutory, both employers and employees were able to exercise economic and political power through labour action. In certain circumstances, employees had the right to strike, while employers had the right to lock out. Even when meaningful collective bargaining was constitutionalized, good faith was required of both sides of the bargaining table. In *Health Services*, the majority of the Court noted that the employees' right to collective bargaining "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation" (para. 90; see also *Fraser*, at para. 40). Now, by constitutionalizing only the ability of employees to exert economic and political pressure, the majority disturbs the delicate balance of labour relations in Canada and impedes the achievement of true workplace justice.

[134] The majority asserts that employees must have some "means of recourse should the employer not bargain in good faith" (para. 29). In the event that bargaining does not occur in good faith, workers *have* recourse: they can bring a claim under the relevant statutory provision or, in some cases, directly under s. 2(d) of the *Charter*, which is precisely what was done in *Health Services*.

[132] L'objectif de la grève n'est pas de protéger un droit qui était légal et qui est désormais constitutionnel. Il est plutôt d'exercer une pression économique ou politique afin que l'employeur accède aux demandes du syndicat. Voici ce que disent les juges majoritaires de la Cour dans *Fraser* :

. . . la Constitution [n'exige pas] que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d'activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations de travail. Selon la Cour d'appel, ce modèle imposerait l'obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application d'une convention collective [. . .] Or, c'est l'activité associative qui est protégée, et non un processus ou un résultat particulier. [par. 47]

[133] Lorsque le droit de grève était seulement conféré par la loi, employeurs et salariés disposaient de moyens de pression pour exercer leurs pouvoirs économiques et politiques. Dans certaines circonstances, les salariés avaient un droit de grève, et l'employeur un droit de lock-out. Même après que la négociation collective véritable eut obtenu la protection constitutionnelle, chacune des deux parties était tenue de faire preuve de bonne foi à la table de négociation. Dans l'arrêt *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour signalent que le droit des salariés de négocier collectivement « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90; voir également *Fraser*, par. 40). Or, en constitutionnalisant la faculté des salariés d'exercer une pression économique ou politique, les juges majoritaires rompent l'équilibre délicat des relations de travail au Canada et font obstacle à une véritable justice au travail.

[134] Les juges majoritaires font valoir que les salariés doivent avoir accès à une « voie de recours advenant que l'employeur ne négocie pas de bonne foi » (par. 29). Lorsque l'employeur ne négocie pas de bonne foi, les travailleurs *ont* bel et bien un recours, car ils peuvent se pourvoir en application de la disposition législative pertinente ou, dans certains cas, sur le fondement de l'al. 2d) de la *Charte*, ce qui a été le cas dans l'affaire *Health Services*.

[135] The majority's conclusion that the right to strike is "an indispensable component" of collective bargaining (at para. 3) does not accord with recent jurisprudence. There is nothing in the concept of collective bargaining as it has been defined by this Court in *Health Services, Fraser* and *Mounted Police* that would imply that employees have a constitutional right to strike and that employers have a constitutional obligation to preserve the jobs of those employees.

[136] Contrary to *Fraser*, the majority now says that "[t]he right to strike is not merely derivative of collective bargaining, it is an indispensable component of that right" (para. 3). However, the majority also says that the right to strike is protected simply because "the right to strike is an essential part of a meaningful collective bargaining process" (para. 3). This must mean that the right is indeed derivative — a right to strike is protected only because it derives from the right to collective bargaining, a right which was itself derived from the protection of freedom of association (see *Fraser*, at paras. 46, 54, 66 and 99). As earlier noted, the result is to inflate the right to freedom of association to such an extent that its scope is now completely divorced from the words of s. 2(d) of the *Charter* themselves.

(5) This Court Should Not Depart From Its Precedents in This Case

[137] In our legal system, certainty in the law is achieved through the application of precedents. To overrule a precedent is to displace community expectations founded on that decision. As the Ontario Court of Appeal aptly observed in *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, per Laskin J.A., "[t]he values underlying the principle of *stare decisis* are well known: consistency, certainty, predictability and sound judicial administration. . . . Adherence to precedent . . . enhances the legitimacy and acceptability of judge-made law, and by so doing enhances the appearance of justice" (paras. 119-20).

[135] La conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit de grève constitue « une composante indispensable » de la négociation collective (par. 3) est incompatible avec la jurisprudence récente. La notion de négociation collective définie par notre Cour dans les arrêts *Health Services, Fraser* et *Police montée* ne donne en rien à penser que les salariés jouissent du droit constitutionnel de faire la grève et que l'employeur a l'obligation constitutionnelle de protéger les emplois des grévistes.

[136] Contrairement à l'opinion exprimée dans l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires soutiennent aujourd'hui que « [l]e droit de grève n'est pas seulement dérivé de la négociation collective, [mais qu']il en constitue une composante indispensable » (par. 3). Ils ajoutent toutefois que le droit de grève jouit d'une protection seulement parce qu'il « constitue un élément essentiel d'un processus véritable de négociation collective » (par. 3). Il s'ensuit nécessairement que ce droit est effectivement dérivé — le droit de grève est protégé seulement parce qu'il est dérivé du droit à la négociation collective, lequel est lui-même dérivé de la protection accordée à la liberté d'association (voir *Fraser*, par. 46, 54, 66 et 99). Nous le répétons, la portée du droit à la liberté d'association s'en trouve dès lors exagérée au point où elle n'a plus rien à voir avec le libellé même de l'al. 2d) de la *Charte*.

(5) La Cour devrait s'abstenir en l'espèce de rompre avec ses décisions antérieures

[137] Dans notre système de justice, le respect des décisions antérieures assure la certitude du droit. Lorsqu'on écarte un précédent, on induit les citoyens en erreur sur le droit applicable. Dans l'arrêt *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, la Cour d'appel de l'Ontario, par la voix du juge Laskin, fait judicieusement observer que [TRADUCTION] « [l]es valeurs qui fondent le principe du *stare decisis* sont bien connues : cohérence, certitude, prévisibilité et saine administration de la justice. [ . . . ] Suivre la jurisprudence [ . . . ] promeut la légitimité et la recevabilité du droit prétorien et, ce faisant, accroît l'apparence de justice » (par. 119-120).

[138] For this reason, the threshold for overturning prior judgments is high (see *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 44; *Fraser*, at para. 57). In determining whether the threshold is met, courts must balance certainty against correctness (*Bedford*, at para. 47). As Binnie J. observed in *Plourde*, “[i]t would be unfortunate, absent compelling circumstances, if the precedential value of a . . . decision of this Court was thought to expire with the tenure of the particular panel of judges that decided it” (para. 13).

[139] In reaching its conclusion, the majority departs from significant precedents of this Court. Twenty-seven years ago, in the Labour Trilogy, this Court held that s. 2(d) does not protect the right to strike. The majority overrules this finding (para. 77). But the Labour Trilogy’s precedents are not the only ones reversed by the majority. In finding that s. 2(d) of the *Charter* now protects the right to a dispute resolution mechanism (strike action), our colleagues also depart from this Court’s finding in *Fraser*, made less than four years ago, that freedom of association “does not require the parties to conclude an agreement or accept any particular terms and does not guarantee a legislated dispute resolution mechanism in the case of an impasse” (para. 41).

[140] Further, in its heavy-handed treatment of Saskatchewan’s legislative policy choices in the field of labour relations, the majority defies this Court’s cautions in *Pepsi-Cola* that legislatures, not the courts, should deal with the delicate and political balance of interests in labour relations (para. 85).

[141] In *Bedford*, this Court explained that a lower court may deviate from binding appellate jurisprudence where there is a new legal issue or a significant change in the circumstances or evidence:

[138] C’est pourquoi les conditions auxquelles on peut rompre avec un jugement antérieur sont strictes (voir *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 44; *Fraser*, par. 57). Pour savoir s’il est satisfait à ces conditions, le tribunal doit mettre en balance la certitude et la justesse (*Bedford*, par. 47). Le juge Binnie fait d’ailleurs observer dans l’arrêt *Plourde* qu’« [i]l serait regrettable, en l’absence de circonstances impérieuses, qu’une décision [. . .] de la Cour perde sa valeur de précédent avec le départ de l’un ou de plusieurs des juges qui y ont participé » (par. 13).

[139] Pour arriver à leur conclusion, les juges majoritaires rompent avec d’importantes décisions de la Cour. Il y a 27 ans, dans la trilogie en droit du travail, notre Cour a jugé que l’al. 2d) ne protégeait pas le droit de grève. Les juges majoritaires infirment aujourd’hui cette conclusion (par. 77). Les arrêts de la trilogie ne sont pas les seuls qu’ils écartent. En statuant que l’al. 2d) de la *Charte* protège désormais le droit à un mécanisme de règlement des différends (la grève), nos collègues se dissocient également de la conclusion tirée par la Cour dans l’arrêt *Fraser* il y a moins de quatre ans, à savoir que la liberté d’association « n’oblige pas les parties à conclure une convention ou à accepter des clauses particulières ni ne garantit un mécanisme légal de règlement des différends permettant de dénouer les impasses » (par. 41).

[140] En outre, lorsqu’ils critiquent sévèrement les choix de politique législative de la Saskatchewan dans le domaine des relations de travail, les juges majoritaires font abstraction de la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Pepsi-Cola*, à savoir qu’établir le délicat équilibre politique entre les intérêts qui s’opposent en matière de relations de travail devrait relever du législateur, non des tribunaux (par. 85).

[141] Dans l’arrêt *Bedford*, la Cour explique qu’un tribunal inférieur peut s’éloigner des décisions des juridictions d’appel lorsqu’il s’agit de trancher une question de droit nouvelle ou qu’une modification importante de la situation ou de la preuve est survenue :



... a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. [para. 42]

In this case, neither developments in the s. 2(d) jurisprudence, nor any change in the circumstances of Canadian labour relations justifies the trial judge's departure from Supreme Court precedent.

[142] The majority concludes that the high threshold for overruling the Labour Trilogy's finding on the right to strike has been met on the basis that the "historical, international, and jurisprudential landscape" indicate that "s. 2(d) has arrived at the destination sought by Dickson C.J. [in dissent] in the *Alberta Reference*" (para. 75). With respect, the sources relied on by the majority to demonstrate this change in circumstances do not provide a basis to overturn the many relevant precedents of this Court.

[143] Many of the sources identified by the majority existed at the time this Court rendered its decisions in the Labour Trilogy. For instance, the history of strike activity in Canada and abroad canvassed by the majority at paras. 36 to 55 was information available to this Court when it considered the Labour Trilogy appeals. It cannot now form the basis for an entirely different result than that reached by this Court in 1987. The criterion that, in order for a precedent to be overruled, there must be "a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate" (*Bedford*, at para. 42) is manifestly unsatisfied.

[144] While there has been an evolution in the s. 2(d) jurisprudence sufficient to be termed a "significant developmen[t] in the law" (*Bedford*, at para. 42), that evolution does not support departing from the Labour Trilogy's conclusion that there is

À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d'ordre constitutionnel qui n'a pas été invoquée dans l'affaire antérieure; il s'agit alors d'une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. [par. 42]

En l'espèce, ni l'évolution de la jurisprudence relative à l'al. 2d), ni un quelconque changement dans les relations de travail au Canada ne justifient la décision du juge de première instance de s'écarter de la jurisprudence de notre Cour.

[142] Les juges majoritaires concluent qu'il est satisfait aux conditions strictes auxquelles on peut rompre avec la conclusion sur le droit de grève tirée dans trilogie en droit du travail au motif que « [c]e tour d'horizon historique, international et jurisprudential » indique que « l'interprétation de l'al. 2d) est aujourd'hui celle que préconisait le juge en chef Dickson [dissident] dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* » (par. 75). Sauf leur respect, les sources qu'ils invoquent à l'appui de l'existence d'une telle modification de la situation ne permettent pas de revenir sur les nombreux arrêts de notre Cour en la matière.

[143] Bon nombre des sources invoquées par les juges majoritaires existaient lorsque la Cour a rendu les arrêts formant la trilogie en droit du travail. Par exemple, l'histoire de la grève au Canada et à l'étranger que les juges majoritaires relatent aux par. 36 à 55 faisait partie du dossier de la Cour lorsqu'elle a entendu les appels de la trilogie. Ces données historiques ne sauraient aujourd'hui étayer un résultat complètement différent de celui auquel est parvenue la Cour en 1987. La condition voulant qu'un précédent ne puisse être écarté que si « une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » (*Bedford*, par. 42) n'est manifestement pas respectée.

[144] La jurisprudence relative à l'al. 2d) a certes suffisamment évolué pour que l'on puisse y voir une « évolution importante du droit » (*Bedford*, par. 42), mais cette mutation ne permet pas d'écarter la conclusion tirée dans les arrêts de la trilogie en

no constitutional right to strike. If anything, developments in the law since 1987 support a finding that the right to freedom of association *does not* require constitutionalization of the right to strike. This is because recent s. 2(d) jurisprudence has already established a right to collective bargaining that protects the ability of workers in associations “to exert meaningful influence over working conditions through a process of collective bargaining conducted in accordance with the duty to bargain in good faith” and mandates “both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation” (*Health Services*, at para. 90).

[145] Subsequent to the *Alberta Reference*, this Court made it clear that the right to collective bargaining under s. 2(d) of the *Charter* does not include a statutory dispute resolution process. Most recently, in *Fraser*, the majority affirmed:

It follows that *Health Services* does not support the view of the Ontario Court of Appeal in this case that legislatures are constitutionally required, in all cases and for all industries, to enact laws that set up a uniform model of labour relations imposing a statutory duty to bargain in good faith, statutory recognition of the principles of exclusive majority representation and a statutory mechanism for resolving bargaining impasses and disputes regarding the interpretation or administration of collective agreements . . . . [para. 47]

[146] The majority in this appeal states that the supposed absence of any dispute resolution mechanism in the *PSESA* “is what ultimately renders its limitations [on the right to strike] constitutionally impermissible” (para. 25).

[147] However, a finding that there is a constitutional right to strike (or to an alternative statutory dispute resolution process), is an express contradiction of this Court’s ruling in *Fraser* that s. 2(d) of the *Charter* does not require a statutory

droit du travail, à savoir qu’il n’existe pas de droit de grève protégé par la Constitution. Au contraire, l’évolution du droit depuis 1987 permet de conclure que le droit à la liberté d’association *ne* commande *pas* la constitutionnalisation du droit de grève. Cela tient au fait que la jurisprudence récente relative à l’al. 2d) reconnaît déjà un droit à la négociation collective qui protège la faculté des travailleurs syndiqués « d’exercer une véritable influence sur les conditions de travail par l’entremise d’un processus de négociation collective menée de bonne foi » et qui exige que « l’employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d’accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (*Health Services*, par. 90).

[145] Au cours des années qui ont suivi le *Renvoi relatif à l’Alberta*, la Cour a bien précisé que le droit à la négociation collective garanti par l’al. 2d) de la *Charte* n’englobe aucun processus de règlement des différends prévu par la loi. Plus récemment, dans l’arrêt *Fraser*, les juges majoritaires se sont exprimés comme suit :

Dès lors, l’arrêt *Health Services* n’étaye pas l’opinion de la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, selon laquelle la Constitution exige que les législateurs, dans tous les cas et pour tous les secteurs d’activité, adoptent des lois établissant un modèle uniforme de relations du travail. Selon la Cour d’appel, ce modèle imposerait l’obligation de négocier de bonne foi, reconnaîtrait les principes du monopole syndical et du vote majoritaire et prévoirait un mécanisme pour dénouer les impasses des négociations et résoudre les différends relatifs à l’interprétation ou à l’application d’une convention collective . . . [par. 47]

[146] Dans le présent pourvoi, les juges majoritaires affirment que l’absence prétendue d’un mécanisme de règlement des différends dans la *PSESA* « représente ce qui, en fin de compte, rend les restrictions apportées [au droit de grève] inadmissibles sur le plan constitutionnel » (par. 25).

[147] Or, conclure à l’existence du droit à la grève (ou, sinon, à un processus de règlement des différends prévu par la loi) contredit expressément l’arrêt *Fraser* dans lequel la Cour statue que l’al. 2d) de la *Charte* ne requiert pas l’établissement par la loi

dispute resolution process (para. 41). While s. 2(d) jurisprudence has evolved since 1987, such changes cannot be used to justify contradicting the decisions that brought about these very same changes.

[148] Even more puzzling, the majority claims that the Court affirmed in *Fraser* that a meaningful process under s. 2(d) of the *Charter* must include some “means of recourse should the employer not bargain in good faith” (para. 29). They do so despite explicit language to the contrary in that case (see *Fraser*, at para. 41). In misinterpreting the content of *Fraser*, our colleagues overrule that decision without acknowledging that they are doing so.

[149] The more “generous approach” to s. 2(d) of the *Charter*, referred to by the majority at para. 33, does not license this Court to indeterminately expand the scope of freedom of association. In imposing constitutional limitations on the legislature in this case, the majority disregards *stare decisis* and the certainty and predictability it is intended to foster.

(6) International Law Is Not Determinative of the Content of Section 2(d) of the *Charter*

[150] Contrary to the majority’s approach, international law provides no guidance to this Court in determining whether the right to strike is encompassed within s. 2(d) of the *Charter* for at least one key reason: the current state of international law on the right to strike is unclear.

[151] Caution must be exercised where the current state of international law is subject to conflicting interpretations. As explained below, international bodies disagree as to whether the right to strike is protected under international labour and human rights instruments. Where this Court opts to rely on non-binding interpretations of international conventions, it should not cherry pick interpretations to support its conclusions.

d’un processus de règlement des différends (par. 41). L’évolution de la jurisprudence relative à l’al. 2d depuis 1987 ne permet pas de contredire les décisions mêmes qui jalonnent cette évolution.

[148] Plus déroutante encore est l’opinion de nos collègues selon laquelle, dans *Fraser*, notre Cour réaffirme que, pour l’application de l’al. 2d de la *Charte*, un processus véritable doit englober quelque « voie de recours advenant que l’employeur ne négocie pas de bonne foi » (par. 29). Ils s’expriment en ce sens malgré la teneur explicitement contraire de cet arrêt (voir *Fraser*, par. 41). Du fait de leur interprétation erronée, ils écartent cette décision sans le reconnaître.

[149] L’interprétation « généreuse » de l’al. 2d de la *Charte* à laquelle renvoient les juges majoritaires au par. 33 de leurs motifs n’autorise pas la Cour à repousser indéfiniment les limites de la liberté d’association. En soumettant en l’espèce le législateur à des contraintes constitutionnelles, les juges majoritaires méconnaissent le principe du *stare decisis*, ainsi que la certitude et la prévisibilité que ce principe est censé promouvoir.

(6) Le droit international n’est pas décisif en ce qui concerne la teneur de l’al. 2d) de la *Charte*

[150] Contrairement à ce que soutiennent les juges majoritaires, le droit international n’offre pas de repères qui permettent à la Cour de décider si le droit de grève bénéficie ou non de la protection de l’al. 2d) de la *Charte*. Il y a au moins une raison majeure à cela : l’état actuel du droit international sur le recours à la grève est incertain.

[151] Il faut user de prudence lorsque l’état actuel du droit international se prête à des interprétations contradictoires. Comme nous l’expliquons plus loin, les organismes internationaux ne s’entendent pas sur la question de savoir si les instruments internationaux sur le droit du travail et les droits de la personne protègent ou non le droit de grève. Si la Cour décide de s’appuyer sur des interprétations non contraignantes de conventions internationales, elle ne doit pas retenir que les interprétations qui étayaient ses conclusions.

[152] For instance, the majority invokes the International Labour Organization (“ILO”) *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17 (“*Convention No. 87*”), as confirming the protection of the right to strike in international law (see para. 67), despite the fact that this right is not found in the text of the convention, nor is it found in the ILO Constitution (online) or the Declaration of Philadelphia (which concerns the aims and purposes of the ILO; see the Annex to the ILO Constitution). Article 3(1) of *Convention No. 87* protects the rights of workers’ and employers’ organizations to “formulate their programmes”, but there is debate as to whether this includes the right to strike.

[153] ILO bodies themselves disagree on the interpretation of ILO *Convention No. 87*. The Committee on Freedom of Association (“CFA”) and the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (“COE”) have endorsed a right to strike in ILO *Convention No. 87 (Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO)* (5th rev. ed. 2006), at para. 520; L. Swepston, “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision” (1998), 137 *Int’l Lab. Rev.* 169, at p. 187; S. Regenbogen, “The International Labour Organization and Freedom of Association: Does Freedom of Association Include the Right to Strike?” (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385, at p. 404). However, these bodies do not perform judicial functions and do not enforce obligations under ILO conventions — the CFA is an investigative body and the COE, the first stage of the ILO supervisory process, simply provides observations (B. A. Langille, “Can We Rely on the ILO?” (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273, at pp. 285 and 287; N. Valticos and G. von Potobsky, *International Labour Law* (2nd rev. ed. 1995), at paras. 661-62). The Conference Committee on the Application of Standards is the second stage of the ILO supervisory process. This tripartite committee consisting of government, employer, and worker representatives has not reached a consensus on whether freedom of association includes the right to strike (Regenbogen, at pp. 398-400 and 404; Valticos and

[152] À titre d’exemple, les juges majoritaires soutiennent que la *Convention (n° 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l’Organisation internationale du Travail (« OIT »), 68 R.T.N.U. 17 (« *Convention (n° 87)* »), confirme la protection du droit de grève à l’échelle internationale (par. 67), alors que ce droit ne figure ni dans le texte de la convention, ni dans la Constitution de l’OIT (en ligne), ni dans la Déclaration de Philadelphie (qui porte sur les buts et objectifs de l’OIT) (voir l’annexe de la Constitution de l’OIT). Le paragraphe 1 de l’article 3 de la *Convention (n° 87)* protège le droit des organisations de travailleurs et d’employeurs de « formuler leur programme d’action », mais la question de savoir si ce droit comprend celui de faire la grève est l’objet de débats.

[153] Les organismes de l’OIT eux-mêmes ne s’entendent pas sur l’interprétation de la *Convention (n° 87)* de l’OIT. Le Comité de la liberté syndicale et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations reconnaissent l’existence d’un droit de grève dans la *Convention (n° 87) (La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT)* (5<sup>e</sup> éd. rév. 2006), par. 520; L. Swepston, « Droits de l’homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l’OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187, p. 206; S. Regenbogen, « The International Labour Organization and Freedom of Association : Does Freedom of Association Include the Right to Strike? » (2012), 16 *C.L.E.L.J.* 385, p. 404). Or, ces organismes n’exercent pas de fonctions judiciaires et ne veillent pas au respect des obligations prévues dans les conventions de l’OIT — le Comité de la liberté syndicale est un organisme d’enquête et la Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations, qui se situe au premier palier de la procédure de contrôle de l’OIT, s’en tient à la formulation d’observations (B. A. Langille, « Can We Rely on the ILO? » (2006-2007), 13 *C.L.E.L.J.* 273, p. 285 et 287; N. Valticos et G. von Potobsky, *International Labour Law* (2<sup>e</sup> éd. rév. 1995), par. 661-662). La Commission de l’application des normes de la Conférence constitue le second palier de la procédure de contrôle. Cette commission tripartite composée de représentants de l’État, du patronat et des

von Potobsky, at paras. 663-64; International Labour Conference, 102nd Sess., *Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings* (2013)).

[154] The *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (“*ICCPR*”), does not include an explicit right to strike. While freedom of association is protected under art. 22(1), the U.N. Human Rights Committee, which receives and considers complaints regarding conformity to obligations under the *ICCPR*, found that art. 22 does not protect the right to strike (*J.B. v. Canada*, Communication No. 118/1982 (1986), reported in U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, *Selected Decisions of the Human Rights Committee under the Optional Protocol*, vol. 2 (1990), p. 34, at para. 6.4). Article 22(3) does explicitly refer to ILO *Convention No. 87*, but given the lack of agreement as to whether this Convention protects the right to strike, the reference alone cannot create this right.

[155] The *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3 (“*ICESCR*”), in art. 8(1)(d), protects a qualified right to strike. Specifically, the right is subject to explicit restrictions as it applies to public sector workers. Article 8(2) states: “This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces or of the police or of the administration of the State.” Even if we accept that there is a general right to strike in international law, which is far from certain, the express restriction on this right in art. 8(2) demonstrates that the measures at issue are not precluded.

[156] There is thus no clear consensus under international law that the right to strike is an essential element of freedom of association.

travailleurs n’est pas parvenue à un consensus sur l’inclusion du droit de grève dans la liberté d’association (Regenbogen, p. 398-399 et 404; Valticos et von Potobsky, par. 663-664; Conférence internationale du Travail, 102<sup>e</sup> sess., *Commission de l’application des normes de la conférence : Extraits du compte rendu des travaux* (2013)).

[154] Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (« *PIDCP* »), ne prévoit pas expressément le droit de grève. Bien que le paragraphe 1 de l’article 22 protège la liberté d’association, le Comité des droits de l’homme des Nations Unies, qui reçoit et examine les plaintes concernant le respect des obligations prévues par le *PIDCP*, a estimé que l’article 22 ne protège pas le droit de grève (*J.B. c. Canada*, Communication n° 118/1982 (1986), publié dans Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, *Sélection de décisions du Comité des droits de l’homme prises en vertu du Protocole facultatif*, vol. 2 (1991), p. 36, par. 6.4). Le paragraphe 3 de l’article 22 renvoie expressément à la *Convention (n° 87)* de l’OIT, mais faute d’accord quant à savoir si elle protège ou non le droit de grève, ce seul renvoi ne peut être la source de ce droit.

[155] Le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3 (« *PIDESC* »), à l’alinéa d) du paragraphe 1 de son article 8, protège jusqu’à un certain point le droit de grève dans la mesure où il prévoit expressément l’application possible de restrictions dans le cas des travailleurs du secteur public. Le paragraphe 2 de l’article 8 dispose en effet que « [l]e présent article n’empêche pas de soumettre à des restrictions légales l’exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de la fonction publique. » À supposer même qu’un droit de grève général soit reconnu à l’échelle internationale, ce qui est loin d’être avéré, la limitation éventuelle de ce droit conformément au paragraphe 2 de l’article 8 montre que les mesures contestées ne sont pas exclues.

[156] Du droit international ne se dégage donc aucun consensus net selon lequel le droit de grève constitue un élément essentiel de la liberté d’association.

[157] Further, this Court has indicated that obligations under international law that are *binding* on Canada are of primary relevance to this Court's interpretation of the *Charter*. In *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, LeBel J. notes that “[i]n interpreting the scope of application of the *Charter*, the courts should seek to ensure compliance with Canada’s binding obligations under international law where the express words are capable of supporting such a construction” (para. 56 (emphasis added)). Similarly, in *Divito*, Abella J., quoting McLachlin C.J. and LeBel J. in *Health Services*, at para. 70, states that “the *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified” (para. 23 (emphasis added)). While other sources of international law can have some persuasive value in appropriate circumstances, they should be granted much less weight than sources under which Canada is bound (see, e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 36-39 to 36-43; P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 395-400).

[158] The majority notes that the right to strike is contained in a number of foreign constitutions, as well as in the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), and the *European Social Charter* (E.T.S. No. 35, 1961, revised E.T.S. No. 163, 1996) (paras. 71 and 74). However, the express inclusion of the right to strike in domestic constitutions and charters other than our own has little relevance to this Court’s interpretation of “freedom of association” under s. 2(d). If anything, the absence of an express right to strike in the *Charter* — which was enacted subsequent to many of the constitutions cited by the majority — indicates Parliament and the provincial legislatures’ intention to exclude such a right (see *Alberta Reference*, at pp. 414-16).

[159] There is good reason to accord little weight to international instruments to which Canada is not a party. It is the role of the government to accept international obligations on behalf of Canada, not

[157] Par ailleurs, selon la Cour, les obligations qui *lient* le Canada en droit international importent au premier chef dans son interprétation de la *Charte*. Dans l’arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel souligne que « [l]orsque le libellé exprès de la *Charte* le permet, la détermination de la portée de celle-ci doit tendre à assurer le respect des obligations du Canada en droit international » (par. 56 (nous soulignons)). De même, dans l’arrêt *Divito*, la juge Abella affirme en reprenant les motifs de la juge en chef McLachlin et du juge LeBel dans *Health Services* (par. 70) qu’« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne » (par. 23 (nous soulignons)). S’il est vrai que d’autres sources de droit international peuvent avoir force persuasive dans les cas qui s’y prêtent, il convient de leur reconnaître une valeur moins grande que celle des sources qui lient le Canada (voir p. ex. P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 36-39 à 36-43; P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4<sup>e</sup> éd. 2009), p. 427-433).

[158] Les juges majoritaires signalent que le droit de grève est inscrit dans la constitution de nombreux pays étrangers, ainsi que dans la *Convention européenne des droits de l’homme*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans la *Charte sociale européenne* (S.T.E. n° 35, 1961, révisée S.T.E. n° 163, 1996) (par. 71 et 74). Cependant, l’inclusion expresse du droit de grève dans d’autres constitutions et chartes que les nôtres ne saurait influencer la Cour dans son interprétation de la « liberté d’association » prévue à l’al. 2d). Le fait que le droit de grève ne soit pas expressément prévu dans la *Charte* — dont l’adoption est postérieure à celle de bon nombre des constitutions citées par les juges majoritaires — est plutôt de nature à indiquer que les législateurs fédéral et provinciaux ont voulu écarter ce droit (voir *Renvoi relatif à l’Alberta*, p. 414-416).

[159] Il existe une bonne raison d’accorder peu d’importance aux instruments internationaux auxquels le Canada n’est pas partie. C’est au gouvernement, non aux tribunaux, qu’il appartient d’assujettir

the courts (see Hogg, at pp. 11-2 to 11-4). Judicial review and the use of international law as an interpretive aid should not become a euphemism for this Court interfering in the government's prerogative over foreign affairs (see *Turp v. Canada (Justice)*, 2012 FC 893, [2014] 1 F.C.R. 439; Hogg, at p. 1-20). Moreover, their invocation of international law is particularly problematic given the unique historic context in which labour relations have developed within different countries.

[160] International law is of no help to this Court in determining whether freedom of association in s. 2(d) of the *Charter* includes a right to strike.

B. *The PSESA Does Not Violate Section 2(d) of the Charter*

[161] For the reasons above, s. 2(d) does not confer a *Charter* right to strike. The question remains whether the *PSESA* nevertheless violates the right to a process of meaningful collective bargaining protected under s. 2(d). In our respectful view, it does not.

[162] The majority in this appeal retreats from the test for determining whether legislation interferes with the constitutional right to collective bargaining that was emphatically established by this Court in *Fraser*.

[163] The *PSESA*'s "controlled strike" regime does not render effectively impossible nor substantially interfere with the ability of associations representing affected public sector employees to submit representations to employers and to have them considered and discussed in good faith. There are three reasons for this conclusion: there is evidence that good faith collective bargaining took place under the *PSESA* framework; *Fraser* and *Health Services* both held that there is no right to a dispute resolution mechanism; and the goal of strikes is not to ensure meaningful collective bargaining, but instead to exert political and economic pressure on employers. Moreover, insofar as the

le Canada à des obligations internationales (voir Hogg, p. 11-2 à 11-4). Le contrôle judiciaire et l'application du droit international ne devraient pas offrir des moyens détournés d'empiéter sur la prérogative du gouvernement en matière d'affaires étrangères (voir *Turp c. Canada (Justice)*, 2012 CF 893, [2014] 1 R.C.F. 439; Hogg, p. 1-20). De plus, leur mise en relief du droit international se révèle particulièrement problématique étant donné le contexte historique unique dans lequel ont évolué les relations de travail dans les différents pays.

[160] Le droit international n'est d'aucune aide à la Cour pour déterminer si la liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte* englobe le droit de grève.

B. *La PSESA ne porte pas atteinte aux droits garantis par l'al. 2d) de la Charte*

[161] Pour les motifs qui précèdent, l'al. 2d) de la *Charte* ne garantit pas le droit de grève. Il nous faut toutefois examiner si la *PSESA* porte néanmoins atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective garanti par l'al. 2d). Soit dit en tout respect, nous croyons que ce n'est pas le cas.

[162] Les juges majoritaires rompent avec le critère qui permet de déterminer si une loi porte atteinte ou non au droit constitutionnel de négocier collectivement et que la Cour énonce très clairement dans l'arrêt *Fraser*.

[163] Le régime de « grève contrôlée » établi par la *PSESA* ne prive pas dans les faits les associations qui représentent les salariés du secteur public en cause du droit de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte et débattues de bonne foi, ni n'entrave substantiellement l'exercice de ce droit. Il y a trois raisons à cela. Il appert de la preuve qu'il y a eu négociation collective de bonne foi dans le cadre établi par la *PSESA*; dans les arrêts *Fraser* et *Health Services*, la Cour nie l'existence d'un droit à un mécanisme de règlement des différends; la grève n'a pas pour objectif de garantir le déroulement d'une négociation collective véritable, mais bien

Government of Saskatchewan restricts the jurisdiction of the Labour Relations Board (“LRB”), it does so in good faith and is justified. Saskatchewan essential service workers do not require a right to strike in order to ensure that their s. 2(d) rights are respected.

[164] First, the *PSESA* facilitates consultation between employers and unions regarding the designation of essential services. Although the right to collective bargaining under s. 2(d) does not protect a particular outcome (*Fraser*, at para. 45), the fact that essential services agreements have been achieved in the provincial public sector during the currency of the *PSESA* indicates that there has been no substantial interference with the right to meaningful collective bargaining. The first collective agreement to be signed after the *PSESA* came into force — the 2009-2012 agreement between the Public Service Commission (“PSC”) and the Saskatchewan Government and General Employees’ Union (“SGEU”) — was signed only eight months after the preceding agreement ended, over three months faster than the average time to reach a collective agreement. Essential services agreements were also signed between the PSC and the SGEU, and between the PSC and the Canadian Union of Public Employees, Local 600. Tentative collective agreements were reached between the Saskatchewan Association of Health Organizations and each of the Canadian Union of Public Employees, the Service Employees International Union, and the SGEU in August 2010; these were later ratified.

[165] Moreover, s. 6 of the *PSESA* requires public employers to negotiate with trade unions with a view to concluding an essential services agreement. The evidence demonstrates that such good faith collective bargaining took place. For instance, the trial judge held that urban municipalities, the University of Regina, and the University of Saskatchewan all engaged in meaningful consultations with unions (para. 189). In fact, the Government of Saskatchewan *exceeded* the requirements of s. 6(3) of the *PSESA*: the PSC consulted the SGEU regarding

d’exercer une pression politique et économique sur l’employeur. Par ailleurs, si le gouvernement de la Saskatchewan limite la compétence de la Labour Relations Board (la « Commission »), elle le fait de bonne foi et sa décision est justifiée. Les travailleurs de la Saskatchewan qui assurent des services essentiels n’ont pas besoin d’un droit de grève pour faire respecter les droits qu’ils tirent de l’al. 2d).

[164] Premièrement, la *PSESA* facilite la consultation entre employeurs et syndicats sur la désignation des services essentiels. Le droit à la négociation collective protégé à l’al. 2d) ne garantit pas l’obtention d’un résultat donné (*Fraser*, par. 45), mais il appert de la conclusion d’accords sur les services essentiels dans le secteur public sous le régime de la *PSESA* que le droit à une négociation collective véritable n’a fait l’objet d’aucune entrave substantielle dans la province. La première convention collective intervenue après l’entrée en vigueur de la *PSESA* entre la Public Service Commission (la « PSC ») et le Saskatchewan Government and General Employees’ Union (le « SGEU ») pour la période 2009-2012 a été signée seulement huit mois après l’expiration de la convention précédente, soit dans un délai d’au moins trois mois inférieur au délai habituel. La PSC et le SGEU, de même que la PSC et le Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 600, ont également conclu des accords sur les services essentiels. En août 2010, l’Association of Health Organizations de la Saskatchewan s’est entendue avec le Syndicat canadien de la fonction publique, le Service Employees International Union et le SGEU sur le texte de conventions collectives qui ont ensuite été entérinées.

[165] Qui plus est, l’art. 6 de la *PSESA* exige que les employeurs du secteur public négocient avec les syndicats afin de conclure un accord sur les services essentiels. Selon la preuve, ils se sont acquittés de cette obligation de bonne foi. À titre d’exemple, le juge de première instance conclut que les municipalités urbaines, l’Université de Regina et l’Université de la Saskatchewan ont toutes véritablement consulté les syndicats (par. 189). En fait, le gouvernement de la Saskatchewan a *surpassé* les exigences du par. 6(3) de la *PSESA* : la PSC a



which services (other than those relating to health and safety) would be designated as essential in *The Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, Reg. 1. As a result of these consultations, a number of changes were made to the *Regulations*.

[166] Second, this Court determined in both *Health Services* and *Fraser* that s. 2(d) does not entail a right to a dispute resolution mechanism. A violation of s. 2(d) cannot be found here simply on allegations that the legislation does not provide an adequate dispute resolution process. As Rothstein J. observed in dissent in *Mounted Police*, the inconsistency between the majority's position here and the Court's decision in *Fraser* is rendered all the more puzzling when one compares the vulnerability of the agricultural workers in that case, who were found not to require a dispute resolution mechanism, with the greatly enhanced position of the public service providers who now come before this Court.

[167] Finally, the appellants argue that this Court must defer to the trial judge's finding that, in absence of the ability of workers to strike, there can be no assurance that collective bargaining will occur in good faith. As discussed earlier, this mischaracterizes the primary purpose of the strike, which is to exert political and economic pressure, not to ensure good faith collective bargaining, which is protected by statute and, since *Health Services*, by s. 2(d) of the *Charter*.

[168] The statutory balance struck by the Government of Saskatchewan is eminently reasonable. The narrow scope of the LRB's powers of review is justifiable in the essential services context, where public health, safety, and security are at stake. As noted earlier, the Government of Saskatchewan, together with the federal and other provincial governments, has a constitutional commitment to "provid[e] essential public services of reasonable quality to all Canadians"

consulté le SGEU en vue de déterminer quels services (hormis ceux liés à la santé et à la sécurité) seraient tenus pour essentiels suivant le *Public Service Essential Services Regulations*, R.R.S., c. P-42.2, règl. 1. À la suite de ces consultations, nombre de modifications ont été apportées au Règlement.

[166] Deuxièmement, dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*, la Cour statue que l'al. 2d) ne garantit pas le droit à un mécanisme de règlement des différends. À elles seules, les allégations voulant que la PSESA n'offre aucun mécanisme adéquat de règlement des différends ne permettent pas en l'espèce de conclure à la violation des droits protégés par l'al. 2d). Comme le fait observer en dissidence le juge Rothstein dans l'arrêt *Police montée*, l'écart entre l'opinion des juges majoritaires et celle qui sous-tend l'arrêt *Fraser* est encore plus déconcertant dans la mesure où, dans cette autre affaire, les travailleurs agricoles à qui la Cour n'a pas jugé nécessaire d'accorder l'accès à un mécanisme de règlement des différends étaient bien plus vulnérables que ne le sont les préposés aux services publics qui s'adressent aujourd'hui à la Cour.

[167] Enfin, les appelants soutiennent que la Cour doit déférer à la conclusion du juge de première instance selon laquelle, lorsque les travailleurs ne peuvent recourir à la grève, on ne peut être assuré qu'il y aura négociation collective de bonne foi. Nous le répétons, cette affirmation dénature l'objectif premier d'une grève, à savoir exercer une pression politique et économique, et non faire en sorte qu'il y ait négociation collective de bonne foi, ce que garantit la loi et, depuis l'arrêt *Health Services*, l'al. 2d) de la *Charte*.

[168] L'équilibre établi par le législateur en Saskatchewan est éminemment raisonnable. La portée restreinte du pouvoir de révision de la Commission se justifie dans le contexte de la prestation de services essentiels lorsque la santé, la sûreté et la sécurité du public sont en jeu. Rappelons que le gouvernement de la Saskatchewan, de même que le gouvernement fédéral et ses homologues provinciaux, doivent respecter l'engagement constitutionnel de « fournir à

(s. 36(1)(c) of the *Constitution Act, 1982*). In view of this commitment, the Government of Saskatchewan cannot subject itself to arbitral awards that could make it unaffordable for the province to deliver on its undertaking. Yet, that is an inherent concern in constitutionalizing the right to strike and finding that a limitation to this right could only be justified if there is “a meaningful alternative mechanism for resolving bargaining impasses, such as arbitration” (majority reasons, at para. 93). The Government of Saskatchewan was entitled to determine that compulsory arbitration could thwart the goal of the *PSESA*: assuring the continued delivery of essential services during labour actions.

[169] Governments are unlike private businesses: they cannot decide to exit a field of economic activity by no longer providing the particular essential service, they are not able to move the service to a jurisdiction with lower labour costs, and they cannot realistically declare bankruptcy and shut down all operations. Recognition of this context is essential in evaluating the Government of Saskatchewan’s decision to enact some limits on the LRB’s powers of review.

[170] The *PSESA* does not infringe on the right of essential service workers to meaningful, good faith collective bargaining. There is evidence of good faith collective bargaining under the *PSESA*, *Health Services* and *Fraser* confirm that s. 2(d) does not entail a right to a dispute resolution mechanism, and the purpose of strikes in the public sector is to exert political pressure, not to ensure meaningful collective bargaining, as meaningful collective bargaining is already statutorily and constitutionally guaranteed. A right to strike is not required to ensure the s. 2(d) guarantee of freedom of association.

[171] The Government of Saskatchewan has devised a particular legislative framework in order to safeguard the continued delivery of essential services to the community during labour disputes.

tous les Canadiens, à un niveau de qualité acceptable, les services publics essentiels » (al. 36(1)(c) de la *Loi constitutionnelle de 1982*). Le gouvernement de la Saskatchewan ne peut donc pas s’en remettre à des décisions arbitrales susceptibles de faire en sorte que la province n’ait plus les moyens de donner suite à son engagement. Or, c’est exactement ce que font craindre la constitutionnalisation du droit de grève et la conclusion portant que la limitation de ce droit n’est justifiée qu’en présence d’un « autre moyen véritable (tel l’arbitrage) de mettre fin à l’impasse des négociations » (motifs majoritaires, par. 93). Le gouvernement de la Saskatchewan avait le droit de conclure que l’arbitrage obligatoire pouvait compromettre l’objectif de la *PSESA*, à savoir la prestation continue des services essentiels durant un conflit de travail.

[169] L’État se distingue de l’entreprise privée en ce qu’il ne peut ni se retirer d’un secteur d’activité économique et cesser d’assurer le service essentiel en cause, ni confier la prestation du service à une administration dont le coût de la main-d’œuvre est inférieur, ni faire véritablement faillite et fermer tout bonnement ses portes. La reconnaissance de cette contrainte est essentielle dans l’examen de la décision de la Saskatchewan de limiter jusqu’à un certain point le pouvoir de révision de la Commission.

[170] La *PSESA* ne porte pas atteinte au droit des préposés aux services essentiels à un processus véritable de négociation collective de bonne foi. La preuve révèle qu’il y a eu négociation collective de bonne foi sous le régime de la *PSESA*, les arrêts *Health Services* et *Fraser* confirment que l’al. 2d) ne garantit pas le droit à un mécanisme de règlement des différends et le but d’une grève dans le secteur public est d’exercer une pression politique, non de garantir une négociation collective véritable, ce que font déjà la loi et la Constitution. Le droit de grève n’est pas nécessaire à la protection de la liberté d’association garantie à l’al. 2d).

[171] Le gouvernement de la Saskatchewan a conçu un cadre législatif unique afin d’assurer à la collectivité la prestation continue de services essentiels pendant un conflit de travail. La Cour devrait

This Court should defer to the government’s policy choices in balancing the interests of employers, employees, and the public to allow the government to meet its constitutional commitment to deliver these services.

[172] In concluding that the *PSESA* infringes the right to meaningful collective bargaining, the majority fails to apply the substantial interference standard the Court established in recent s. 2(d) jurisprudence. In *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, while concluding the inquiry on a standard of “substantial interference” the majority was nevertheless alive to the fact that the exercise of s. 2(d) rights was “all but impossible” for the appellant agricultural workers (paras. 25 (emphasis deleted) and 48). The majority in *Health Services* used similar language, concluding that “[t]here must be evidence that the freedom would be next to impossible to exercise” (para. 34). In *Fraser*, the majority of this Court held that “[i]n every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals” (para. 46). It was under these circumstances that the standard for substantial interference was developed. Our colleagues overlook this context by applying a lower standard in their constitutional analysis.

[173] Because the *PSESA* does not violate s. 2(d) of the *Charter*, it is unnecessary to engage in an analysis under s. 1.

C. *The PSESA Does Not Violate Section 2(b) of the Charter*

[174] The appellants have made an alternative argument under s. 2(b). They say that the *PSESA* violates workers’ freedom of expression in limiting their ability to participate in strikes. It would not be appropriate to express an opinion on what is an undeveloped record on this point. As was the case before the Court of Appeal, the appellants’ submissions on s. 2(b) are “very much by way of

déferer à ses choix politiques dans l’établissement d’un équilibre entre les intérêts respectifs des employeurs, des employés et du public et lui permettre ainsi de s’acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir de tels services.

[172] Lorsqu’ils concluent que la *PSESA* viole le droit à la négociation collective véritable, nos collègues se gardent d’appliquer le critère de l’entrave substantielle établi récemment par la Cour dans un dossier relatif à l’al. 2d). Dans l’arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, même si elle tranche au regard du critère de l’« [entrave] substantielle », la formation majoritaire demeure consciente de « l’impossibilité » pour les travailleurs agricoles appelants d’exercer les droits garantis par l’al. 2d) (par. 25 (soulignement omis) et 48). Dans l’arrêt *Health Services*, la formation majoritaire s’exprime dans le même sens : « [i]l doit être établi qu’il serait pratiquement impossible d’exercer la liberté constitutionnelle en question » (par. 34). Dans *Fraser*, la Cour opine que « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l’action collective visant la réalisation d’objectifs liés au travail » (par. 46). C’est sur cette toile de fond qu’a vu le jour le critère de l’entrave substantielle. Nos collègues en font aujourd’hui abstraction et appliquent un critère moins strict dans le cadre de leur analyse constitutionnelle.

[173] Comme la *PSESA* ne porte pas atteinte aux droits garantis à l’al. 2d) de la *Charte*, il n’est pas nécessaire de se livrer à une analyse fondée sur l’article premier.

C. *La PSESA ne porte pas atteinte aux droits garantis par l’al. 2b) de la Charte*

[174] Les appelants invoquent l’al. 2b) à titre subsidiaire et soutiennent que la *PSESA* porte atteinte à la liberté d’expression des travailleurs en ce qu’elle limite leur faculté de participer à une grève. Il ne convient pas de se prononcer sur ce point, le dossier n’étant pas suffisamment étoffé pour le faire. Comme devant la Cour d’appel, leur thèse fondée sur l’al. 2b) est avancée [TRADUCTION]

a secondary argument” (para. 72). Having pursued a detailed argument in respect of s. 2(d), the appellants expend little effort in their s. 2(b) arguments. It would be ill advised to undertake an evaluation of a *Charter* argument in the absence of substantive arguments on the issue.

D. *The Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26, Does Not Violate Section 2(d) of the Charter*

[175] We agree with the majority that *The Trade Union Amendment Act, 2008* (“*TUAA*”) does not infringe freedom of association. Amending the process for certification and decertification and allowing an employer to communicate “facts and its opinions to its employees” (*TUAA*, s. 6) does not render meaningful collective bargaining effectively impossible nor does it substantially interfere with this process.

### III. Conclusion

[176] Neither the *PSESA* nor the *TUAA* infringes s. 2(d) of the *Charter*. We would dismiss the appeal with costs. We would answer the constitutional questions as follows:

1. Does *The Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2*, in whole or in part, infringe s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

3. Does *The Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2*, in whole or in part, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

« à titre très accessoire » (par. 72). Alors qu’ils offrent une argumentation détaillée sur l’application de l’al. 2d), les appelants étayaient bien peu leur thèse fondée sur l’al. 2b). Il serait inopportun de se prononcer sur le point constitutionnel soulevé à défaut d’arguments substantiels à l’appui.

D. *La loi intitulée The Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26, ne contrevient pas à l’al. 2d) de la Charte*

[175] Nous convenons avec les juges majoritaires que la *Trade Union Amendment Act, 2008* (« *TUAA* ») ne porte pas atteinte à la liberté d’association. Modifier le processus d’accréditation et de révocation de l’accréditation et permettre à l’employeur de communiquer [TRADUCTION] « des faits et des opinions à ses salariés » (*TUAA*, art. 6) ne fait pas obstacle à un processus véritable de négociation collective, ni n’entrave substantiellement ce processus.

### III. Conclusion

[176] Ni la *PSESA* ni la *TUAA* ne portent atteinte aux droits garantis par l’al. 2d) de la *Charte*. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. La *Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2*, en tout ou en partie, viole-t-elle l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Dans l’affirmative, s’agit-il d’une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique conformément à l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

3. La *Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2*, en tout ou en partie, viole-t-elle l’al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

5. Do ss. 3, 6, 7 and 11 of *The Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, in whole or in part, infringe s. 2(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is unnecessary to answer this question.

*Appeal allowed in part with costs, ROTHSTEIN and WAGNER JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellants: Gerrand Rath Johnson, Regina; Victory Square Law Office, Vancouver; The W Law Group, Saskatoon.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General for Saskatchewan, Regina.*

*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, Québec.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

5. Les articles 3, 6, 7 et 11 de la *Trade Union Amendment Act, 2008*, S.S. 2008, c. 26, en tout ou en partie, violent-ils l'al. 2d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il est inutile de répondre à la question.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges ROTHSTEIN et WAGNER sont dissidents en partie.*

*Procureurs des appelants : Gerrand Rath Johnson, Regina; Victory Square Law Office, Vancouver; The W Law Group, Saskatoon.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

*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, Québec.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.*

*Solicitors for the intervener the Saskatchewan Union of Nurses: Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant Saskatchewan Union of Nurses : Bainbridge Jodouin Cheecham, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener SEIU-West: Plaxton & Company, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant SEIU-West : Plaxton & Company, Saskatoon.*

*Solicitors for the interveners the United Nurses of Alberta and the Alberta Federation of Labour: Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Procureurs des intervenants United Nurses of Alberta et Alberta Federation of Labour : Chivers Carpenter, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Professional Institute of the Public Service of Canada: Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Constitution Foundation: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Canadian Constitution Foundation : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Air Canada Pilots' Association: Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des pilotes d'Air Canada : Nelligan O'Brien Payne, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore Edgar Lyster, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore Edgar Lyster, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Conseil du patronat du Québec: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Employers Council: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des employeurs : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Canadian Union of Postal Workers and the International Association of Machinists and Aerospace Workers: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes et l'Association internationale des machinistes et des travailleurs et travailleuses de l'aérospatiale : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the British Columbia Teachers' Federation and the Hospital Employees' Union: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Alberta Union of Provincial Employees: Nugent Law Office, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, the Cypress Regional Health Authority, the Five Hills Regional Health Authority, the Heartland Regional Health Authority, the Sunrise Regional Health Authority, the Prince Albert Parkland Regional Health Authority and the Saskatoon Regional Health Authority: Saskatoon Regional Health Authority, Saskatoon; MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener the National Union of Public and General Employees: Champ & Associates, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Canada Post Corporation and Air Canada: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs des intervenants British Columbia Teachers' Federation et Hospital Employees' Union : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant Alberta Union of Provincial Employees : Nugent Law Office, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes Regina Qu'Appelle Regional Health Authority, Cypress Regional Health Authority, Five Hills Regional Health Authority, Heartland Regional Health Authority, Sunrise Regional Health Authority, Prince Albert Parkland Regional Health Authority et Saskatoon Regional Health Authority : Saskatoon Regional Health Authority, Saskatoon; MacPherson Leslie & Tyerman, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenant le Syndicat national des employées et employés généraux du secteur public : Champ & Associates, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes la Société canadienne des postes et Air Canada : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca





**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2015 Vol. 1**

**2<sup>e</sup> cahier, 2015 Vol. 1**

Cited as [2015] 1 S.C.R. 331-611

Renvoi [2015] 1 R.C.S. 331-611

---

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 adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

	Legal Counsel / Conseillers juridiques	
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

	Jurilinguists / Jurilinguistes	
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

	Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN	
MONIQUE DELORME	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN	

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

	Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE	

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

### **Carter v. Canada (Attorney General) ..... 331**

Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying — Whether prohibition interferes with protected core of provincial jurisdiction over health — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Competent adult with grievous and irremediable medical condition causing enduring suffering consenting to termination of life with physician assistance — Whether Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Constitutional challenge of Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying seeking declaration of invalidity of provisions and free-standing constitutional exemption for claimants — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms should be granted.

Courts — Costs — Special costs — Principles governing exercise of courts' discretionary power to grant special costs on full indemnity basis — Trial judge awarding special costs to successful plaintiffs on basis that award justified by public interest, and ordering Attorney General intervening as of right to pay amount proportional to participation in proceedings — Whether special costs should be awarded to cover entire expense of bringing case before courts — Whether award against Attorney General justified.

### **R. v. Goleski ..... 399**

Criminal law — Motor vehicles — Failure to provide breath sample — Burden of proof applicable to demonstration of "reasonable excuse" for refusal to provide breath sample — Accused bears persuasive burden of proving excuse — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 794(2).

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

### **Carter c. Canada (Procureur général) ..... 331**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir — La prohibition entrave-t-elle le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Adulte capable affecté de problèmes de santé graves et irrémédiables qui lui causent des souffrances persistantes consentant à mettre fin à ses jours avec l'aide d'un médecin — Les dispositions du Code criminel qui prohibent l'aide d'un médecin pour mourir violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Faisabilité — Contestation constitutionnelle par les demandeurs des dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir en vue d'obtenir une déclaration d'invalidité des dispositions et une exemption constitutionnelle autonome — Opportunité d'accorder une exemption constitutionnelle aux termes de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Tribunaux — Dépens — Dépens spéciaux — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale — Juge de première instance accordant des dépens spéciaux aux demandeurs qui ont gain de cause parce que l'intérêt public le justifie et condamnant la procureure générale, qui est intervenue de plein droit, à payer une somme proportionnelle à sa participation à l'instance — Faut-il accorder des dépens spéciaux couvrant la totalité des dépenses engagées pour porter l'affaire devant les tribunaux? — La condamnation aux dépens prononcée contre la procureure générale est-elle justifiée?

### **R. c. Goleski ..... 399**

Droit criminel — Véhicules automobiles — Omission de fournir un échantillon d'haleine — Fardeau de preuve applicable à la démonstration de l'existence d'une « excuse raisonnable » pour refuser de fournir un échantillon d'haleine — Imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à la preuve de l'existence d'une excuse — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 794(2).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada ..... 401**

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Search and seizure — Solicitor-client privilege — Lawyer's duty of commitment to client's cause — Whether Canada's anti-money laundering and anti-terrorist financing legislation, as it applies to legal profession, infringes right to be free of unreasonable searches and seizures — Whether legislation infringes right not to be deprived of liberty otherwise than in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringements justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 5(i), 5(j), 62, 63, 63.1, 64 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002-184, ss. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.

### **R. v. Perrone ..... 473**

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Assessment — Credibility and reliability — Court of Appeal correct in finding that trial judge gave proper consideration to issue of reliability and issue of credibility, when assessing complainant's evidence.

### **R. v. Grant ..... 475**

Criminal law — Defences — Evidence — Admissibility — Unknown third party suspect — Accused denied involvement in abduction-murder case — Accused sought to adduce evidence at trial that unknown third party suspect involved in similar alleged abduction which accused could not have committed — Trial judge found on balance of probabilities that alleged abduction had not happened and refused to admit evidence — Appropriate framework for determining admissibility of defence-led evidence concerning unknown third party suspect — To what extent framework requires trial judge to assess and weigh evidence of unknown third party suspect.

### **Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Commission ..... 500**

Employment law — Constructive dismissal — Administrative suspension — Commission suspending Executive Director indefinitely with pay — Commission alleging

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada ..... 401**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel de l'avocat — Devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client — Les dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes qui s'appliquent aux avocats portent-elles atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — La législation porte-t-elle atteinte au droit de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, les atteintes sont-elles justifiables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, c. 17, art. 5(i), 5(j), 62, 63, 63.1, 64 — Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, DORS/2002-184, art. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.

### **R. c. Perrone ..... 473**

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Appréciation — Crédibilité et fiabilité — La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge du procès avait adéquatement considéré la question de la crédibilité et celle de la fiabilité en appréciant le témoignage de la plaignante.

### **R. c. Grant ..... 475**

Droit criminel — Moyens de défense — Preuve — Admissibilité — Tiers suspect inconnu — Participation à l'enlèvement et au meurtre niée par l'accusé — Demande de l'accusé en vue de produire au procès la preuve qu'un tiers suspect inconnu aurait participé à un présumé enlèvement similaire que l'accusé n'aurait pas pu commettre — Conclusion du juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que le présumé enlèvement n'avait pas été commis, et refus par le juge d'admettre la preuve — Cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu — Mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve de l'existence d'un tiers suspect inconnu.

### **Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick ..... 500**

Droit de l'emploi — Congédiement déguisé — Suspension administrative — Suspension de son directeur général par la Commission pendant une période indéfinie,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

that suspension was authorized by express or implied term of contract — Whether administrative suspension constitutes unilateral act that amounts to breach of employment contract — If so, whether decision to suspend could reasonably be perceived as having substantially changed essential terms of contract.

Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Employee drawing pension benefits upon dismissal — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal — If not, whether s. 16 of Public Service Superannuation Act displaces private insurance exception and precludes employee from collecting both pension benefits and equivalent of salary — Public Service Superannuation Act, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.

### **R. v. Araya ..... 581**

Criminal law — Charge to jury — Evidence — Admissibility — Limiting instructions — Characterization of witness's testimony — Accused convicted of manslaughter — Accused's appearance changing between time of offence and time of trial — Whether photographs of accused taken days after offence admissible — Whether trial judge's instructions to jury on use it could make of photographs of accused insufficient — Whether trial judge erred in jury instructions by referring to witness's account of conversation with accused as confession.

## SOMMAIRE (Fin)

avec salaire — Allégation de la Commission selon laquelle le contrat autorisait expressément ou tacitement la suspension — La suspension administrative constitue-t-elle un acte unilatéral équivalant à une violation du contrat de travail? — Dans l'affirmative, la décision d'y recourir pouvait-elle raisonnablement être considérée comme une modification substantielle des conditions essentielles du contrat?

Droit de l'emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Prestations de retraite touchées par le salarié au moment de son congédiement — Ces prestations doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié? — Dans la négative, l'art. 16 de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics écarte-t-il l'exception relative à l'assurance privée et empêche-t-il le salarié de toucher simultanément des prestations de retraite et l'équivalent de son salaire? — Loi sur la pension de retraite dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.

### **R. c. Araya ..... 581**

Droit criminel — Exposé au jury — Preuve — Admissibilité — Directives restrictives — Qualification du témoignage d'un témoin — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Modification de l'apparence de l'accusé entre la perpétration de l'infraction et la tenue du procès — Les photos de l'accusé prises quelques jours après l'infraction étaient-elles admissibles? — Les directives du juge du procès sur l'usage que le jury pouvait en faire étaient-elles insuffisantes? — Dans son exposé, le juge a-t-il eu tort de décrire les propos de l'accusé relatés par un témoin comme un aveu?

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

- and -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Gloria Taylor** *Appellants*

v.

**Attorney General of Canada and  
Attorney General of  
British Columbia** *Respondents*

and

**Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Council of Canadians with Disabilities,  
Canadian Association for Community Living,  
Christian Legal Fellowship,  
Canadian HIV/AIDS Legal Network,  
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,  
Association for Reformed Political  
Action Canada,  
Physicians' Alliance against Euthanasia,  
Evangelical Fellowship of Canada,  
Christian Medical and Dental Society of Canada,  
Canadian Federation of Catholic  
Physicians' Societies, Dying With Dignity,  
Canadian Medical Association,  
Catholic Health Alliance of Canada,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Farewell Foundation for the Right to Die,  
Association québécoise pour  
le droit de mourir dans la dignité,  
Canadian Civil Liberties Association,  
Catholic Civil Rights League,**

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique  
et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

- et -

**Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet,  
Association des libertés civiles de la Colombie-  
Britannique et Gloria Taylor** *Appelants*

c.

**Procureur général du Canada  
et procureure générale de la  
Colombie-Britannique** *Intimés*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureure générale du Québec,  
Conseil des Canadiens avec déficiences,  
Association canadienne pour  
l'intégration communautaire,  
Alliance des chrétiens en droit,  
Réseau juridique canadien VIH/sida,  
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,  
Association for Reformed Political  
Action Canada,  
Collectif des médecins contre l'euthanasie,  
Alliance évangélique du Canada,  
Christian Medical and Dental Society of Canada,  
Canadian Federation of Catholic  
Physicians' Societies, Dying With Dignity,  
Association médicale canadienne,  
Alliance catholique canadienne de la santé,  
Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Farewell Foundation for the Right to Die,  
Association québécoise pour le droit  
de mourir dans la dignité,  
Association canadienne des libertés civiles,**

**Faith and Freedom Alliance,  
Protection of Conscience Project,  
Alliance of People With Disabilities Who are  
Supportive of Legal Assisted Dying Society,  
Canadian Unitarian Council,  
Euthanasia Prevention Coalition and  
Euthanasia Prevention Coalition —  
British Columbia** *Interveners*

**Ligue catholique des droits de l'homme,  
Faith and Freedom Alliance,  
Protection of Conscience Project,  
Alliance of People With Disabilities Who are  
Supportive of Legal Assisted Dying Society,  
Conseil unitarien du Canada,  
Coalition pour la prévention de l'euthanasie  
et Euthanasia Prevention Coalition —  
British Columbia** *Intervenants*

**INDEXED AS: CARTER v. CANADA (ATTORNEY  
GENERAL)**

**2015 SCC 5**

File No.: 35591.

2014: October 15; 2015: February 6.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

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

*Constitutional law — Division of powers — Inter-jurisdictional immunity — Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying — Whether prohibition interferes with protected core of provincial jurisdiction over health — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Competent adult with grievous and irremediable medical condition causing enduring suffering consenting to termination of life with physician assistance — Whether Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(b).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Constitutional challenge of Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying seeking declaration of invalidity of provisions and free-standing constitutional exemption for claimants — Whether constitutional exemption*

**RÉPERTORIÉ : CARTER c. CANADA (PROCUREUR  
GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 5**

N° du greffe : 35591.

2014 : 15 octobre; 2015 : 6 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir — La prohibition entrave-t-elle le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Adulte capable affecté de problèmes de santé graves et irrémédiables qui lui causent des souffrances persistantes consentant à mettre fin à ses jours avec l'aide d'un médecin — Les dispositions du Code criminel qui prohibent l'aide d'un médecin pour mourir violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241b).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Faisabilité — Contestation constitutionnelle par les demandeurs des dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir en vue d'obtenir une déclaration d'invalidité des dispositions et une exemption constitutionnelle*

*under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms should be granted.*

*Courts — Costs — Special costs — Principles governing exercise of courts' discretionary power to grant special costs on full indemnity basis — Trial judge awarding special costs to successful plaintiffs on basis that award justified by public interest, and ordering Attorney General intervening as of right to pay amount proportional to participation in proceedings — Whether special costs should be awarded to cover entire expense of bringing case before courts — Whether award against Attorney General justified.*

Section 241(b) of the *Criminal Code* says that everyone who aids or abets a person in committing suicide commits an indictable offence, and s. 14 says that no person may consent to death being inflicted on them. Together, these provisions prohibit the provision of assistance in dying in Canada. After T was diagnosed with a fatal neurodegenerative disease in 2009, she challenged the constitutionality of the *Criminal Code* provisions prohibiting assistance in dying. She was joined in her claim by C and J, who had assisted C's mother in achieving her goal of dying with dignity by taking her to Switzerland to use the services of an assisted suicide clinic; a physician who would be willing to participate in physician-assisted dying if it were no longer prohibited; and the British Columbia Civil Liberties Association. The Attorney General of British Columbia participated in the constitutional litigation as of right.

The trial judge found that the prohibition against physician-assisted dying violates the s. 7 rights of competent adults who are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition and concluded that this infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. She declared the prohibition unconstitutional, granted a one-year suspension of invalidity and provided T with a constitutional exemption. She awarded special costs in favour of the plaintiffs on the ground that this was justified by the public interest in resolving the legal issues raised by the case, and awarded 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia in light of the full and active role it assumed in the proceedings.

*autonome — Opportunité d'accorder une exemption constitutionnelle aux termes de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

*Tribunaux — Dépens — Dépens spéciaux — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale — Juge de première instance accordant des dépens spéciaux aux demandeurs qui ont gain de cause parce que l'intérêt public le justifie et condamnant la procureure générale, qui est intervenue de plein droit, à payer une somme proportionnelle à sa participation à l'instance — Faut-il accorder des dépens spéciaux couvrant la totalité des dépenses engagées pour porter l'affaire devant les tribunaux? — La condamnation aux dépens prononcée contre la procureure générale est-elle justifiée?*

Aux termes de l'al. 241b) du *Code criminel*, quiconque aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort commet un acte criminel, et selon l'art. 14, nul ne peut consentir à ce que la mort lui soit infligée. Ensemble, ces dispositions prohibent au Canada la prestation de l'aide à mourir. Après avoir appris en 2009 qu'elle souffrait d'une maladie neurodégénérative fatale, T a contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prohibent l'aide à mourir. Se sont joints à sa demande C et J, qui avaient aidé la mère de C à réaliser son souhait de mourir dans la dignité en l'emmenant en Suisse pour qu'elle puisse recourir aux services d'une clinique d'aide au suicide; se sont aussi joints un médecin disposé à participer à un processus d'aide médicale à la mort si la prohibition était levée, et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique. La procureure générale de la Colombie-Britannique a participé de plein droit au litige constitutionnel.

La juge de première instance a conclu que la prohibition de l'aide médicale à mourir viole les droits que l'art. 7 garantit aux adultes capables voués à d'intolérables souffrances causées par des problèmes de santé graves et irrémédiables et a aussi conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré la prohibition inconstitutionnelle, a suspendu pour un an la prise d'effet de la déclaration d'invalidité et a accordé à T une exemption constitutionnelle. Elle a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs parce qu'une telle mesure était justifiée par l'intérêt du public à ce que soient tranchées les questions de droit en litige, et elle a condamné la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens du fait qu'elle avait participé pleinement et activement à l'instance.



The majority of the Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the trial judge was bound to follow this Court's decision in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, where a majority of the Court upheld the blanket prohibition on assisted suicide. The dissenting judge found no errors in the trial judge's assessment of *stare decisis*, her application of s. 7 or the corresponding analysis under s. 1. However, he concluded that the trial judge was bound by the conclusion in *Rodriguez* that any s. 15 infringement was saved by s. 1.

*Held:* The appeal should be allowed. Section 241(b) and s. 14 of the *Criminal Code* unjustifiably infringe s. 7 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. The declaration of invalidity is suspended for 12 months. Special costs on a full indemnity basis are awarded against Canada throughout. The Attorney General of British Columbia will bear responsibility for 10 percent of the costs at trial on a full indemnity basis and will pay the costs associated with its presence at the appellate levels on a party-and-party basis.

The trial judge was entitled to revisit this Court's decision in *Rodriguez*. Trial courts may reconsider settled rulings of higher courts in two situations: (1) where a new legal issue is raised; and (2) where there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. Here, both conditions were met. The argument before the trial judge involved a different legal conception of s. 7 than that prevailing when *Rodriguez* was decided. In particular, the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality had materially advanced since *Rodriguez*. The matrix of legislative and social facts in this case also differed from the evidence before the Court in *Rodriguez*.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel pour le motif que la juge de première instance était tenue de suivre la décision de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, dans laquelle les juges majoritaires de la Cour ont confirmé l'interdiction générale de l'aide au suicide. Le juge dissident n'a relevé aucune erreur dans l'examen, par la juge de première instance, du principe du *stare decisis*, dans l'application qu'elle a faite de l'art. 7, ni dans l'analyse correspondante fondée sur l'article premier. Il a toutefois conclu qu'elle était liée par la conclusion de l'arrêt *Rodriguez* selon laquelle toute violation de l'art. 15 était sauvegardée par l'article premier.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. La prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue pendant 12 mois. Le Canada est condamné à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale devant toutes les cours. La procureure générale de la Colombie-Britannique doit assumer la responsabilité de 10 pour 100 des dépens du procès sur la base de l'indemnisation intégrale, et elle est condamnée aux dépens associés à sa participation devant les cours d'appel sur la base partie-partie.

La juge de première instance pouvait réexaminer la décision rendue par notre Cour dans *Rodriguez*. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. En l'espèce, ces deux conditions étaient réunies. L'argument présenté à la juge de première instance reposait sur une conception juridique de l'art. 7 différente de celle qui avait cours lors du prononcé de l'arrêt *Rodriguez*. Plus particulièrement, le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l'arrêt *Rodriguez*. L'ensemble des faits législatifs et sociaux dans l'affaire qui nous occupe différait également des éléments de preuve soumis à la Cour dans l'affaire *Rodriguez*.

The prohibition on assisted suicide is, in general, a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, and it does not impair the protected core of the provincial jurisdiction over health. Health is an area of concurrent jurisdiction, which suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government, depending on the circumstances and the focus of the legislation. On the basis of the record, the interjurisdictional immunity claim cannot succeed.

Insofar as they prohibit physician-assisted dying for competent adults who seek such assistance as a result of a grievous and irremediable medical condition that causes enduring and intolerable suffering, ss. 241(b) and 14 of the *Criminal Code* deprive these adults of their right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*. The right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, either directly or indirectly. Here, the prohibition deprives some individuals of life, as it has the effect of forcing some individuals to take their own lives prematurely, for fear that they would be incapable of doing so when they reached the point where suffering was intolerable. The rights to liberty and security of the person, which deal with concerns about autonomy and quality of life, are also engaged. An individual's response to a grievous and irremediable medical condition is a matter critical to their dignity and autonomy. The prohibition denies people in this situation the right to make decisions concerning their bodily integrity and medical care and thus trenches on their liberty. And by leaving them to endure intolerable suffering, it impinges on their security of the person.

The prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. The object of the prohibition is not, broadly, to preserve life whatever the circumstances, but more specifically to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness. Since a total ban on assisted suicide clearly helps achieve this object, individuals' rights are not deprived arbitrarily. However, the prohibition catches people outside the class of protected persons. It follows that the limitation on their

La prohibition de l'aide au suicide constitue généralement un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel conférée au gouvernement fédéral par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et n'empiète pas sur le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé. La santé est un domaine de compétence concurrente, ce qui laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent valablement légiférer sur des aspects de l'aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l'objet du texte législatif. Compte tenu du dossier qui a été soumis à la Cour, la prétention fondée sur l'exclusivité des compétences ne peut être retenue.

Dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir que peuvent demander des adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables, l'al. 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* privent ces adultes du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort. En l'espèce, la prohibition prive certaines personnes de la vie car elle a pour effet de forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie, par crainte d'être incapables de la faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables. Les droits à la liberté et à la sécurité de la personne, qui traitent des préoccupations au sujet de l'autonomie et de la qualité de la vie, sont également en jeu. La réaction d'une personne à des problèmes de santé graves et irrémédiables est primordiale pour sa dignité et son autonomie. La prohibition prive les personnes se trouvant dans cette situation du droit de prendre des décisions relatives à leur intégrité corporelle et aux soins médicaux et elle empiète ainsi sur leur liberté. Et en leur laissant subir des souffrances intolérables, elle empiète sur la sécurité de leur personne.

La prohibition de l'aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La prohibition n'a pas pour objet, envisagé largement, de préserver la vie peu importe les circonstances, mais plus précisément d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse. Puisque la prohibition absolue de l'aide au suicide favorise clairement la réalisation de cet objet, il n'y a pas privation arbitraire de droits individuels. Cependant, la prohibition s'applique à des

rights is in at least some cases not connected to the objective and that the prohibition is thus overbroad. It is unnecessary to decide whether the prohibition also violates the principle against gross disproportionality.

Having concluded that the prohibition on physician-assisted dying violates s. 7, it is unnecessary to consider whether it deprives adults who are physically disabled of their right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*.

Sections 241(b) and 14 of the *Criminal Code* are not saved by s. 1 of the *Charter*. While the limit is prescribed by law and the law has a pressing and substantial objective, the prohibition is not proportionate to the objective. An absolute prohibition on physician-assisted dying is rationally connected to the goal of protecting the vulnerable from taking their life in times of weakness, because prohibiting an activity that poses certain risks is a rational method of curtailing the risks. However, as the trial judge found, the evidence does not support the contention that a blanket prohibition is necessary in order to substantially meet the government's objective. The trial judge made no palpable and overriding error in concluding, on the basis of evidence from scientists, medical practitioners, and others who are familiar with end-of-life decision-making in Canada and abroad, that a permissive regime with properly designed and administered safeguards was capable of protecting vulnerable people from abuse and error. It was also open to her to conclude that vulnerability can be assessed on an individual basis, using the procedures that physicians apply in their assessment of informed consent and decisional capacity in the context of medical decision-making more generally. The absolute prohibition is therefore not minimally impairing. Given this conclusion, it is not necessary to weigh the impacts of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good.

The appropriate remedy is not to grant a free-standing constitutional exemption, but rather to issue a declaration of invalidity and to suspend it for 12 months. Nothing in this declaration would compel physicians to provide assistance in dying. The *Charter* rights of patients and

personnes qui n'entrent pas dans la catégorie des personnes protégées. Il s'ensuit que la restriction de leurs droits n'a, dans certains cas du moins, aucun lien avec l'objectif et que la portée de la prohibition est de ce fait excessive. Il n'est pas nécessaire de décider si la prohibition contrevient aussi au principe selon lequel elle ne doit pas avoir un caractère totalement disproportionné.

Comme nous avons conclu que la prohibition de l'aide médicale à mourir viole l'art. 7, point n'est besoin d'examiner si elle prive les adultes affectés d'un handicap physique de leur droit à un traitement égal garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

L'alinéa 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* ne sont pas sauvegardés par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la limite soit prescrite par une règle de droit et que la loi vise un objectif urgent et réel, la prohibition n'est pas proportionnée à son objectif. Il existe un lien rationnel entre une prohibition absolue de l'aide médicale à mourir et l'objectif qui consiste à empêcher que les personnes vulnérables s'enlèvent la vie dans un moment de faiblesse, parce que prohiber une activité qui pose certains risques constitue un moyen rationnel de réduire les risques. Toutefois, la juge de première instance a conclu que la preuve n'étaye pas la prétention qu'une prohibition générale est nécessaire pour réaliser de façon substantielle les objectifs de l'État. La juge n'a pas commis une erreur manifeste et dominante en concluant, sur la foi des témoignages de scientifiques, de praticiens de la santé et d'autres personnes qui connaissent bien la prise de décisions concernant la fin de vie au Canada et à l'étranger, qu'un régime permissif comportant des garanties adéquatement conçues et appliquées pouvait protéger les personnes vulnérables contre les abus et les erreurs. Elle pouvait également conclure que la vulnérabilité peut être évaluée au cas par cas au moyen des procédures suivies par les médecins lorsqu'ils évaluent le consentement éclairé et la capacité décisionnelle dans le contexte de la prise de décisions d'ordre médical de façon plus générale. La prohibition absolue ne constitue donc pas une atteinte minimale. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public.

La réparation appropriée consiste non pas à accorder une exemption constitutionnelle autonome, mais plutôt à prononcer une déclaration d'invalidité et de suspendre la prise d'effet de son application pendant 12 mois. Rien dans cette déclaration ne contraindrait les médecins à

physicians will need to be reconciled in any legislative and regulatory response to this judgment.

The appellants are entitled to an award of special costs on a full indemnity basis to cover the entire expense of bringing this case before the courts. A court may depart from the usual rule on costs and award special costs where two criteria are met. First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not been previously resolved or that they transcend individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. Finally, only those costs that are shown to be reasonable and prudent will be covered by the award of special costs. Here, the trial judge did not err in awarding special costs in the truly exceptional circumstances of this case. It was also open to her to award 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia in light of the full and active role it played in the proceedings. The trial judge was in the best position to determine the role taken by that Attorney General and the extent to which it shared carriage of the case.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **applied:** *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; **disapproved:** *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; **referred to:** *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, ECHR 2002-III; *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19; *R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R.

dispenser une aide médicale à mourir. La réponse législative ou réglementaire au présent jugement devra concilier les droits garantis par la *Charte* aux patients et aux médecins.

Les appelants ont droit à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale afin de couvrir la totalité des dépenses engagées pour porter cette affaire devant les tribunaux. Un tribunal peut déroger à la règle habituelle en matière de dépens et octroyer des dépens spéciaux lorsque deux critères sont respectés. Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. Enfin, seuls les frais dont on établit le caractère raisonnable et prudent seront couverts par l'octroi de dépens spéciaux. En l'espèce, la juge de première instance n'a pas commis une erreur en adjugeant des dépens spéciaux dans les circonstances vraiment exceptionnelles de cette affaire. Elle pouvait également condamner la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens puisque cette dernière avait participé pleinement et activement à l'instance. La juge était la mieux placée pour apprécier la participation de la procureure générale et la mesure dans laquelle celle-ci a partagé la responsabilité du dossier.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêt appliqué :** *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; **arrêt critiqué :** *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; **arrêts mentionnés :** *Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco c. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III; *Fleming c. Ireland*, [2013] IESC 19; *R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Nation Tsilhqot'in c.*

256; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Chaoulli v. Québec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hegeman v. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; *Polglase v. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 [not yet in force].  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 15.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91, 92.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 21, 22, 212(1)(j), 222, 241.

### Authors Cited

Singleton, Thomas J. "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Newbury and Saunders J.J.A.), 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th

*Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hegeman c. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; *Polglase c. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 15.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 21, 22, 212(1)j), 222, 241.  
*Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 [non encore en vigueur].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

### Doctrine et autres documents cités

Singleton, Thomas J. « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Saunders), 2013 BCCA

213, 302 C.C.C. (3d) 26, 365 D.L.R. (4th) 351, 293 C.R.R. (2d) 109, 345 B.C.A.C. 232, 589 W.A.C. 232, [2014] 1 W.W.R. 211, [2013] B.C.J. No. 2227 (QL), 2013 CarswellBC 3051 (WL Can.), setting aside decisions of Smith J., 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, 261 C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1196 (QL), 2012 CarswellBC 1752 (WL Can.); and 2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224, [2012] B.C.J. No. 2259 (QL), 2012 CarswellBC 3388 (WL Can.). Appeal allowed.

*Joseph J. Arvay, Q.C., Sheila M. Tucker and Alison M. Latimer*, for the appellants.

*Robert J. Frater and Donnaree Nygard*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Bryant Mackey*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

*S. Zachary Green*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Jean-Yves Bernard and Sylvain Leboeuf*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*David Baker and Emily Shepard*, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living.

*Gerald D. Chipeur, Q.C.*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Gordon Capern, Michael Fenrick, Richard Elliott and Ryan Peck*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

*André Schutten*, for the intervener the Association for Reformed Political Action Canada.

*Pierre Bienvenu, Andres C. Garin and Vincent Rochette*, for the intervener the Physicians' Alliance against Euthanasia.

435, 51 B.C.L.R. (5th) 213, 302 C.C.C. (3d) 26, 365 D.L.R. (4th) 351, 293 C.R.R. (2d) 109, 345 B.C.A.C. 232, 589 W.A.C. 232, [2014] 1 W.W.R. 211, [2013] B.C.J. No. 2227 (QL), 2013 CarswellBC 3051 (WL Can.), qui a infirmé des décisions de la juge Smith, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, 261 C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1196 (QL), 2012 CarswellBC 1752 (WL Can.); et 2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224, [2012] B.C.J. No. 2259 (QL), 2012 CarswellBC 3388 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Joseph J. Arvay, c.r., Sheila M. Tucker et Alison M. Latimer*, pour les appelants.

*Robert J. Frater et Donnaree Nygard*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Bryant Mackey*, pour l'intimée la procureure générale de la Colombie-Britannique.

*S. Zachary Green*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jean-Yves Bernard et Sylvain Leboeuf*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

*David Baker et Emily Shepard*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

*Gerald D. Chipeur, c.r.*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Gordon Capern, Michael Fenrick, Richard Elliott et Ryan Peck*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

*André Schutten*, pour l'intervenante Association for Reformed Political Action Canada.

*Pierre Bienvenu, Andres C. Garin et Vincent Rochette*, pour l'intervenant le Collectif des médecins contre l'euthanasie.

*Geoffrey Trotter*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

*Albertos Polizogopoulos*, for the interveners the Christian Medical and Dental Society of Canada and the Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies.

Written submissions only by *Cynthia Petersen* and *Kelly Doctor*, for the intervener Dying With Dignity.

*Harry Underwood* and *Jessica Prince*, for the intervener the Canadian Medical Association.

*Albertos Polizogopoulos* and *Russell G. Gibson*, for the intervener the Catholic Health Alliance of Canada.

*Marlys A. Edwardh* and *Daniel Sheppard*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jason B. Gratl*, for the interveners the Farewell Foundation for the Right to Die and Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

*Christopher D. Bredt* and *Margot Finley*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Robert W. Staley*, *Ranjan K. Agarwal*, *Jack R. Maslen* and *Philip H. Horgan*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and the Protection of Conscience Project.

*Angus M. Gunn, Q.C.*, and *Duncan A. W. Ault*, for the intervener the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

*Tim Dickson* and *Ryan J. M. Androsoff*, for the intervener the Canadian Unitarian Council.

*Hugh R. Scher*, for the interveners the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

*Geoffrey Trotter*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

*Albertos Polizogopoulos*, pour les intervenantes Christian Medical and Dental Society of Canada et Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen* et *Kelly Doctor*, pour l'intervenante Dying With Dignity.

*Harry Underwood* et *Jessica Prince*, pour l'intervenante l'Association médicale canadienne.

*Albertos Polizogopoulos* et *Russell G. Gibson*, pour l'intervenante l'Alliance catholique canadienne de la santé.

*Marlys A. Edwardh* et *Daniel Sheppard*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Jason B. Gratl*, pour les intervenantes Farewell Foundation for the Right to Die et l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

*Christopher D. Bredt* et *Margot Finley*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Robert W. Staley*, *Ranjan K. Agarwal*, *Jack R. Maslen* et *Philip H. Horgan*, pour les intervenants la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et Protection of Conscience Project.

*Angus M. Gunn, c.r.*, et *Duncan A. W. Ault*, pour l'intervenante Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

*Tim Dickson* et *Ryan J. M. Androsoff*, pour l'intervenant le Conseil unitarien du Canada.

*Hugh R. Scher*, pour les intervenantes la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Background</u> .....	5
III. <u>Statutory Provisions</u> .....	19
IV. <u>Judicial History</u> .....	22
A. <i>British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1</i> .....	22
B. <i>British Columbia Court of Appeal, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213</i> .....	34
V. <u>Issues on Appeal</u> .....	40
VI. <u>Was the Trial Judge Bound by Rodriguez?</u> .....	42
VII. <u>Does the Prohibition Interfere With the “Core” of the Provincial Jurisdiction Over Health?</u> .....	49
VIII. <u>Section 7</u> .....	54
A. <i>Does the Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?</i> .....	57
(1) <u>Life</u> .....	57
(2) <u>Liberty and Security of the Person</u> .....	64
(3) <u>Summary on Section 7: Life, Liberty and Security of the Person</u> .....	70
B. <i>The Principles of Fundamental Justice</i> .....	71
(1) <u>Arbitrariness</u> .....	83

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u> .....	1
II. <u>Contexte</u> .....	5
III. <u>Dispositions législatives</u> .....	19
IV. <u>Historique judiciaire</u> .....	22
A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1</i> .....	22
B. <i>Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213</i> .....	34
V. <u>Questions en litige soulevées dans le présent pourvoi</u> .....	40
VI. <u>La juge de première instance était-elle liée par l’arrêt Rodriguez?</u> .....	42
VII. <u>La prohibition porte-t-elle atteinte au « contenu essentiel » de la compétence provinciale sur la santé?</u> .....	49
VIII. <u>L’article 7</u> .....	54
A. <i>La loi porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?</i> .....	57
(1) <u>La vie</u> .....	57
(2) <u>La liberté et la sécurité de la personne</u> .....	64
(3) <u>Résumé de l’analyse relative à l’art. 7 : la vie, la liberté et la sécurité de la personne</u> .....	70
B. <i>Les principes de justice fondamentale</i> .....	71
(1) <u>Le caractère arbitraire</u> .....	83



(2) <u>Overbreadth</u> .....	85	(2) <u>La portée excessive</u> .....	85
(3) <u>Gross Disproportionality</u> .....	89	(3) <u>Le caractère totalement disproportionné</u> .....	89
(4) <u>Parity</u> .....	91	(4) <u>La parité</u> .....	91
IX. <u>Does the Prohibition on Assisted Suicide Violate Section 15 of the Charter?</u> .....	93	IX. <u>La prohibition de l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15 de la Charte?</u> .....	93
X. <u>Section 1</u> .....	94	X. <u>L'article premier</u> .....	94
(1) <u>Rational Connection</u> .....	99	(1) <u>Le lien rationnel</u> .....	99
(2) <u>Minimal Impairment</u> .....	102	(2) <u>L'atteinte minimale</u> .....	102
(a) <i>Canada's Challenge to the Facts</i> .....	108	(a) <i>Contestation des faits par le Canada</i> .....	108
(b) <i>The Fresh Evidence</i> .....	110	(b) <i>Le nouvel élément de preuve</i> .....	110
(c) <i>The Feasibility of Safeguards and the Possibility of a "Slippery Slope"</i> .....	114	(c) <i>La faisabilité des garanties et la possibilité de « dérapage »</i> .....	114
(3) <u>Deleterious Effects and Salutary Benefits</u> .....	122	(3) <u>Effets préjudiciables et effets bénéfiques</u> .....	122
XI. <u>Remedy</u> .....	124	XI. <u>La réparation</u> .....	124
A. <i>The Court of Appeal's Proposed Constitutional Exemption</i> .....	124	A. <i>L'exemption constitutionnelle proposée par la Cour d'appel</i> .....	124
B. <i>Declaration of Invalidity</i> .....	126	B. <i>Déclaration d'invalidité</i> .....	126
XII. <u>Costs</u> .....	133	XII. <u>Dépens</u> .....	133
XIII. <u>Conclusion</u> .....	147	XIII. <u>Conclusion</u> .....	147

The following is the judgment delivered by

Version française du jugement rendu par

THE COURT —

LA COUR —

I. Introduction

I. Introduction

[1] It is a crime in Canada to assist another person in ending her own life. As a result, people who are grievously and irremediably ill cannot

[1] Au Canada, le fait d'aider une personne à mettre fin à ses jours constitue un crime. Par conséquent, les personnes gravement et irrémédiablement

seek a physician's assistance in dying and may be condemned to a life of severe and intolerable suffering. A person facing this prospect has two options: she can take her own life prematurely, often by violent or dangerous means, or she can suffer until she dies from natural causes. The choice is cruel.

[2] The question on this appeal is whether the criminal prohibition that puts a person to this choice violates her *Charter* rights to life, liberty and security of the person (s. 7) and to equal treatment by and under the law (s. 15). This is a question that asks us to balance competing values of great importance. On the one hand stands the autonomy and dignity of a competent adult who seeks death as a response to a grievous and irremediable medical condition. On the other stands the sanctity of life and the need to protect the vulnerable.

[3] The trial judge found that the prohibition violates the s. 7 rights of competent adults who are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition. She concluded that this infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. We agree. The trial judge's findings were based on an exhaustive review of the extensive record before her. The evidence supports her conclusion that the violation of the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter* is severe. It also supports her finding that a properly administered regulatory regime is capable of protecting the vulnerable from abuse or error.

[4] We conclude that the prohibition on physician-assisted dying is void insofar as it deprives a competent adult of such assistance where (1) the person affected clearly consents to the termination of life; and (2) the person has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is

malades ne peuvent demander l'aide d'un médecin pour mourir et peuvent être condamnées à une vie de souffrances aiguës et intolérables. Devant une telle perspective, deux solutions s'offrent à elles : soit mettre fin prématurément à leurs jours, souvent par des moyens violents ou dangereux, soit souffrir jusqu'à ce qu'elles meurent de causes naturelles. Le choix est cruel.

[2] Il faut déterminer dans le présent pourvoi si la prohibition criminelle qui impose ce choix à une personne viole les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* — le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (art. 7) et le droit à l'égalité devant la loi (art. 15). Trancher cette question nous oblige à pondérer des valeurs opposées d'une grande importance. D'une part, il y a l'autonomie et la dignité d'un adulte capable qui cherche dans la mort un remède à des problèmes de santé graves et irrémédiables. D'autre part, il y a le caractère sacré de la vie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables.

[3] La juge de première instance a conclu que la prohibition viole les droits que l'art. 7 garantit aux adultes capables voués à d'intolérables souffrances causées par des problèmes de santé graves et irrémédiables. Elle a conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Nous sommes du même avis. La juge de première instance a fondé ses conclusions sur un examen exhaustif de l'imposant dossier dont elle disposait. La preuve appuie sa conclusion que la violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* est grave. Elle étaye aussi sa conclusion qu'un régime de réglementation bien appliqué permet de protéger les personnes vulnérables contre les abus ou les erreurs.

[4] Nous concluons que la prohibition de l'aide d'un médecin pour mourir à une personne (« aide médicale à mourir ») est nulle dans la mesure où elle prive de cette aide un adulte capable dans les cas où (1) la personne touchée consent clairement à mettre fin à ses jours; et (2) la personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables

intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. We therefore allow the appeal.

## II. Background

[5] In Canada, aiding or abetting a person to commit suicide is a criminal offence: see s. 241(b) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This means that a person cannot seek a physician-assisted death. Twenty-one years ago, this Court upheld this blanket prohibition on assisted suicide by a slim majority: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. Sopinka J., writing for five justices, held that the prohibition did not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that if it violated s. 15, this was justified under s. 1, as there was “no halfway measure that could be relied upon with assurance” to protect the vulnerable (p. 614). Four justices disagreed. McLachlin J. (as she then was), with L’Heureux-Dubé J. concurring, concluded that the prohibition violated s. 7 of the *Charter* and was not justified under s. 1. Lamer C.J. held that the prohibition violated s. 15 of the *Charter* and was not saved under s. 1. Cory J. agreed that the prohibition violated both ss. 7 and 15 and could not be justified.

[6] Despite the Court’s decision in *Rodriguez*, the debate over physician-assisted dying continued. Between 1991 and 2010, the House of Commons and its committees debated no less than six private member’s bills seeking to decriminalize assisted suicide. None was passed. While opponents to legalization emphasized the inadequacy of safeguards and the potential to devalue human life, a vocal minority spoke in favour of reform, highlighting the importance of dignity and autonomy and the limits of palliative care in addressing suffering. The Senate considered the matter as well, issuing a report on assisted suicide and euthanasia in 1995. The

(y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. En conséquence, la Cour accueille le pourvoi.

## II. Contexte

[5] Au Canada, quiconque aide ou encourage une personne à se donner la mort commet un acte criminel : voir l’al. 241b) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ainsi, une personne ne peut demander une aide médicale à mourir. Il y a 21 ans, la Cour a confirmé par une faible majorité cette interdiction générale de l’aide au suicide : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. S’exprimant au nom de cinq juges, le juge Sopinka a estimé que l’interdiction ne contrevenait pas à l’art. 7 de la *Charte*, et que, si elle contrevenait à l’art. 15, elle était justifiée au regard de l’article premier, car il n’existait « pas de demi-mesure qui permettrait de garantir, avec toutes les assurances voulues » la protection des personnes vulnérables (p. 614). Quatre juges se sont dits en désaccord. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), avec l’appui de la juge L’Heureux-Dubé, a exprimé l’avis que l’interdiction violait l’art. 7 de la *Charte* et qu’elle n’était pas justifiée au regard de l’article premier. Le juge en chef Lamer a estimé que l’interdiction violait l’art. 15 de la *Charte* et qu’elle n’était pas sauvegardée par l’article premier. Le juge Cory a estimé que cette interdiction contrevenait à la fois à l’art. 7 et à l’art. 15, et qu’elle ne pouvait être justifiée.

[6] Malgré l’arrêt *Rodriguez* de notre Cour, le débat entourant l’aide médicale à mourir s’est poursuivi. De 1991 à 2010, la Chambre des communes et ses comités ont débattu pas moins de six projets de loi d’initiative parlementaire visant à décriminaliser l’aide au suicide. Aucun n’a été adopté. Bien que les opposants à la légalisation aient souligné le caractère inadéquat des garanties et la possibilité de dévalorisation de la vie humaine, une minorité s’est exprimée énergiquement en faveur d’une réforme, faisant ressortir l’importance de la dignité et de l’autonomie de la personne ainsi que la réduction limitée des souffrances par les soins palliatifs.

majority expressed concerns about the risk of abuse under a permissive regime and the need for respect for life. A minority supported an exemption to the prohibition in some circumstances.

[7] More recent reports have come down in favour of reform. In 2011, the Royal Society of Canada published a report on end-of-life decision-making and recommended that the *Criminal Code* be modified to permit assistance in dying in some circumstances. The Quebec National Assembly's Select Committee on Dying with Dignity issued a report in 2012, recommending amendments to legislation to recognize medical aid in dying as appropriate end-of-life care (now codified in *An Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 (not yet in force)).

[8] The legislative landscape on the issue of physician-assisted death has changed in the two decades since *Rodriguez*. In 1993 Sopinka J. noted that no other Western democracy expressly permitted assistance in dying. By 2010, however, eight jurisdictions permitted some form of assisted dying: the Netherlands, Belgium, Luxembourg, Switzerland, Oregon, Washington, Montana, and Colombia. The process of legalization began in 1994, when Oregon, as a result of a citizens' initiative, altered its laws to permit medical aid in dying for a person suffering from a terminal disease. Colombia followed in 1997, after a decision of the constitutional court. The Dutch Parliament established a regulatory regime for assisted dying in 2002; Belgium quickly adopted a similar regime, with Luxembourg joining in 2009. Together, these regimes have produced a body of evidence about the practical and legal workings of physician-assisted death and the efficacy of safeguards for the vulnerable.

Le Sénat s'est lui aussi penché sur la question, produisant un rapport sur l'aide au suicide et l'euthanasie en 1995. La majorité de ses membres s'est dite préoccupée par le risque qu'un régime permissif ouvre la porte à des abus et par la nécessité de respecter la vie. Une minorité de ses membres s'est prononcée en faveur d'une exemption de l'application de la prohibition dans certaines circonstances.

[7] Des rapports plus récents penchent en faveur d'une réforme. En 2011, la Société royale du Canada a publié un rapport sur la prise de décisions en fin de vie et a recommandé que le *Code criminel* soit modifié pour permettre l'aide à mourir dans certaines circonstances. Dans un rapport déposé en 2012, la Commission spéciale de l'Assemblée nationale du Québec sur la question de mourir dans la dignité a elle aussi recommandé que la loi soit modifiée pour reconnaître l'aide médicale à mourir comme un soin de fin de vie approprié (maintenant consacré dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (non encore en vigueur)).

[8] Le portrait législatif en matière d'aide médicale à mourir a changé au cours des deux décennies qui ont suivi l'arrêt *Rodriguez*. En 1993, le juge Sopinka faisait remarquer qu'aucune autre démocratie occidentale n'autorisait expressément l'aide à mourir. Par contre, en 2010, une certaine forme d'aide à mourir était permise à huit endroits dans le monde : les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la Suisse, l'Oregon, l'État de Washington, le Montana et la Colombie. Le phénomène de la légalisation est apparu en 1994 quand, à l'initiative de citoyens, l'Oregon a modifié ses lois afin de permettre l'aide médicale à mourir à l'égard d'une personne atteinte d'une maladie terminale. La Colombie a fait de même en 1997, à la suite d'une décision rendue par la cour constitutionnelle. Le Parlement néerlandais a établi un régime réglementaire applicable à l'aide à mourir en 2002; la Belgique n'a pas tardé à adopter un régime semblable, et le Luxembourg a emboîté le pas en 2009. Ensemble, ces régimes permettent de disposer d'un ensemble de données concernant les rouages pratiques et juridiques de l'aide médicale à mourir, ainsi que l'efficacité des mesures protégeant les personnes vulnérables.

[9] Nevertheless, physician-assisted dying remains a criminal offence in most Western countries, and a number of courts have upheld the prohibition on such assistance in the face of constitutional and human rights challenges: see, e.g., *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, ECHR 2002-III; and *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19. In a recent decision, a majority of the Supreme Court of the United Kingdom accepted that the absolute prohibition on assisted dying breached the claimants' rights, but found the evidence on safeguards insufficient; the court concluded that Parliament should be given an opportunity to debate and amend the legislation based on the court's provisional views (see *R. (on the application of Nicklinson v. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843).

[10] The debate in the public arena reflects the ongoing debate in the legislative sphere. Some medical practitioners see legal change as a natural extension of the principle of patient autonomy, while others fear derogation from the principles of medical ethics. Some people with disabilities oppose the legalization of assisted dying, arguing that it implicitly devalues their lives and renders them vulnerable to unwanted assistance in dying, as medical professionals assume that a disabled patient "leans towards death at a sharper angle than the acutely ill — but otherwise non-disabled — patient" (2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, at para. 811). Other people with disabilities take the opposite view, arguing that a regime which permits control over the manner of one's death respects, rather than threatens, their autonomy and dignity, and that the legalization of physician-assisted suicide will protect them by establishing stronger safeguards and oversight for end-of-life medical care.

[11] The impetus for this case arose in 2009, when Gloria Taylor was diagnosed with a fatal neurodegenerative disease, amyotrophic lateral sclerosis (or ALS), which causes progressive muscle

[9] L'aide médicale à mourir demeure néanmoins une infraction criminelle dans la plupart des pays occidentaux, et plusieurs tribunaux ont confirmé la prohibition de cette aide à l'issue de contestations constitutionnelles ou relatives aux droits de la personne : voir, p. ex., *Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco c. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, CEDH 2002-III; *Fleming c. Ireland*, [2013] IESC 19. Dans un arrêt récent, les juges majoritaires de la Cour suprême du Royaume-Uni ont reconnu que la prohibition absolue de l'aide à mourir portait atteinte aux droits des demandeurs, mais ont jugé insuffisante la preuve concernant les garanties; la cour a conclu qu'il faudrait donner au Parlement l'occasion de débattre de la loi et de la modifier en fonction des avis provisoires de la cour (voir *R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843).

[10] Dans l'arène publique, le débat reflète celui qui se poursuit au sein de la sphère législative. Certains praticiens de la santé considèrent la modification du droit comme le prolongement naturel du principe de l'autonomie du patient, alors que d'autres craignent que l'on déroge aux principes de déontologie médicale. Certaines personnes handicapées s'opposent à la légalisation de l'aide à mourir et plaident qu'elle dévalorise implicitement leur vie et les rend vulnérables à une aide à mourir non désirée, car les professionnels de la santé présument qu'un patient affecté d'un handicap [TRADUCTION] « penche plus en faveur de la mort que le patient gravement malade qui n'a pas de handicap » (2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, par. 811). D'autres personnes handicapées estiment par contre qu'un régime qui accorde aux personnes un droit de regard sur la manière de mourir respecte, plutôt qu'il ne menace, leur autonomie et leur dignité, et que la légalisation de l'aide médicale à mourir les protégera en établissant des garanties plus solides et une meilleure supervision des soins médicaux de fin de vie.

[11] Le présent litige a pris naissance en 2009 lorsque Gloria Taylor a appris qu'elle souffrait d'une maladie neurodégénérative fatale — la sclérose latérale amyotrophique (ou SLA) —, une maladie

weakness. ALS patients first lose the ability to use their hands and feet, then the ability to walk, chew, swallow, speak and, eventually, breathe. Like Sue Rodriguez before her, Gloria Taylor did “not want to die slowly, piece by piece” or “wracked with pain,” and brought a claim before the British Columbia Supreme Court challenging the constitutionality of the *Criminal Code* provisions that prohibit assistance in dying, specifically ss. 14, 21, 22, 222, and 241. She was joined in her claim by Lee Carter and Hollis Johnson, who had assisted Ms. Carter’s mother, Kathleen (“Kay”) Carter, in achieving her goal of dying with dignity by taking her to Switzerland to use the services of DIGNITAS, an assisted-suicide clinic; Dr. William Shoichet, a physician from British Columbia who would be willing to participate in physician-assisted dying if it were no longer prohibited; and the British Columbia Civil Liberties Association, which has a long-standing interest in patients’ rights and health policy and has conducted advocacy and education with respect to end-of-life choices, including assisted suicide.

[12] By 2010, Ms. Taylor’s condition had deteriorated to the point that she required a wheelchair to go more than a short distance and was suffering pain from muscle deterioration. She required home support for assistance with the daily tasks of living, something that she described as an assault on her privacy, dignity, and self-esteem. She continued to pursue an independent life despite her illness, but found that she was steadily losing the ability to participate fully in that life. Ms. Taylor informed her family and friends of a desire to obtain a physician-assisted death. She did not want to “live in a bedridden state, stripped of dignity and independence”, she said; nor did she want an “ugly death”. This is how she explained her desire to seek a physician-assisted death:

I do not want my life to end violently. I do not want my mode of death to be traumatic for my family members. I

causant un affaiblissement progressif des muscles. Les patients atteints de la SLA perdent tout d’abord la capacité d’utiliser leurs mains et leurs pieds, puis celle de marcher, de mastiquer, d’avaler, de parler et, finalement, de respirer. Tout comme Sue Rodriguez avant elle, Gloria Taylor [TRADUCTION] « ne voulait pas mourir lentement, à petit feu » ou « terrassée par la douleur ». Elle a donc intenté devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action contestant la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prohibent l’aide à mourir, soit les art. 14, 21, 22, 222 et 241. Se sont joints à sa demande Lee Carter et Hollis Johnson, qui avaient aidé la mère de M<sup>me</sup> Carter, Kathleen (« Kay ») Carter, à réaliser son souhait de mourir dans la dignité en l’emmenant en Suisse pour qu’elle puisse recourir aux services de DIGNITAS, une clinique d’aide au suicide; le D<sup>r</sup> William Shoichet, un médecin de la Colombie-Britannique qui serait disposé à participer à un processus d’aide médicale à mourir si la prohibition était levée; et l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, laquelle s’intéresse depuis longtemps aux droits des patients et à la politique en matière de santé et qui a mené des activités de promotion et d’éducation en matière de choix de fin de vie, y compris l’aide au suicide.

[12] En 2010, l’état de santé de M<sup>me</sup> Taylor s’était détérioré à un point tel qu’elle devait se déplacer en fauteuil roulant, sauf pour parcourir de courtes distances, et la détérioration de ses muscles lui causait de la douleur. Elle avait besoin d’un soutien à domicile pour accomplir ses tâches quotidiennes, ce qu’elle a décrit comme un affront à sa vie privée, à sa dignité et à son estime de soi. Malgré sa maladie, elle a continué de mener une existence indépendante, mais elle a constaté qu’elle perdait de plus en plus la capacité de vivre ainsi. M<sup>me</sup> Taylor a informé sa famille et ses amis de son désir d’obtenir une aide médicale à mourir. Elle a dit ne pas vouloir [TRADUCTION] « vivre clouée au lit, dépouillée de sa dignité et de son indépendance », et qu’elle ne voulait pas non plus d’une [TRADUCTION] « mort affreuse ». C’est en ces termes qu’elle a expliqué son vœu de demander une aide médicale à mourir :

[TRADUCTION] Je ne veux pas que ma vie prenne fin violemment. Je ne veux pas que la façon dont je

want the legal right to die peacefully, at the time of my own choosing, in the embrace of my family and friends.

I know that I am dying, but I am far from depressed. I have some down time – that is part and parcel of the experience of knowing that you are terminal. But there is still a lot of good in my life; there are still things, like special times with my granddaughter and family, that bring me extreme joy. I will not waste any of my remaining time being depressed. I intend to get every bit of happiness I can wring from what is left of my life so long as it remains a life of quality; but I do not want to live a life without quality. There will come a point when I will know that enough is enough. I cannot say precisely when that time will be. It is not a question of “when I can’t walk” or “when I can’t talk.” There is no pre-set trigger moment. I just know that, globally, there will be some point in time when I will be able to say – “this is it, this is the point where life is just not worthwhile.” When that time comes, I want to be able to call my family together, tell them of my decision, say a dignified good-bye and obtain final closure – for me and for them.

My present quality of life is impaired by the fact that I am unable to say for certain that I will have the right to ask for physician-assisted dying when that “enough is enough” moment arrives. I live in apprehension that my death will be slow, difficult, unpleasant, painful, undignified and inconsistent with the values and principles I have tried to live by. . . .

. . . What I fear is a death that negates, as opposed to concludes, my life. I do not want to die slowly, piece by piece. I do not want to waste away unconscious in a hospital bed. I do not want to die wracked with pain.

[13] Ms. Taylor, however, knew she would be unable to request a physician-assisted death when the time came, because of the *Criminal Code* prohibition and the fact that she lacked the financial resources to travel to Switzerland, where assisted suicide is legal and available to non-residents. This

mourrai soit traumatisante pour les membres de ma famille. Je veux qu’on me reconnaisse le droit de mourir paisiblement, au moment que je choisirai, dans les bras de ma famille et de mes amis.

Je sais que je vais bientôt mourir, mais je suis loin d’être déprimée. Je suis parfois découragée – cela fait partie intégrante de l’expérience de savoir que l’on est en phase terminale. Mais la vie m’apporte encore beaucoup de bonnes choses, comme des moments spéciaux en compagnie de ma petite-fille et de ma famille, ce qui me procure une joie immense. Je ne gaspillerai pas les temps qui me reste à être déprimée. J’entends saisir chaque moment de bonheur que je peux encore arracher au temps qu’il me reste à vivre, dans la mesure où il s’agit d’une vie de qualité; mais je ne veux pas d’une vie sans qualité. Il viendra un moment où je saurai que c’en est assez. Je ne peux pas dire exactement quand ce moment arrivera. Ce n’est pas « quand je ne pourrai plus marcher » ou « quand je ne pourrai plus parler ». Il n’y a aucun moment déclencheur préétabli. Je sais simplement que, globalement, il viendra un moment où je pourrai dire : « ça y est, le moment est arrivé où la vie n’en vaut tout simplement plus la peine. » Quand ce moment arrivera, je veux pouvoir réunir les membres de ma famille, les informer de ma décision, leur faire dignement mes adieux et tourner définitivement la page – tant pour eux que pour moi.

Actuellement, ma qualité de vie est diminuée par le fait que je suis incapable d’affirmer avec certitude que j’aurai le droit de demander de l’aide médicale à mourir quand arrivera le moment où « c’en sera assez ». Je vis dans la hantise d’une mort lente, difficile, désagréable, douloureuse, humiliante et incompatible avec les valeurs et principes selon lesquels j’ai essayé de vivre. . . .

. . . Ce que je crains, c’est une mort qui, au lieu d’apporter une conclusion à ma vie, en efface les traces. Je ne veux pas mourir lentement, à petit feu. Je ne veux pas dépérir, inconsciente, dans un lit d’hôpital. Je ne veux pas mourir terrassée par la douleur.

[13] M<sup>me</sup> Taylor savait cependant qu’il lui serait impossible de demander une aide médicale à mourir au moment venu parce que le *Code criminel* le prohibait et qu’elle n’avait pas les ressources financières voulues pour se rendre en Suisse, où l’aide au suicide est légale et offerte aux non-résidents.

left her with what she described as the “cruel choice” between killing herself while she was still physically capable of doing so, or giving up the ability to exercise any control over the manner and timing of her death.

[14] Other witnesses also described the “horrible” choice faced by a person suffering from a grievous and irremediable illness. The stories in the affidavits vary in their details: some witnesses described the progression of degenerative illnesses like motor neuron diseases or Huntington’s disease, while others described the agony of treatment and the fear of a gruesome death from advanced-stage cancer. Yet running through the evidence of all the witnesses is a constant theme — that they suffer from the knowledge that they lack the ability to bring a peaceful end to their lives at a time and in a manner of their own choosing.

[15] Some describe how they had considered seeking out the traditional modes of suicide but found that choice, too, repugnant:

I was going to blow my head off. I have a gun and I seriously considered doing it. I decided that I could not do that to my family. It would be horrible to put them through something like that. . . . I want a better choice than that.

A number of the witnesses made clear that they — or their loved ones — had considered or in fact committed suicide earlier than they would have chosen to die if physician-assisted death had been available to them. One woman noted that the conventional methods of suicide, such as carbon monoxide asphyxiation, slitting of the wrists or overdosing on street drugs, would require that she end her life “while I am still able bodied and capable of taking my life, well ahead of when I actually need to leave this life”.

[16] Still other witnesses described their situation in terms of a choice between a protracted or painful

Elle se trouvait ainsi devant ce qu’elle a décrit comme le [TRADUCTION] « choix cruel » entre mettre fin elle-même à ses jours alors qu’elle était encore physiquement apte à le faire, ou renoncer à la possibilité d’exercer un droit de regard sur le moment et la manière de mourir.

[14] D’autres témoins ont également parlé du choix « horrible » devant lequel se trouve une personne atteinte d’une maladie grave et irrémédiable. Les affidavits présentent des récits dont les détails varient : certains témoins ont décrit la progression de maladies dégénératives comme les maladies des motoneurones ou la maladie de Huntington, d’autres, l’agonie provoquée par traitements et la crainte d’une mort atroce causée par un cancer à un stade avancé. Cependant, un thème revient constamment dans les dépositions de tous les témoins : ils souffrent de se savoir privés de la faculté de mettre fin paisiblement à leurs jours au moment et de la manière de leur choix.

[15] Certains disent avoir envisagé de recourir aux formes traditionnelles de suicide, mais avoir jugé cette solution répugnante elle aussi :

[TRADUCTION] J’allais me faire sauter la cervelle. Je possède une arme à feu et j’ai sérieusement pensé à passer à l’acte. J’ai décidé que je ne pouvais pas faire cela à ma famille. Il serait horrible de leur faire vivre une chose pareille. [ . . . ] Je veux une meilleure solution.

Des témoins ont précisé qu’eux-mêmes — ou des êtres chers — avaient envisagé de se suicider et que, dans certains cas, des personnes s’étaient suicidées plus tôt qu’au moment où elles auraient choisi de mourir si elles avaient eu accès à une aide médicale à mourir. Une femme a souligné que le recours aux méthodes de suicide classiques telles l’asphyxie au monoxyde de carbone, l’ouverture des veines ou une surdose de drogues illicites, l’obligerait à mettre fin à ses jours [TRADUCTION] « alors que je suis encore physiquement apte à m’enlever la vie, bien avant que j’aie effectivement besoin de quitter ce monde ».

[16] Par ailleurs, d’autres témoins ont dit se trouver devant la nécessité de choisir entre une agonie



death and exposing their loved ones to prosecution for assisting them in ending their lives. Speaking of himself and his wife, one man said: “We both face this reality, that we have only two terrible and imperfect options, with a sense of horror and loathing.”

[17] Ms. Carter and Mr. Johnson described Kay Carter’s journey to assisted suicide in Switzerland and their role in facilitating that process. Kay was diagnosed in 2008 with spinal stenosis, a condition that results in the progressive compression of the spinal cord. By mid-2009, her physical condition had deteriorated to the point that she required assistance with virtually all of her daily activities. She had extremely limited mobility and suffered from chronic pain. As her illness progressed, Kay informed her family that she did not wish to live out her life as an “ironing board”, lying flat in bed. She asked her daughter, Lee Carter, and her daughter’s husband, Hollis Johnson, to support and assist her in arranging an assisted suicide in Switzerland, and to travel there with her for that purpose. Although aware that assisting Kay could expose them both to prosecution in Canada, they agreed to assist her. In early 2010, they attended a clinic in Switzerland operated by DIGNITAS, a Swiss “death with dignity” organization. Kay took the prescribed dose of sodium pentobarbital while surrounded by her family, and passed away within 20 minutes.

[18] Ms. Carter and Mr. Johnson found the process of planning and arranging for Kay’s trip to Switzerland difficult, in part because their activities had to be kept secret due to the potential for criminal sanctions. While they have not faced prosecution in Canada following Kay’s death, Ms. Carter and Mr. Johnson are of the view that Kay ought to have been able to obtain a physician-assisted suicide at home, surrounded by her family and friends, rather than undergoing the stressful and expensive

prolongée ou douloureuse et exposer leurs proches à des poursuites pour les avoir aidés à mettre fin à leurs jours. Parlant de lui-même et de son épouse, un homme a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous sommes tous deux confrontés à cette réalité, de n’avoir que deux solutions terribles et imparfaites, avec un sentiment d’horreur et de dégoût. »

[17] M<sup>me</sup> Carter et M. Johnson ont décrit le voyage qu’a fait Kay Carter en Suisse pour mettre à exécution son projet de suicide assisté, ainsi que le rôle qu’ils ont joué pour en faciliter la réalisation. En 2008, on a diagnostiqué chez Kay une sténose du canal rachidien lombaire, une maladie qui entraîne la compression progressive de la moelle épinière. Au milieu de l’année 2009, son état de santé s’était détérioré à un point tel qu’elle avait besoin d’aide pour presque toutes ses activités quotidiennes. Sa mobilité était extrêmement réduite et elle souffrait de douleurs chroniques. Vu la progression de sa maladie, Kay a informé sa famille qu’elle ne voulait pas vivre le reste de sa vie alitée, comme une [TRADUCTION] « planche à repasser ». Elle a sollicité l’aide et le soutien de sa fille, Lee Carter, et du mari de celle-ci, Hollis Johnson, pour organiser un suicide assisté en Suisse, et elle leur a demandé de l’accompagner dans ce pays à cette fin. Bien que conscients qu’ils s’exposaient tous les deux à des poursuites au Canada s’ils venaient en aide à Kay, ils ont néanmoins consenti à le faire. Au début de 2010, ils se sont rendus en Suisse dans une clinique exploitée par DIGNITAS, une organisation suisse militant pour le droit de « mourir dans la dignité ». Entourée de sa famille, Kay a pris la dose de pentobarbital sodique prescrite et elle est décédée moins de 20 minutes plus tard.

[18] M<sup>me</sup> Carter et M. Johnson ont trouvé difficile le processus de planification et d’organisation du voyage de Kay en Suisse, en partie parce que leurs activités devaient rester secrètes compte tenu du risque de sanctions criminelles. Bien qu’ils n’aient pas fait l’objet de poursuites au Canada à la suite du décès de Kay, M<sup>me</sup> Carter et M. Johnson sont d’avis que celle-ci aurait dû pouvoir obtenir une aide médicale à mourir dans son pays, entourée de sa famille et de ses amis, au lieu de devoir se soumettre au

process of arranging for the procedure overseas. Accordingly, they joined Ms. Taylor in pressing for the legalization of physician-assisted death.

### III. Statutory Provisions

[19] The appellants challenge the constitutionality of the following provisions of the *Criminal Code*:

**14.** No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given.

**21.** (1) Every one is a party to an offence who

. . .

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

. . .

(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.

**22.** (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

(2) Every one who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling.

(3) For the purposes of this Act, “counsel” includes procure, solicit or incite.

**222.** (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

processus stressant et onéreux d’obtention d’une telle aide à l’étranger. En conséquence, ils se sont joints à M<sup>me</sup> Taylor pour revendiquer la légalisation de l’aide médicale à mourir.

### III. Dispositions législatives

[19] Les appelants contestent la constitutionnalité des dispositions suivantes du *Code criminel* :

**14.** Nul n’a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n’atteint pas la responsabilité pénale d’une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

**21.** (1) Participant à une infraction :

. . .

b) quiconque accomplit ou omet d’accomplir quelque chose en vue d’aider 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.

**22.** (1) Lorsqu’une personne conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe subséquemment, la personne qui a conseillé participe à cette infraction, même si l’infraction a été commise d’une manière différente de celle qui avait été conseillée.

(2) Quiconque conseille à une autre personne de participer à une infraction participe à chaque infraction que l’autre commet en conséquence du conseil et qui, d’après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé, était susceptible d’être commise en conséquence du conseil.

(3) Pour l’application de la présente loi, « conseiller » s’entend d’amener et d’inciter, et « conseil » s’entend de l’encouragement visant à amener ou à inciter.

**222.** (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d’un être humain.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(a) by means of an unlawful act;

. . .

**241.** Every one who

(a) counsels a person to commit suicide, or

(b) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[20] In our view, two of these provisions are at the core of the constitutional challenge: s. 241(b), which says that everyone who aids or abets a person in committing suicide commits an indictable offence, and s. 14, which says that no person may consent to death being inflicted on them. It is these two provisions that prohibit the provision of assistance in dying. Sections 21, 22, and 222 are only engaged so long as the provision of assistance in dying is itself an “unlawful act” or offence. Section 241(a) does not contribute to the prohibition on assisted suicide.

[21] The *Charter* states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

(2) L’homicide est coupable ou non coupable.

(3) L’homicide non coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L’homicide coupable est le meurtre, l’homicide involontaire coupable ou l’infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu’elle cause la mort d’un être humain :

a) soit au moyen d’un acte illégal;

. . .

**241.** Est coupable d’un acte criminel et passible d’un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas :

a) conseille à une personne de se donner la mort;

b) aide ou encourage quelqu’un à se donner la mort, que le suicide s’ensuive ou non.

[20] À notre avis, deux de ces dispositions sont au cœur de la présente contestation constitutionnelle : l’al. 241b), aux termes duquel quiconque aide ou encourage quelqu’un à se donner la mort est coupable d’un acte criminel, et l’art. 14, qui précise que nul ne peut consentir à ce que la mort lui soit infligée. Ce sont ces deux dispositions qui prohibent le fait d’aider une personne à mourir. Les articles 21, 22 et 222 s’appliquent uniquement si le fait d’aider quelqu’un à se donner la mort constitue en soi un « acte illégal » ou une infraction. L’alinéa 241a) ne contribue en rien à la prohibition du suicide assisté.

[21] La *Charte* dispose :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### IV. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*

[22] The action was brought by way of summary trial before Smith J. in the British Columbia Supreme Court. While the majority of the evidence was presented in affidavit form, a number of the expert witnesses were cross-examined, both prior to trial and before the trial judge. The record was voluminous: the trial judge canvassed evidence from Canada and from the permissive jurisdictions on medical ethics and current end-of-life practices, the risks associated with assisted suicide, and the feasibility of safeguards.

[23] The trial judge began by reviewing the current state of the law and practice in Canada regarding end-of-life care. She found that current unregulated end-of-life practices in Canada — such as the administration of palliative sedation and the withholding or withdrawal of lifesaving or life-sustaining medical treatment — can have the effect of hastening death and that there is a strong societal consensus that these practices are ethically acceptable (para. 357). After considering the evidence of physicians and ethicists, she found that the “preponderance of the evidence from ethicists is that there is no ethical distinction between physician-assisted death and other end-of-life practices whose outcome is highly likely to be death” (para. 335). Finally, she found that there are qualified Canadian physicians who would find it ethical to assist a patient in dying if that act were not prohibited by law (para. 319).

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

#### IV. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*

[22] L’action intentée par voie de procédure sommaire a été instruite par la juge Smith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Quoique la majeure partie de la preuve ait été présentée sous forme d’affidavit, un certain nombre de témoins experts ont été contre-interrogés, tant avant le procès que devant la juge de première instance. Le dossier était volumineux : la juge de première instance a examiné attentivement les éléments de preuve provenant du Canada et des endroits où l’aide à mourir est autorisée relativement à l’éthique médicale et aux pratiques utilisées actuellement en fin de vie, aux risques associés à l’aide au suicide ainsi qu’à la possibilité d’appliquer des garanties.

[23] La juge de première instance a d’abord passé en revue l’état actuel du droit et la pratique, au Canada, en ce qui concerne les soins en fin de vie. Elle a estimé que les pratiques utilisées actuellement en fin de vie en l’absence de toute réglementation au Canada — notamment l’administration d’une sédation palliative et l’arrêt ou le retrait d’un traitement vital ou de maintien de la vie — peuvent avoir pour effet de précipiter la mort, et qu’il existe un fort consensus dans la société sur le caractère acceptable de telles pratiques sur le plan éthique (par. 357). Après avoir examiné les éléments de preuve émanant de médecins et d’éthiciens, elle a considéré que, selon la [TRADUCTION] « prépondérance de la preuve émanant d’éthiciens, il n’y a aucune distinction sur le plan éthique entre l’aide médicale à mourir et les autres pratiques utilisées en fin de vie dont l’issue est selon toute vraisemblance la mort » (par. 335). Enfin, elle a estimé que des médecins canadiens qualifiés considéreraient éthique d’aider un patient à mourir si un tel acte n’était pas prohibé par la loi (par. 319).

[24] Based on these findings, the trial judge concluded that, while there is no clear societal consensus on physician-assisted dying, there is a strong consensus that it would only be ethical with respect to voluntary adults who are competent, informed, grievously and irremediably ill, and where the assistance is “clearly consistent with the patient’s wishes and best interests, and [provided] in order to relieve suffering” (para. 358).

[25] The trial judge then turned to the evidence from the regimes that permit physician-assisted dying. She reviewed the safeguards in place in each jurisdiction and considered the effectiveness of each regulatory regime. In each system, she found general compliance with regulations, although she noted some room for improvement. The evidence from Oregon and the Netherlands showed that a system can be designed to protect the socially vulnerable. Expert evidence established that the “predicted abuse and disproportionate impact on vulnerable populations has not materialized” in Belgium, the Netherlands, and Oregon (para. 684). She concluded that

although none of the systems has achieved perfection, empirical researchers and practitioners who have experience in those systems are of the view that they work well in protecting patients from abuse while allowing competent patients to choose the timing of their deaths. [para. 685]

While stressing the need for caution in drawing conclusions for Canada based on foreign experience, the trial judge found that “weak inference[s]” could be drawn about the effectiveness of safeguards and the potential degree of compliance with any permissive regime (para. 683).

[24] S’appuyant sur ces considérations, la juge de première instance a conclu qu’en dépit de l’absence, dans la société, d’un consensus clair sur l’aide médicale à mourir, il existe un fort consensus sur le fait que cette aide ne serait conforme à l’éthique qu’à l’égard d’adultes capables et avisés qui y consentent et qui sont atteints d’une maladie grave et irrémédiable, et lorsque cette aide est [TRADUCTION] « manifestement compatible avec la volonté et l’intérêt du patient et [fournie] dans le but de soulager la souffrance » (par. 358).

[25] La juge de première instance s’est ensuite penchée sur les éléments de preuve provenant des régimes qui permettent l’aide médicale à mourir. Elle a examiné les garanties en place à chaque endroit ainsi que l’efficacité de chaque régime de réglementation. Elle a conclu que dans chacun de ces régimes, la réglementation applicable est généralement respectée, quoiqu’elle ait signalé qu’il y avait encore place à amélioration. Les données provenant de l’Oregon et des Pays-Bas indiquaient qu’il est possible de concevoir un régime pour protéger les personnes socialement vulnérables. Les témoignages d’experts ont établi que les [TRADUCTION] « abus anticipés dans le cas des populations vulnérables ainsi que les répercussions disproportionnées qui devaient les toucher ne se sont pas concrétisés » en Belgique, aux Pays-Bas et en Oregon (par. 684). La juge a conclu comme suit :

[TRADUCTION] . . . bien qu’aucun des régimes existants ne soit parfait, tant les théoriciens que les praticiens familiers avec ces régimes sont d’avis que ceux-ci protègent adéquatement les patients contre les abus tout en permettant aux malades capables de choisir le moment où ils mourront. [par. 685]

Bien qu’elle ait souligné que la circonspection s’imposait avant de tirer, à l’égard du Canada, des conclusions fondées sur l’expérience acquise à l’étranger, la juge de première instance a estimé que des [TRADUCTION] « inférence[s] sujette[s] à caution » pouvaient être tirées quant à l’efficacité des garanties et au degré possible de respect d’un régime permissif (par. 683).

[26] Based on the evidence from the permissive jurisdictions, the trial judge also rejected the argument that the legalization of physician-assisted dying would impede the development of palliative care in the country, finding that the effects of a permissive regime, while speculative, would “not necessarily be negative” (para. 736). Similarly, she concluded that any changes in the physician-patient relationship following legalization “could prove to be neutral or for the good” (para. 746).

[27] The trial judge then considered the risks of a permissive regime and the feasibility of implementing safeguards to address those risks. After reviewing the evidence tendered by physicians and experts in patient assessment, she concluded that physicians were capable of reliably assessing patient competence, including in the context of life-and-death decisions (para. 798). She found that it was possible to detect coercion, undue influence, and ambivalence as part of this assessment process (paras. 815, 843). She also found that the informed consent standard could be applied in the context of physician-assisted death, so long as care was taken to “ensure a patient is properly informed of her diagnosis and prognosis” and the treatment options described included all reasonable palliative care interventions (para. 831). Ultimately, she concluded that the risks of physician-assisted death “can be identified and very substantially minimized through a carefully-designed system” that imposes strict limits that are scrupulously monitored and enforced (para. 883).

[28] Having reviewed the copious evidence before her, the trial judge concluded that the decision in *Rodriguez* did not prevent her from reviewing the constitutionality of the impugned provisions, because (1) the majority in *Rodriguez* did not address the right to life; (2) the principles of overbreadth and gross disproportionality had not been identified at the time of the decision in *Rodriguez*

[26] Se fondant sur les éléments de preuve provenant des régimes qui permettent l’aide médicale à mourir, la juge de première instance a également rejeté l’argument selon lequel la légalisation de l’aide médicale à mourir nuirait à l’évolution des soins palliatifs au Canada, concluant que, quoique conjecturaux, les effets d’un régime permissif ne [TRADUCTION] « seraient pas nécessairement négatifs » (par. 736). De même, elle a conclu que les changements dans la relation entre le médecin et son patient suivant la légalisation [TRADUCTION] « pourraient s’avérer neutres ou bénéfiques » (par. 746).

[27] La juge de première instance a alors examiné les risques que pose un régime permissif et la faisabilité de la mise en place de garanties pour contrer ces risques. Après un examen des témoignages des médecins et des experts en matière d’évaluation des patients, elle a conclu que les médecins étaient en mesure d’évaluer de manière fiable la capacité d’un patient, notamment à l’égard des décisions touchant la vie et la mort (par. 798). Ce processus d’évaluation permet, selon elle, de déceler l’existence de contraintes, d’influence injustifiée et d’ambivalence (par. 815, 843). Elle a également conclu que la norme régissant le consentement éclairé pouvait s’appliquer dans le contexte de l’aide médicale à mourir, à la condition que l’on ait pris soin de [TRADUCTION] « s’assurer que le patient soit adéquatement informé de son diagnostic et de son pronostic », et d’inclure dans la gamme des traitements décrits toutes les mesures de soins palliatifs raisonnables (par. 831). Enfin, elle a conclu que les risques de l’aide médicale à mourir [TRADUCTION] « peuvent être reconnus et réduits considérablement dans un régime soigneusement conçu » qui impose des limites strictes scrupuleusement surveillées et appliquées (par. 883).

[28] Après avoir passé en revue la preuve abondante qui lui a été soumise, la juge de première instance a conclu que l’arrêt *Rodriguez* ne l’empêchait pas de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées, et ce, parce que (1) dans *Rodriguez*, les juges majoritaires ne s’étaient pas penchés sur le droit à la vie; (2) les principes de la portée excessive et du caractère

and thus were not addressed in that decision; (3) the majority only “assumed” a violation of s. 15; and (4) the decision in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, represented a “substantive change” to the s. 1 analysis (para. 994). The trial judge concluded that these changes in the law, combined with the changes in the social and factual landscape over the past 20 years, permitted her to reconsider the constitutionality on the prohibition on physician-assisted dying.

[29] The trial judge then turned to the *Charter* analysis. She first asked whether the prohibition violated the s. 15 equality guarantee. She found that the provisions imposed a disproportionate burden on persons with physical disabilities, as only they are restricted to self-imposed starvation and dehydration in order to take their own lives (para. 1076). This distinction, she found, is discriminatory, and not justified under s. 1. While the objective of the prohibition — the protection of vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness — is pressing and substantial and the means are rationally connected to that purpose, the prohibition is not minimally impairing. A “stringently limited, carefully monitored system of exceptions” would achieve Parliament’s objective:

Permission for physician-assisted death for grievously ill and irremediably suffering people who are competent, fully informed, non-ambivalent, and free from coercion or duress, with stringent and well-enforced safeguards, could achieve that objective in a real and substantial way. [para. 1243]

[30] Turning to s. 7 of the *Charter*, which protects life, liberty and security of the person, the trial judge found that the prohibition impacted all three

totalemment disproportionné n’avaient pas encore été établis au moment où cet arrêt a été rendu et n’avaient donc pas été examinés dans celui-ci; (3) les juges majoritaires avaient seulement « supposé » l’existence d’une violation de l’art. 15; et (4) l’arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, a représenté un [TRADUCTION] « changement substantiel » dans l’analyse fondée sur l’article premier (par. 994). Selon la juge de première instance, ces changements dans l’état du droit, conjugués aux changements observés dans le paysage social et factuel au cours des 20 dernières années, lui permettaient de revoir la constitutionnalité de la prohibition de l’aide médicale à mourir.

[29] La juge de première instance a ensuite procédé à l’analyse fondée sur la *Charte*. Elle s’est d’abord demandé si la prohibition violait la garantie d’égalité de l’art. 15. Elle a conclu que les dispositions imposaient un fardeau disproportionné aux personnes handicapées physiquement, car pour s’enlever la vie, elles seules sont limitées au refus de s’alimenter et de s’hydrater (par. 1076). À son avis, cette distinction est discriminatoire et n’est pas justifiée au regard de l’article premier. Bien que l’objectif de la prohibition — protéger les personnes vulnérables contre toute incitation à se donner la mort dans un moment de faiblesse — soit urgent et réel, et qu’il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, la prohibition ne constitue pas une atteinte minimale. Un [TRADUCTION] « régime assorti d’exceptions, rigoureusement circonscrit et surveillé attentivement » permettrait de réaliser l’objectif du législateur :

[TRADUCTION] Accorder une aide médicale à mourir aux personnes grièvement malades et condamnées à des souffrances irrémédiables — des personnes capables, bien informées, non ambivalentes, qui n’ont subi aucune coercition ou contrainte —, dans le cadre d’un régime comportant des garanties rigoureuses et bien appliquées, pourrait permettre de réaliser réellement et substantiellement cet objectif. [par. 1243]

[30] Examinant l’art. 7 de la *Charte*, qui protège le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, la juge de première instance a conclu

interests. The prohibition on seeking physician-assisted dying deprived individuals of liberty, which encompasses “the right to non-interference by the state with fundamentally important and personal medical decision-making” (para. 1302). In addition, it also impinged on Ms. Taylor’s security of the person by restricting her control over her bodily integrity. While the trial judge rejected a “qualitative” approach to the right to life, concluding that the right to life is only engaged by a threat of death, she concluded that Ms. Taylor’s right to life was engaged insofar as the prohibition might force her to take her life earlier than she otherwise would if she had access to a physician-assisted death.

[31] The trial judge concluded that the deprivation of the claimants’ s. 7 rights was not in accordance with the principles of fundamental justice, particularly the principles against overbreadth and gross disproportionality. The prohibition was broader than necessary, as the evidence showed that a system with properly designed and administered safeguards offered a less restrictive means of reaching the government’s objective. Moreover, the “very severe” effects of the absolute prohibition in relation to its salutary effects rendered it grossly disproportionate (para. 1378). As with the s. 15 infringement, the trial judge found the s. 7 infringement was not justified under s. 1.

[32] In the result, the trial judge declared the prohibition unconstitutional, granted a one-year suspension of invalidity, and provided Ms. Taylor with a constitutional exemption for use during the one-year period of the suspension. Ms. Taylor passed away prior to the appeal of this matter, without accessing the exemption.

[33] In a separate decision on costs (2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224), the trial judge ordered an award of special costs in favour of the plaintiffs. The issues in the case were “complex and

que la prohibition avait une incidence sur ces trois intérêts. La prohibition de demander de l’aide médicale à mourir privait les personnes de leur liberté, qui comporte [TRADUCTION] « le droit d’être protégé des ingérences de l’État relativement aux décisions médicales fondamentalement importantes et personnelles » (par. 1302). La prohibition empiétait également sur la sécurité de la personne de M<sup>me</sup> Taylor en limitant la maîtrise qu’elle exerçait sur son intégrité corporelle. Même si la juge de première instance a rejeté une approche « qualitative » du droit à la vie et a statué que seule une menace de mort faisait intervenir ce droit, elle a estimé que le droit à la vie de M<sup>me</sup> Taylor était en jeu dans la mesure où la prohibition la forcerait peut-être à s’enlever la vie plus tôt qu’elle ne le ferait si elle pouvait obtenir une aide médicale à mourir.

[31] La juge de première instance a statué que l’atteinte aux droits garantis aux demandeurs par l’art. 7 n’était pas conforme aux principes de justice fondamentale, en particulier les principes qui interdisent la portée excessive et le caractère totalement disproportionné. La prohibition était plus large que nécessaire, car la preuve établissait qu’un régime offrant des garanties conçues et appliquées adéquatement constituait un moyen moins restrictif de réaliser l’objectif gouvernemental. En outre, les effets [TRADUCTION] « très graves » de la prohibition absolue, par rapport à ses effets bénéfiques, la rendaient totalement disproportionnée (par. 1378). Tout comme dans le cas de la violation de l’art. 15, la juge a conclu que la violation de l’art. 7 n’était pas justifiée aux termes de l’article premier.

[32] En conséquence, la juge de première instance a déclaré la prohibition inconstitutionnelle, a suspendu pour un an la prise d’effet de sa déclaration d’invalidité et a accordé à M<sup>me</sup> Taylor une exemption constitutionnelle qu’elle pourrait utiliser pendant cette période de suspension. M<sup>me</sup> Taylor est décédée avant l’audition de l’appel de cette décision, sans recourir à l’exemption.

[33] Dans une décision distincte relative aux dépens (2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224), la juge de première instance a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs. Les questions soulevées



momentous” (para. 87) and the plaintiffs could not have prosecuted the case without assistance from pro bono counsel; an award of special costs would therefore promote the public interest in encouraging experienced counsel to take on *Charter* litigation on a pro bono basis. The trial judge ordered the Attorney General of British Columbia to pay 10 percent of the costs, noting that she had taken a full and active role in the proceedings. Canada was ordered to pay the remaining 90 percent of the award.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*

[34] The majority of the Court of Appeal, per Newbury and Saunders J.J.A., allowed Canada’s appeal on the ground that the trial judge was bound to follow this Court’s decision in *Rodriguez*. The majority concluded that neither the change in legislative and social facts nor the new legal issues relied on by the trial judge permitted a departure from *Rodriguez*.

[35] The majority read *Rodriguez* as implicitly rejecting the proposition that the prohibition infringes the right to life under s. 7 of the *Charter*. It concluded that the post-*Rodriguez* principles of fundamental justice — namely overbreadth and gross disproportionality — did not impose a new legal framework under s. 7. While acknowledging that the reasons in *Rodriguez* did not follow the analytical methodology that now applies under s. 7, the majority held that this would not have changed the result.

[36] The majority also noted that *Rodriguez* disposed of the s. 15 equality argument (which only two judges in that case expressly considered) by holding that any rights violation worked by the prohibition was justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. The decision in *Hutterian*

étaient [TRADUCTION] « complexes et de grande importance » (par. 87) et les demandeurs n’auraient pas pu poursuivre l’affaire sans l’aide d’un avocat bénévole; l’octroi de dépens spéciaux aurait donc pour effet de promouvoir l’intérêt du public à encourager les avocats d’expérience à accepter de se charger bénévolement de litiges fondés sur la *Charte*. La juge a ordonné à la procureure générale de la Colombie-Britannique de payer 10 pour 100 des dépens, soulignant qu’elle avait participé pleinement et activement à l’instance. Le Canada a été condamné à payer le reste, soit 90 pour 100 des dépens.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*

[34] Les juges majoritaires de la Cour d’appel, les juges Newbury et Saunders, ont accueilli l’appel du Canada pour le motif que la juge de première instance était tenue de suivre la décision de notre Cour dans *Rodriguez*. Ils ont conclu que ni la modification des faits législatifs et sociaux, ni les nouvelles questions de droit dont a fait état la juge de première instance, ne permettaient que l’on s’écarte de l’arrêt *Rodriguez*.

[35] Selon les juges majoritaires, la Cour dans *Rodriguez* a implicitement rejeté la proposition selon laquelle la prohibition porte atteinte au droit à la vie garanti par l’art. 7 de la *Charte*. Ils ont conclu que les principes de justice fondamentale établis après cet arrêt — la portée excessive et le caractère totalement disproportionné — n’avaient pas pour effet d’imposer un nouveau cadre juridique fondé sur l’art. 7. Tout en reconnaissant que les motifs exposés dans l’arrêt *Rodriguez* ne suivaient pas la méthode d’analyse maintenant applicable dans le cadre d’un examen fondé sur l’art. 7, les juges majoritaires ont estimé que cela n’aurait rien changé au résultat.

[36] Les juges majoritaires ont également signalé que, dans l’arrêt *Rodriguez*, la Cour avait tranché l’argument fondé sur le droit à l’égalité garanti par l’art. 15 (que seulement deux juges ont explicitement jugé applicable dans cette affaire) en décidant que toute violation de droits qui découle

*Brethren* did not represent a change in the law under s. 1. Had it been necessary to consider s. 1 in relation to s. 7, the majority opined, the s. 1 analysis carried out under s. 15 likely would have led to the same conclusion — the “blanket prohibition” under s. 241 of the *Criminal Code* was justified (para. 323). Accordingly, the majority concluded that “the trial judge was bound to find that the plaintiffs’ case had been authoritatively decided by *Rodriguez*” (para. 324).

[37] Commenting on remedy in the alternative, the majority of the Court of Appeal suggested the reinstatement of the free-standing constitutional exemption eliminated in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, instead of a declaration of invalidity, as a suspended declaration presented the spectre of a legislative vacuum.

[38] The majority denied the appellants their costs, given the outcome, but otherwise would have approved the trial judge’s award of special costs. In addition, the majority held that costs should not have been awarded against British Columbia.

[39] Finch C.J.B.C., dissenting, found no errors in the trial judge’s assessment of *stare decisis*, her application of s. 7, or the corresponding analysis under s. 1. However, he concluded that the trial judge was bound by Sopinka J.’s conclusion that any s. 15 infringement was saved by s. 1. While he essentially agreed with her s. 7 analysis, he would have accepted a broader, qualitative scope for the right to life. He agreed with the trial judge that the prohibition was not minimally impairing, and concluded that a “carefully regulated scheme” could meet Parliament’s objectives (para. 177); therefore, the breach of s. 7 could not be justified under s. 1.

de cette prohibition était justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l’article premier de la *Charte*. L’arrêt *Hutterian Brethren* n’a pas modifié le droit applicable en ce qui a trait à l’article premier. Selon les juges majoritaires, s’il avait été nécessaire d’examiner l’article premier au regard de l’art. 7, l’analyse que requiert l’article premier à l’égard d’une violation de l’art. 15 aurait mené à la même conclusion : la « prohibition générale » prévue à l’art. 241 du *Code criminel* était justifiée (par. 323). Les juges majoritaires ont donc estimé que [TRADUCTION] « la juge de première instance était tenue de conclure qu’on avait statué péremptoirement sur la cause des demandeurs dans l’arrêt *Rodriguez* » (par. 324).

[37] Dans leurs commentaires subsidiaires relatifs à la réparation, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont suggéré le rétablissement de l’exemption constitutionnelle indépendante qui a été éliminée dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, au lieu de déclarer la prohibition invalide, puisqu’une déclaration d’invalidité dont l’effet est suspendu faisait apparaître le spectre d’un vide législatif.

[38] Les juges majoritaires ont refusé les dépens aux appelants, étant donné l’issue de l’appel, mais ils auraient par ailleurs approuvé l’ordonnance de la juge de première instance octroyant les dépens spéciaux. Ils ont également statué que la Colombie-Britannique n’aurait pas dû être condamnée aux dépens.

[39] Le juge en chef Finch, dissident, n’a relevé aucune erreur dans l’examen, par la juge de première instance, du principe du *stare decisis*, dans l’application qu’elle a faite de l’art. 7, ni dans l’analyse correspondante fondée sur l’article premier. Il a toutefois conclu qu’elle était liée par la conclusion du juge Sopinka selon laquelle toute violation de l’art. 15 était sauvegardée par l’article premier. Bien qu’il ait souscrit pour l’essentiel à l’analyse fondée sur l’art. 7 qu’elle avait faite, il aurait aussi accepté qu’une portée plus large, et qualitative, soit conférée au droit à la vie. Il a convenu avec elle que la prohibition ne constituait pas une atteinte minimale,

He would have upheld the trial judge's order on costs.

#### V. Issues on Appeal

[40] The main issue in this case is whether the prohibition on physician-assisted dying found in s. 241(b) of the *Criminal Code* violates the claimants' rights under ss. 7 and 15 of the *Charter*. For the purposes of their claim, the appellants use "physician-assisted death" and "physician-assisted dying" to describe the situation where a physician provides or administers medication that intentionally brings about the patient's death, at the request of the patient. The appellants advance two claims: (1) that the prohibition on physician-assisted dying deprives competent adults, who suffer a grievous and irremediable medical condition that causes the person to endure physical or psychological suffering that is intolerable to that person, of their right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*; and (2) that the prohibition deprives adults who are physically disabled of their right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*.

[41] Before turning to the *Charter* claims, two preliminary issues arise: (1) whether this Court's decision in *Rodriguez* can be revisited; and (2) whether the prohibition is beyond Parliament's power because physician-assisted dying lies at the core of the provincial jurisdiction over health.

#### VI. Was the Trial Judge Bound by *Rodriguez*?

[42] The adjudicative facts in *Rodriguez* were very similar to the facts before the trial judge. Ms. Rodriguez, like Ms. Taylor, was dying of ALS.

et a conclu qu'un [TRADUCTION] « régime soigneusement réglementé » pourrait satisfaire aux objectifs du législateur (par. 177); la violation de l'art. 7 ne pouvait donc, à son sens, être justifiée au regard de l'article premier. Il aurait confirmé l'ordonnance de première instance relative aux dépens.

#### V. Questions en litige soulevées dans le présent pourvoi

[40] La principale question à trancher en l'espèce est de savoir si la prohibition de l'aide médicale à mourir que l'on trouve à l'al. 241b) du *Code criminel* viole les droits garantis aux demandeurs par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Pour les besoins de leur demande, les appelants emploient l'expression « aide médicale à mourir » (*physician-assisted death* et *physician-assisted dying*) pour décrire le fait, pour un médecin, de fournir ou d'administrer un médicament qui provoque intentionnellement le décès du patient à la demande de ce dernier. Les appelants invoquent deux moyens : (1) que la prohibition de l'aide médicale à mourir prive de leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* les adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables leur causant des souffrances physiques et psychologiques persistantes qui leur sont intolérables; et (2) que la prohibition prive les adultes affectés d'un handicap physique de leur droit à un traitement égal garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

[41] Avant d'examiner les demandes fondées sur la *Charte*, deux questions préliminaires se posent : (1) la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Rodriguez* peut-elle être réexaminée? Et (2) la prohibition outrepasset-elle la compétence du Parlement du fait que l'aide médicale à mourir se rattache au contenu essentiel de la compétence provinciale sur la santé?

#### VI. La juge de première instance était-elle liée par l'arrêt *Rodriguez*?

[42] Les faits en litige dans *Rodriguez* étaient très semblables à ceux dont était saisie la juge de première instance. M<sup>me</sup> Rodriguez, comme M<sup>me</sup> Taylor,

She, like Ms. Taylor, wanted the right to seek a physician's assistance in dying when her suffering became intolerable. The majority of the Court, per Sopinka J., held that the prohibition deprived Ms. Rodriguez of her security of the person, but found that it did so in a manner that was in accordance with the principles of fundamental justice. The majority also assumed that the provision violated the claimant's s. 15 rights, but held that the limit was justified under s. 1 of the *Charter*.

[43] Canada and Ontario argue that the trial judge was bound by *Rodriguez* and not entitled to revisit the constitutionality of the legislation prohibiting assisted suicide. Ontario goes so far as to argue that “vertical *stare decisis*” is a constitutional principle that requires all lower courts to rigidly follow this Court's *Charter* precedents unless and until this Court sets them aside.

[44] The doctrine that lower courts must follow the decisions of higher courts is fundamental to our legal system. It provides certainty while permitting the orderly development of the law in incremental steps. However, *stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis. Trial courts may reconsider settled rulings of higher courts in two situations: (1) where a new legal issue is raised; and (2) where there is a change in the circumstances or evidence that “fundamentally shifts the parameters of the debate” (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 42).

[45] Both conditions were met in this case. The trial judge explained her decision to revisit *Rodriguez* by noting the changes in both the legal framework for s. 7 and the evidence on controlling the risk of abuse associated with assisted suicide.

allait mourir de la SLA. Elle revendiquait, elle aussi, le droit de demander une aide médicale à mourir lorsque sa souffrance deviendrait intolérable. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Sopinka a statué que la prohibition portait atteinte au droit de M<sup>me</sup> Rodriguez à la sécurité de sa personne, mais d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale. Les juges majoritaires ont également supposé que la disposition en cause portait atteinte aux droits garantis à la plaignante par l'art. 15, mais ont conclu que cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[43] Le Canada et l'Ontario soutiennent que la juge de première instance était liée par l'arrêt *Rodriguez* et n'était pas autorisée à réexaminer la constitutionnalité des dispositions législatives qui interdisent l'aide au suicide. L'Ontario va même jusqu'à prétendre que le [TRADUCTION] « *stare decisis* vertical » est un principe *constitutionnel* qui oblige toutes les juridictions inférieures à suivre rigoureusement les précédents de la Cour relatifs à la *Charte*, et ce, tant et aussi longtemps que la Cour ne les a pas écartés.

[44] La doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures est un principe fondamental de notre système juridique. Elle confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit. Cependant, le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42).

[45] Ces deux conditions étaient réunies en l'espèce. La juge de première instance a expliqué sa décision de réexaminer l'arrêt *Rodriguez* en signalant les changements, tant dans le cadre juridique applicable à l'art. 7 que dans la preuve relative à la maîtrise du risque d'abus associé à l'aide au suicide.

[46] The argument before the trial judge involved a different legal conception of s. 7 than that prevailing when *Rodriguez* was decided. In particular, the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality had materially advanced since *Rodriguez*. The majority of this Court in *Rodriguez* acknowledged the argument that the impugned laws were “over-inclusive” when discussing the principles of fundamental justice (see p. 590). However, it did not apply the principle of overbreadth as it is currently understood, but instead asked whether the prohibition was “arbitrary or unfair in that it is unrelated to the state’s interest in protecting the vulnerable, and that it lacks a foundation in the legal tradition and societal beliefs which are said to be represented by the prohibition” (p. 595). By contrast, the law on overbreadth, now explicitly recognized as a principle of fundamental justice, asks whether the law interferes with some conduct that has no connection to the law’s objectives (*Bedford*, at para. 101). This different question may lead to a different answer. The majority’s consideration of overbreadth under s. 1 suffers from the same defect: see *Rodriguez*, at p. 614. Finally, the majority in *Rodriguez* did not consider whether the prohibition was grossly disproportionate.

[47] The matrix of legislative and social facts in this case also differed from the evidence before the Court in *Rodriguez*. The majority in *Rodriguez* relied on evidence of (1) the widespread acceptance of a moral or ethical distinction between passive and active euthanasia (pp. 605-7); (2) the lack of any “halfway measure” that could protect the vulnerable (pp. 613-14); and (3) the “substantial consensus” in Western countries that a blanket prohibition is necessary to protect against the slippery slope (pp. 601-6 and 613). The record before the trial judge in this case contained evidence that, if accepted, was capable of undermining each of these conclusions (see

[46] L’argument présenté à la juge de première instance reposait sur une conception juridique de l’art. 7 différente de celle qui avait cours lors du prononcé de l’arrêt *Rodriguez*. Plus particulièrement, le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l’arrêt *Rodriguez*. Les juges majoritaires de notre Cour dans *Rodriguez* ont pris note de l’argument selon lequel les dispositions contestées avaient une « portée excessive » lorsqu’ils ont analysé les principes de justice fondamentale (voir p. 590). Ils n’ont toutefois pas appliqué le principe de la portée excessive au sens où on l’entend aujourd’hui; ils se sont plutôt demandé si la prohibition était « arbitraire ou injuste parce qu’elle n’a aucun lien avec l’intérêt de l’État à protéger la personne vulnérable et parce qu’elle n’a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente » (p. 595). À l’opposé, le droit applicable à la portée excessive, désormais reconnu explicitement comme principe de justice fondamentale, veut que l’on détermine si la disposition empiète sur un comportement sans lien avec son objectif (*Bedford*, par. 101). Cette question différente peut appeler une réponse différente. L’analyse que les juges majoritaires ont faite de la portée excessive sur la base de l’article premier souffre de la même lacune : voir *Rodriguez*, p. 614. Enfin, les juges majoritaires dans *Rodriguez* ne se sont pas demandé si la prohibition était totalement disproportionnée.

[47] L’ensemble des faits législatifs et sociaux dans l’affaire qui nous occupe diffèrait également des éléments de preuve soumis à la Cour dans l’affaire *Rodriguez*. Les juges majoritaires dans *Rodriguez* se sont fondés sur la preuve (1) de l’acceptation générale d’une distinction morale ou éthique entre l’euthanasie passive et l’euthanasie active (p. 605-607); (2) de l’absence de « demi-mesure » susceptible de protéger les personnes vulnérables (p. 613-614); et (3) du « consensus important », dans les pays occidentaux, sur l’opinion selon laquelle une prohibition générale est nécessaire pour empêcher un dérapage (p. 601-606

*Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 136, per Rothstein J.).

[48] While we do not agree with the trial judge that the comments in *Hutterian Brethren* on the s. 1 proportionality doctrine suffice to justify reconsideration of the s. 15 equality claim, we conclude it was open to the trial judge to reconsider the s. 15 claim as well, given the fundamental change in the facts.

VII. Does the Prohibition Interfere With the “Core” of the Provincial Jurisdiction Over Health?

[49] The appellants accept that the prohibition on assisted suicide is, in general, a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. However, they say that the doctrine of interjurisdictional immunity means that the prohibition cannot constitutionally apply to physician-assisted dying, because it lies at the core of the provincial jurisdiction over health care under s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, and is therefore beyond the legislative competence of the federal Parliament.

[50] The doctrine of interjurisdictional immunity is premised on the idea that the heads of power in ss. 91 and 92 are “exclusive”, and therefore each have a “minimum and unassailable” core of content that is immune from the application of legislation enacted by the other level of government (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 33-34). To succeed in their argument on this point, the appellants must show that the prohibition, insofar as it extends to physician-assisted dying, impairs the “protected core” of the provincial jurisdiction over health:

et 613). Le dossier soumis à la juge des faits en l'espèce comportait des éléments de preuve susceptibles de miner chacune de ces conclusions s'ils étaient acceptés (voir *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 136, le juge Rothstein).

[48] Bien que nous ne soyons pas d'accord avec la juge de première instance pour dire que les observations faites dans *Hutterian Brethren* au sujet du principe de la proportionnalité garanti à l'article premier suffisent pour justifier un réexamen de la prétention fondée sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 15, nous estimons que la juge pouvait également réexaminer la prétention fondée sur l'art. 15, compte tenu des faits radicalement différents.

VII. La prohibition porte-t-elle atteinte au « contenu essentiel » de la compétence provinciale sur la santé?

[49] Les appelants reconnaissent que la prohibition de l'aide au suicide constitue généralement un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel conférée au gouvernement fédéral par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils affirment toutefois que, selon la doctrine de l'exclusivité des compétences, la prohibition ne peut constitutionnellement s'appliquer à l'aide médicale à mourir car elle touche à l'essence même de la compétence en matière de santé conférée aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elle outrepassé donc la compétence législative du Parlement fédéral.

[50] La doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémisse que les chefs de compétence prévus aux art. 91 et 92 sont « exclusifs » et ont donc chacun un contenu essentiel « minimum [...] et irréductible » qui échappe à l'application de la législation édictée par l'autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 33-34). Pour que leur argument sur ce point soit retenu, les appelants doivent démontrer que la prohibition, dans la mesure où elle s'applique à l'aide médicale à mourir, entrave le « contenu essentiel protégé » de la

*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256, at para. 131.

[51] This Court rejected a similar argument in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134. The issue in that case was “whether the delivery of health care services constitutes a protected core of the provincial power over health care in s. 92(7), (13) and (16) . . . and is therefore immune from federal interference” (para. 66). The Court concluded that it did not (per McLachlin C.J.):

. . . Parliament has power to legislate with respect to federal matters, notably criminal law, that touch on health. For instance, it has historic jurisdiction to prohibit medical treatments that are dangerous, or that it perceives as “socially undesirable” behaviour: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. The federal role in the domain of health makes it impossible to precisely define what falls in or out of the proposed provincial “core”. Overlapping federal jurisdiction and the sheer size and diversity of provincial health power render daunting the task of drawing a bright line around a protected provincial core of health where federal legislation may not tread. [para. 68]

[52] The appellants and the Attorney General of Quebec (who intervened on this point) say that it is possible to describe a precise core for the power over health, and thereby to distinguish *PHS*. The appellants’ proposed core is described as a power to deliver necessary medical treatment for which there is no alternative treatment capable of meeting a patient’s needs (A.F., at para. 43). Quebec takes a slightly different approach, defining the core as the power to establish the kind of health care offered to patients and supervise the process of consent required for that care (I.F., at para. 7).

compétence provinciale en matière de santé : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256, par. 131.

[51] Notre Cour a rejeté un argument similaire dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134. Il s’agissait dans cette affaire de déterminer « si la prestation de soins de santé fait partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) [. . .] en matière de santé et si elle est de ce fait à l’abri d’une ingérence fédérale » (par. 66). La Cour a conclu que non (la juge en chef McLachlin) :

. . . le Parlement a le pouvoir de légiférer dans des matières de compétence fédérale, comme le droit criminel, qui touchent la santé. Ainsi, il a toujours eu le pouvoir d’interdire les traitements médicaux dangereux ou qui, selon lui, constituent une « conduite socialement répréhensible » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Compte tenu du rôle dévolu au fédéral dans le domaine de la santé, il est impossible de définir précisément les éléments que comporterait ou non le « contenu essentiel » provincial proposé. La compétence fédérale concurrente, ainsi que l’ampleur même et la diversité de la compétence provinciale en matière de santé rendent pratiquement insurmontable la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial qui serait protégé de toute incursion fédérale. [par. 68]

[52] Les appelants et la procureure générale du Québec (qui est intervenue sur ce point) affirment qu’il est possible de définir avec précision le contenu essentiel de la compétence en matière de santé et, par conséquent, d’établir une distinction d’avec l’arrêt *PHS*. Le contenu essentiel proposé par les appelants est décrit comme le pouvoir d’administrer le traitement médical nécessaire lorsqu’aucun autre traitement ne peut répondre aux besoins du patient (m.a., par. 43). Le Québec adopte une démarche légèrement différente en définissant le contenu essentiel comme le pouvoir de décider du type de soins de santé à offrir aux patients et de superviser la procédure relative au consentement requis pour ces soins (m.i., par. 7).

[53] We are not persuaded by the submissions that *PHS* is distinguishable, given the vague terms in which the proposed definitions of the “core” of the provincial health power are couched. In our view, the appellants have not established that the prohibition on physician-assisted dying impairs the core of the provincial jurisdiction. Health is an area of concurrent jurisdiction; both Parliament and the provinces may validly legislate on the topic: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 32; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142. This suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government, depending on the circumstances and focus of the legislation. We are not satisfied on the record before us that the provincial power over health excludes the power of the federal Parliament to legislate on physician-assisted dying. It follows that the interjurisdictional immunity claim cannot succeed.

#### VIII. Section 7

[54] Section 7 of the *Charter* states that “[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.”

[55] In order to demonstrate a violation of s. 7, the claimants must first show that the law interferes with, or deprives them of, their life, liberty or security of the person. Once they have established that s. 7 is engaged, they must then show that the deprivation in question is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[56] For the reasons below, we conclude that the prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of Ms. Taylor and of persons in her position, and that it does so in a manner that is overbroad and thus is not in

[53] Nous ne sommes pas convaincus par les arguments selon lesquels il est possible de faire une distinction d’avec *PHS*, compte tenu des mots vagues employés dans les définitions proposées du « contenu essentiel » de la compétence provinciale en matière de santé. À notre avis, les appelants n’ont pas établi que la prohibition de l’aide médicale à mourir empiète sur le contenu essentiel de la compétence provinciale. La santé est un domaine de compétence concurrente; le Parlement et les provinces peuvent valablement légiférer dans ce domaine : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 32; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142. Ceci laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent valablement légiférer sur des aspects de l’aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l’objet du texte législatif. Le dossier qui nous a été soumis ne nous convainc pas que la compétence provinciale en matière de santé exclut la compétence du Parlement fédéral de légiférer sur l’aide médicale à mourir. Il s’ensuit que la prétention fondée sur l’exclusivité des compétences ne peut être retenue.

#### VIII. L’article 7

[54] Aux termes de l’art. 7 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[55] Pour faire la preuve d’une violation de l’art. 7, les demandeurs doivent d’abord démontrer que la loi porte atteinte à leur vie, à leur liberté ou à la sécurité de leur personne, ou les en prive. Une fois qu’ils ont établi que l’art. 7 entre en jeu, ils doivent alors démontrer que la privation en cause n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[56] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que la prohibition de l’aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de M<sup>me</sup> Taylor et des personnes se trouvant dans sa situation, et qu’elle le fait d’une manière



accordance with the principles of fundamental justice. It therefore violates s. 7.

A. *Does the Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?*

(1) Life

[57] The trial judge found that the prohibition on physician-assisted dying had the effect of forcing some individuals to take their own lives prematurely, for fear that they would be incapable of doing so when they reached the point where suffering was intolerable. On that basis, she found that the right to life was engaged.

[58] We see no basis for interfering with the trial judge’s conclusion on this point. The evidence of premature death was not challenged before this Court. It is therefore established that the prohibition deprives some individuals of life.

[59] The appellants and a number of the interveners urge us to adopt a broader, qualitative approach to the right to life. Some argue that the right to life is not restricted to the preservation of life, but protects quality of life and therefore a right to die with dignity. Others argue that the right to life protects personal autonomy and fundamental notions of self-determination and dignity, and therefore includes the right to determine whether to take one’s own life.

[60] In dissent at the Court of Appeal, Finch C.J.B.C. accepted the argument that the right to life protects more than physical existence (paras. 84-89). In his view, the life interest is “intimately connected to the way a person values his or her lived experience. The point at which the meaning of life is lost, when life’s positive attributes are so diminished as to render life valueless, . . . is an intensely personal decision which ‘everyone’ has the right to make for him or herself” (para. 86). Similarly, in his dissent in *Rodriguez*, Cory J. accepted that the right to life included a right to die with dignity, on

excessive et de ce fait non conforme aux principes de justice fondamentale. Cette prohibition viole donc l’art. 7.

A. *La loi porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?*

(1) La vie

[57] La juge de première instance a conclu que la prohibition de l’aide médicale à mourir avait pour effet de forcer certaines personnes à s’enlever prématurément la vie, par crainte d’être incapables de le faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables. Elle a conclu pour cette raison que le droit à la vie entrainait en jeu.

[58] Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion de la juge de première instance sur ce point. La preuve de mort prématurée n’a pas été contestée devant notre Cour. Il est donc établi que la prohibition prive certaines personnes de la vie.

[59] Les appelants et plusieurs intervenants nous pressent d’adopter une conception qualitative et plus large du droit à la vie. Certains prétendent que ce droit ne se limite pas à la préservation de la vie, mais qu’il protège la qualité de la vie et, par conséquent, le droit de mourir dans la dignité. D’autres prétendent que le droit à la vie protège l’autonomie personnelle et les notions fondamentales d’autodétermination et de dignité, et qu’il englobe donc le droit de décider de s’enlever la vie.

[60] Dissident en Cour d’appel, le juge en chef Finch a retenu l’argument selon lequel le droit à la vie ne se limite pas à la protection de l’existence physique (par. 84-89). Selon lui, cet intérêt que l’on porte à la vie est [TRADUCTION] « intimement lié à la manière dont une personne apprécie ce que la vie lui a apporté. Déterminer le stade où la vie perd son sens, où ses avantages sont réduits à un point tel qu’elle ne vaut plus rien, [. . .] constitue une décision éminemment personnelle que “chacun” a le droit de prendre pour soi » (par. 86). De même, dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *Rodriguez*,

the ground that “dying is an integral part of living” (p. 630).

[61] The trial judge, on the other hand, rejected the “qualitative” approach to the right to life. She concluded that the right to life is only engaged when there is a threat of death as a result of government action or laws. In her words, the right to life is limited to a “right not to die” (para. 1322 (emphasis in original)).

[62] This Court has most recently invoked the right to life in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, where evidence showed that the lack of timely health care could result in death (paras. 38 and 50, per Deschamps J.; para. 123, per McLachlin C.J. and Major J.; and paras. 191 and 200, per Binnie and LeBel JJ.), and in *PHS*, where the clients of Insite were deprived of potentially lifesaving medical care (para. 91). In each case, the right was only engaged by the threat of death. In short, the case law suggests that the right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, either directly or indirectly. Conversely, concerns about autonomy and quality of life have traditionally been treated as liberty and security rights. We see no reason to alter that approach in this case.

[63] This said, we do not agree that the existential formulation of the right to life *requires* an absolute prohibition on assistance in dying, or that individuals cannot “waive” their right to life. This would create a “duty to live”, rather than a “right to life”, and would call into question the legality of any consent to the withdrawal or refusal of life-saving or life-sustaining treatment. The sanctity of life is one of our most fundamental societal values. Section 7 is rooted in a profound respect for the value of human life. But s. 7 also encompasses life, liberty and security of the person during the passage to death. It is for this reason that the sanctity of

le juge Cory a reconnu que le droit à la vie comprenait celui de mourir avec dignité, parce que « la mort fait partie intégrante de la vie » (p. 630).

[61] La juge de première instance, par contre, a rejeté la conception « qualitative » du droit à la vie. Elle a estimé que ce droit n’entre en jeu que si une menace de mort résulte d’une mesure ou de lois prises par l’État. Pour reprendre ses propos, le droit à la vie se limite au [TRADUCTION] « droit de ne pas mourir » (par. 1322 (souligné dans l’original)).

[62] Notre Cour a invoqué tout récemment le droit à la vie dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, où la preuve démontrait que l’absence de soins de santé fournis en temps opportun pouvait entraîner la mort (par. 38 et 50, la juge Deschamps; par. 123, la juge en chef McLachlin et le juge Major; par. 191 et 200, les juges Binnie et LeBel), ainsi que dans *PHS*, où les clients d’Insite étaient privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie (par. 91). Dans les deux cas, le droit n’était mis en jeu que par le danger de mort. En résumé, selon la jurisprudence, le droit à la vie entre en jeu lorsqu’une mesure ou une loi prise par l’État a directement ou indirectement pour effet d’imposer la mort à une personne ou de l’exposer à un risque accru de mort. Par contre, on a traditionnellement considéré que les préoccupations relatives à l’autonomie et à la qualité de vie étaient des droits à la liberté et à la sécurité. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette approche en l’espèce.

[63] Cela dit, nous ne sommes pas d’avis que la formulation existentielle du droit à la vie *exige* une prohibition absolue de l’aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu’un « droit à la vie », et la légalité de tout consentement au retrait d’un traitement vital ou d’un traitement de maintien de la vie, ou du refus d’un tel traitement, serait remise en question. Le caractère sacré de la vie est une des valeurs les plus fondamentales de notre société. L’article 7 émane d’un profond respect pour la valeur de la vie humaine, mais il englobe aussi la vie, la liberté et la

life “is no longer seen to require that all human life be preserved at all costs” (*Rodriguez*, at p. 595, per Sopinka J.). And it is for this reason that the law has come to recognize that, in certain circumstances, an individual’s choice about the end of her life is entitled to respect. It is to this fundamental choice that we now turn.

(2) Liberty and Security of the Person

[64] Underlying both of these rights is a concern for the protection of individual autonomy and dignity. Liberty protects “the right to make fundamental personal choices free from state interference”: *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 54. Security of the person encompasses “a notion of personal autonomy involving . . . control over one’s bodily integrity free from state interference” (*Rodriguez*, at pp. 587-88, per Sopinka J., referring to *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30) and it is engaged by state interference with an individual’s physical or psychological integrity, including any state action that causes physical or serious psychological suffering (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 58; *Blencoe*, at paras. 55-57; *Chaoulli*, at para. 43, per Deschamps J.; para. 119, per McLachlin C.J. and Major J.; and paras. 191 and 200, per Binnie and LeBel JJ.). While liberty and security of the person are distinct interests, for the purpose of this appeal they may be considered together.

[65] The trial judge concluded that the prohibition on assisted dying limited Ms. Taylor’s s. 7 right to liberty and security of the person, by interfering with “fundamentally important and personal medical decision-making” (para. 1302), imposing pain and psychological stress and depriving her of control over her bodily integrity (paras. 1293-94). She found that the prohibition left people like Ms. Taylor to suffer physical or psychological pain

sécurité de la personne durant le passage à la mort. C’est pourquoi le caractère sacré de la vie « n’exige pas que toute vie humaine soit préservée à tout prix » (*Rodriguez*, p. 595, le juge Sopinka). Et pour cette raison, le droit en est venu à reconnaître que, dans certaines circonstances, il faut respecter le choix d’une personne quant à la fin de sa vie. C’est de ce choix fondamental que nous allons maintenant traiter.

(2) La liberté et la sécurité de la personne

[64] Le souci de protéger l’autonomie et la dignité de la personne sous-tend ces deux droits. La liberté protège « le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l’État » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 54. La sécurité de la personne englobe « une notion d’autonomie personnelle qui comprend [. . .] la maîtrise de l’intégrité de sa personne sans aucune intervention de l’État » (*Rodriguez*, p. 587-588, le juge Sopinka, citant *R. c. Morgentaler*, [1998] 1 R.C.S. 30) et elle est mise en jeu par l’atteinte de l’État à l’intégrité physique ou psychologique d’une personne, y compris toute mesure prise par l’État qui cause des souffrances physiques ou de graves souffrances psychologiques (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 58; *Blencoe*, par. 55-57; *Chaoulli*, par. 43, la juge Deschamps; par. 119, la juge en chef McLachlin et le juge Major; par. 191 et 200, les juges Binnie et LeBel). Bien que la liberté et la sécurité de la personne constituent des intérêts distincts, elles peuvent être examinées ensemble pour les besoins du présent pourvoi.

[65] La juge de première instance a conclu que la prohibition de l’aide à mourir limitait le droit à la liberté et à la sécurité de la personne reconnu par l’art. 7 à M<sup>me</sup> Taylor en entravant la [TRADUCTION] « prise de décisions d’ordre médical fondamentalement importantes et personnelles » (par. 1302), en lui causant de la douleur et un stress psychologique et en la privant de la maîtrise de son intégrité corporelle (par. 1293-1294). Elle a estimé

and imposed stress due to the unavailability of physician-assisted dying, impinging on her security of the person. She further noted that seriously and irremediably ill persons were “denied the opportunity to make a choice that may be very important to their sense of dignity and personal integrity” and that is “consistent with their life-long values and that reflects their life’s experience” (para. 1326).

[66] We agree with the trial judge. An individual’s response to a grievous and irremediable medical condition is a matter critical to their dignity and autonomy. The law allows people in this situation to request palliative sedation, refuse artificial nutrition and hydration, or request the removal of life-sustaining medical equipment, but denies them the right to request a physician’s assistance in dying. This interferes with their ability to make decisions concerning their bodily integrity and medical care and thus trenches on liberty. And, by leaving people like Ms. Taylor to endure intolerable suffering, it impinges on their security of the person.

[67] The law has long protected patient autonomy in medical decision-making. In *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, a majority of this Court, per Abella J. (the dissent not disagreeing on this point), endorsed the “tenacious relevance in our legal system of the principle that competent individuals are — and should be — free to make decisions about their bodily integrity” (para. 39). This right to “decide one’s own fate” entitles adults to direct the course of their own medical care (para. 40): it is this principle that underlies the concept of “informed consent” and is protected by s. 7’s guarantee of liberty and security of the person (para. 100; see also *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). As noted in *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74

que la prohibition laissait des personnes comme M<sup>me</sup> Taylor subir de la douleur physique et psychologique et leur imposait un stress parce qu’il leur était impossible d’obtenir une aide médicale à mourir, ce qui portait atteinte à la sécurité de leur personne. Elle a également signalé que les personnes atteintes d’une maladie grave et irrémédiable étaient [TRADUCTION] « privées de la possibilité de faire un choix qui peut s’avérer très important pour leur sentiment de dignité et leur intégrité personnelle », un choix « compatible avec les valeurs qu’elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu » (par. 1326).

[66] Nous partageons l’avis de la juge de première instance. La réaction d’une personne à des problèmes de santé graves et irrémédiables est primordiale pour sa dignité et son autonomie. La loi permet aux personnes se trouvant dans cette situation de demander une sédation palliative, de refuser une alimentation et une hydratation artificielles ou de réclamer le retrait d’un équipement médical de maintien de la vie, mais leur nie le droit de demander l’aide d’un médecin pour mourir. La loi prive ces personnes de la possibilité de prendre des décisions relatives à leur intégrité corporelle et aux soins médicaux et elle empiète ainsi sur leur liberté. Et en laissant des personnes comme M<sup>me</sup> Taylor subir des souffrances intolérables, elle empiète sur la sécurité de leur personne.

[67] Le droit protège depuis longtemps l’autonomie du patient dans la prise de décisions d’ordre médical. Dans *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l’enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, notre Cour, dont l’opinion majoritaire a été rédigée par la juge Abella (la dissidence ne porte pas sur ce point), a reconnu la « solide pertinence qui, dans notre système juridique, caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent — et doivent pouvoir — prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle » (par. 39). Ce droit de « décider de son propre sort » permet aux adultes de dicter le cours de leur propre traitement médical (par. 40) : c’est ce principe qui sous-tend la notion de « consentement éclairé » et qui est protégé par

(C.A.), the right of medical self-determination is not vitiated by the fact that serious risks or consequences, including death, may flow from the patient's decision. It is this same principle that is at work in the cases dealing with the right to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment be withdrawn or discontinued: see, e.g., *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); and *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. Sup. Ct.).

[68] In *Blencoe*, a majority of the Court held that the s. 7 liberty interest is engaged “where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices” (para. 49). In *A.C.*, where the claimant sought to refuse a potentially lifesaving blood transfusion on religious grounds, Binnie J. noted that we may “instinctively recoil” from the decision to seek death because of our belief in the sanctity of human life (para. 219). But his response is equally relevant here: it is clear that anyone who seeks physician-assisted dying because they are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition “does so out of a deeply personal and fundamental belief about how they wish to live, or cease to live” (*ibid.*). The trial judge, too, described this as a decision that, for some people, is “very important to their sense of dignity and personal integrity, that is consistent with their lifelong values and that reflects their life’s experience” (para. 1326). This is a decision that is rooted in their control over their bodily integrity; it represents their deeply personal response to serious pain and suffering. By denying them the opportunity to make that choice, the prohibition impinges on their liberty and security of the person. As noted above, s. 7 recognizes the value of life, but it also honours the role that autonomy and dignity play at the end of that life. We therefore conclude that ss. 241(b) and 14 of the *Criminal Code*, insofar as they prohibit physician-assisted dying for competent adults who seek such assistance as a result of a grievous and irremediable medical condition that

la garantie de liberté et de sécurité de la personne figurant à l’art. 7 (par. 100; voir aussi *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Comme on l’a souligné dans *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), les risques ou conséquences graves, y compris la mort, que peut entraîner la décision du patient ne permettent aucunement de porter atteinte au libre choix en matière médicale. C’est ce même principe qui s’applique dans les affaires relatives au droit de refuser de consentir à un traitement médical, ou d’en exiger le retrait ou l’interruption : voir, p. ex., *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.).

[68] Dans *Blencoe*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que l’intérêt relatif à la liberté garantie par l’art. 7 est en cause « lorsque des contraintes ou des interdictions de l’État influent sur les choix importants et fondamentaux qu’une personne peut faire dans sa vie » (par. 49). Dans *A.C.*, où la demanderesse voulait, pour des motifs religieux, refuser une transfusion sanguine susceptible de lui sauver la vie, le juge Binnie a indiqué que nous pouvons avoir « instinctivement un mouvement de recul » devant la décision de demander la mort en raison de notre conception du caractère sacré de la vie (par. 219). Mais sa réponse est également pertinente en l’espèce : il est clair qu’une personne qui demande une aide médicale à mourir parce que des problèmes de santé graves et irrémédiables lui causent des souffrances intolérables « le fait à cause d’une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir » (*ibid.*). La juge de première instance a elle aussi affirmé qu’il s’agit, pour certaines personnes, d’une décision qui [TRADUCTION] « revêt une grande importance pour leur sentiment de dignité et d’autonomie, qui est compatible avec les valeurs qu’elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu » (par. 1326). Cette décision prend sa source dans la maîtrise qu’elles exercent sur leur intégrité corporelle; la décision représente leur réaction profondément personnelle à une douleur et à des souffrances aiguës. En niant la possibilité pour ces personnes de faire ce choix, la prohibition empiète sur leur liberté et la sécurité de leur personne. Comme nous l’avons

causes enduring and intolerable suffering, infringe the rights to liberty and security of the person.

[69] We note, as the trial judge did, that Lee Carter and Hollis Johnson’s interest in liberty may be engaged by the threat of criminal sanction for their role in Kay Carter’s death in Switzerland. However, this potential deprivation was not the focus of the arguments raised at trial, and neither Ms. Carter nor Mr. Johnson sought a personal remedy before this Court. Accordingly, we have confined ourselves to the rights of those who seek assistance in dying, rather than of those who might provide such assistance.

(3) Summary on Section 7: Life, Liberty and Security of the Person

[70] For the foregoing reasons, we conclude that the prohibition on physician-assisted dying deprived Ms. Taylor and others suffering from grievous and irremediable medical conditions of the right to life, liberty and security of the person. The remaining question under s. 7 is whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice.

B. *The Principles of Fundamental Justice*

[71] Section 7 does not promise that the state will never interfere with a person’s life, liberty or security of the person — laws do this all the time — but rather that the state will not do so in a way that violates the principles of fundamental justice.

[72] Section 7 does not catalogue the principles of fundamental justice to which it refers. Over the course of 32 years of *Charter* adjudication, this

vu, l’art. 7 reconnaît la valeur de la vie, mais respecte aussi la place qu’occupent l’autonomie et la dignité à la fin de cette vie. Nous concluons donc que, dans la mesure où ils prohibent l’aide médicale à mourir que demandent des adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables, l’al. 241*b*) et l’art. 14 du *Code criminel* portent atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne.

[69] À l’instar de la juge de première instance, nous faisons observer que le droit à la liberté de Lee Carter et de Hollis Johnson peut être mis en jeu par la menace d’une sanction criminelle en raison du rôle qu’ils ont joué dans la mort de Kay Carter en Suisse. Cette privation potentielle de liberté n’était cependant pas le point de mire des arguments soulevés au procès, et ni M<sup>me</sup> Carter ni M. Johnson n’ont demandé une réparation personnelle devant notre Cour. Nous nous sommes donc limités à examiner les droits des personnes qui demandent de l’aide pour mourir, plutôt que ceux des personnes qui pourraient dispenser cette aide.

(3) Résumé de l’analyse relative à l’art. 7 : la vie, la liberté et la sécurité de la personne

[70] Pour ces motifs, nous concluons que la prohibition de l’aide médicale à mourir a privé M<sup>me</sup> Taylor, ainsi que d’autres personnes affectées de problèmes de santé graves et irrémédiables, du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il reste à décider, pour l’application de l’art. 7, si cette privation était conforme aux principes de justice fondamentale.

B. *Les principes de justice fondamentale*

[71] L’article 7 garantit non pas que l’État ne portera jamais atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne — les lois le font constamment —, mais que l’État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale.

[72] L’article 7 ne répertorie pas les principes de justice fondamentale auxquels il renvoie. Au cours des 32 ans de décisions relatives à la *Charte*, notre

Court has worked to define the minimum constitutional requirements that a law that trenches on life, liberty or security of the person must meet (*Bedford*, at para. 94). While the Court has recognized a number of principles of fundamental justice, three have emerged as central in the recent s. 7 jurisprudence: laws that impinge on life, liberty or security of the person must not be arbitrary, overbroad, or have consequences that are grossly disproportionate to their object.

[73] Each of these potential vices involves comparison with the object of the law that is challenged (*Bedford*, at para. 123). The first step is therefore to identify the object of the prohibition on assisted dying.

[74] The trial judge, relying on *Rodriguez*, concluded that the object of the prohibition was to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness (para. 1190). All the parties except Canada accept this formulation of the object.

[75] Canada agrees that the prohibition is intended to protect the vulnerable, but argues that the object of the prohibition should also be defined more broadly as simply “the preservation of life” (R.F., at paras 66, 108, and 109). We cannot accept this submission.

[76] First, it is incorrect to say that the majority in *Rodriguez* adopted “the preservation of life” as the object of the prohibition on assisted dying. Justice Sopinka refers to the preservation of life when discussing the objectives of s. 241(b) (pp. 590, 614). However, he later clarifies this comment, stating that “[s]ection 241(b) has as its purpose the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide” (p. 595). Sopinka J. then goes on to note that this purpose is “grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken” (*ibid.*). His remarks about the “preservation of life” in *Rodriguez* are best understood as a reference to an

Cour s’est employée à définir les exigences constitutionnelles minimales auxquelles doit satisfaire une loi qui empiète sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne (*Bedford*, par. 94). Bien que la Cour ait reconnu un certain nombre de principes de justice fondamentale, trois principes centraux se sont dégagés de la jurisprudence récente relative à l’art. 7 : les lois qui portent atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne doivent pas être arbitraires, avoir une portée excessive ou entraîner des conséquences totalement disproportionnées à leur objet.

[73] Chacun de ces vices potentiels suppose une comparaison avec l’objet de la loi contestée (*Bedford*, par. 123). La première étape consiste donc à cerner l’objet visé par la prohibition de l’aide à mourir.

[74] S’appuyant sur l’arrêt *Rodriguez*, la juge de première instance a conclu que la prohibition avait pour objet d’empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse (par. 1190). Toutes les parties sauf le Canada acceptent cet énoncé de l’objet.

[75] Le Canada convient que la prohibition vise à protéger la personne vulnérable, mais prétend que son objet doit aussi être défini plus largement et qu’il consiste simplement en [TRADUCTION] « la préservation de la vie » (m.i., par. 66, 108 et 109). Nous ne pouvons pas accepter cet argument.

[76] Premièrement, il est inexact de dire que les juges majoritaires dans *Rodriguez* ont retenu « la préservation de la vie » comme objet de la prohibition de l’aide à mourir. Le juge Sopinka parle de la préservation de la vie dans son analyse des objectifs de l’al. 241b) (p. 590, 614). Il précise toutefois par la suite cette remarque en disant que « [l]’alinéa 241b) vise à protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider » (p. 595). Le juge Sopinka poursuit en soulignant que cet objectif, « fondé sur l’intérêt de l’État à la protection de la vie, traduit la politique de l’État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d’ôter la vie » (*ibid.*). Il est préférable de considérer ses

animating social value rather than as a description of the specific object of the prohibition.

[77] Second, defining the object of the prohibition on physician-assisted dying as the preservation of life has the potential to short-circuit the analysis. In *RJR-MacDonald*, this Court warned against stating the object of a law “too broadly” in the s. 1 analysis, lest the resulting objective immunize the law from challenge under the *Charter* (para. 144). The same applies to assessing whether the principles of fundamental justice are breached under s. 7. If the object of the prohibition is stated broadly as “the preservation of life”, it becomes difficult to say that the means used to further it are overbroad or grossly disproportionate. The outcome is to this extent foreordained.

[78] Finally, the jurisprudence requires the object of the impugned law to be defined precisely for the purposes of s. 7. In *Bedford*, Canada argued that the bawdy-house prohibition in s. 210 of the *Code* should be defined broadly as to “deter prostitution” for the purposes of s. 7 (para. 131). This Court rejected this argument, holding that the object of the prohibition should be confined to measures directly targeted by the law (para. 132). That reasoning applies with equal force in this case. Section 241(b) is not directed at preserving life, or even at preventing suicide — attempted suicide is no longer a crime. Yet Canada asks us to posit that the object of the prohibition is to preserve life, whatever the circumstances. This formulation goes beyond the ambit of the provision itself. The direct target of the measure is the narrow goal of preventing vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness.

[79] Before turning to the principles of fundamental justice at play, a general comment is in order.

remarques au sujet de la « préservation de la vie » dans *Rodriguez* comme une mention d’une valeur sociale directrice plutôt que comme une description de l’objet précis de la prohibition.

[77] Deuxièmement, définir l’objet visé par la prohibition de l’aide médicale à mourir comme étant la préservation de la vie risque de court-circuiter l’analyse. Dans *RJR-MacDonald*, notre Cour a mis en garde contre une formulation « trop large » de l’objet d’une loi dans l’analyse fondée sur l’article premier, de crainte que l’objectif qui en résulte empêche toute contestation de la loi fondée sur la *Charte* (par. 144). Cette mise en garde vaut également lorsqu’il s’agit de déterminer si les principes de justice fondamentale ont été violés au sens de l’art. 7. Si l’on affirme de manière générale que la prohibition a pour objet « la préservation de la vie », il devient difficile de dire que les moyens utilisés pour atteindre cet objet ont une portée excessive ou sont totalement disproportionnés. Dans cette mesure, le résultat va nécessairement de soi.

[78] Enfin, la jurisprudence exige que l’objet de la loi contestée soit défini avec précision pour l’application de l’art. 7. Le Canada a soutenu dans *Bedford* que la prohibition de tenir une maison de débauche, énoncée à l’art. 210 du *Code*, devrait être définie largement de manière à ce qu’elle vise à « décourager la prostitution » pour l’application de l’art. 7 (par. 131). Notre Cour a rejeté cet argument et a estimé que l’objet de la prohibition devrait se limiter aux mesures directement visées par la loi (par. 132). Ce raisonnement vaut tout autant en l’espèce. L’alinéa 241b) ne vise pas à préserver la vie, ni même à prévenir le suicide — la tentative de suicide n’est plus un crime. Le Canada nous demande pourtant d’affirmer que l’objet de la prohibition est de préserver la vie, peu importe les circonstances. Cette formulation va au-delà du champ d’application de la disposition elle-même. Ce que vise directement la mesure, c’est le but restreint d’empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse.

[79] Avant d’entreprendre l’examen des principes de justice fondamentale en jeu, une remarque



In determining whether the deprivation of life, liberty and security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7, courts are not concerned with competing social interests or public benefits conferred by the impugned law. These competing moral claims and broad societal benefits are more appropriately considered at the stage of justification under s. 1 of the *Charter* (*Bedford*, at paras. 123 and 125).

[80] In *Bedford*, the Court noted that requiring s. 7 claimants “to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government’s s. 1 burden on claimants under s. 7” (para. 127; see also *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paras. 21-22). A claimant under s. 7 must show that the state has deprived them of their life, liberty or security of the person and that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice. They should not be tasked with also showing that these principles are “not overridden by a valid state or communal interest in these circumstances”: T. J. Singleton, “The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446, at p. 449. As this Court stated in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977:

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused’s right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused’s s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter* . . .

[81] In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (the “*Motor Vehicle Reference*”), Lamer J. (as he then was) explained that the principles of fundamental justice are derived from the essential elements of our system of justice, which is itself founded on a belief in the dignity and worth of every human person. To deprive a person of constitutional

générale s’impose. Lorsqu’ils déterminent si la privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale visés à l’art. 7, les tribunaux ne s’intéressent pas à des intérêts sociaux opposés ou aux avantages publics que procure la loi attaquée. Il convient plutôt d’étudier ces prétentions morales opposées et avantages généraux pour la société à l’étape de la justification au regard de l’article premier de la *Charte* (*Bedford*, par. 123 et 125).

[80] Dans *Bedford*, la Cour a fait remarquer qu’obliger la personne qui invoque l’art. 7 « à démontrer l’efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l’ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l’État pour l’application de l’article premier » (par. 127; voir aussi *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 21-22). La personne qui invoque l’art. 7 doit démontrer que l’État a porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne et que cette atteinte n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle ne devrait pas être appelée à établir aussi que ces principes [TRADUCTION] « ne sont pas supplantés par un intérêt légitime de l’État ou un intérêt collectif en pareilles circonstances » : T. J. Singleton, « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446, p. 449. Comme l’a dit notre Cour dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 977 :

Il n’est pas acceptable que l’État puisse contrecarrer l’exercice du droit de l’accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l’application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l’accusé par l’art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l’application de l’article premier de la *Charte* . . .

[81] Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* »), le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a expliqué que les principes de justice fondamentale découlent des éléments essentiels de notre système de justice, qui est lui-même fondé sur la foi dans la dignité et la valeur de chaque

rights arbitrarily or in a way that is overbroad or grossly disproportionate diminishes that worth and dignity. If a law operates in this way, it asks the right claimant to “serve as a scapegoat” (*Rodriguez*, at p. 621, per McLachlin J.). It imposes a deprivation via a process that is “fundamentally unfair” to the rights claimant (*Charkaoui*, at para. 22).

[82] This is not to say that such a deprivation cannot be *justified* under s. 1 of the *Charter*. In some cases the government, for practical reasons, may only be able to meet an important objective by means of a law that has some fundamental flaw. But this does not concern us when considering whether s. 7 of the *Charter* has been breached.

(1) Arbitrariness

[83] The principle of fundamental justice that forbids arbitrariness targets the situation where there is no rational connection between the object of the law and the limit it imposes on life, liberty or security of the person: *Bedford*, at para. 111. An arbitrary law is one that is not capable of fulfilling its objectives. It exacts a constitutional price in terms of rights, without furthering the public good that is said to be the object of the law.

[84] The object of the prohibition on physician-assisted dying is to protect the vulnerable from ending their life in times of weakness. A total ban on assisted suicide clearly helps achieve this object. Therefore, individuals’ rights are not limited arbitrarily.

(2) Overbreadth

[85] The overbreadth inquiry asks whether a law that takes away rights in a way that generally supports the object of the law, goes too far by denying the rights of some individuals in a way that bears no relation to the object: *Bedford*, at paras. 101

être humain. Priver une personne de droits constitutionnels arbitrairement ou d’une manière excessive ou totalement disproportionnée diminue cette valeur et cette dignité. Si une loi s’applique ainsi, elle demande à la personne qui revendique un droit d’« être le bouc émissaire » (*Rodriguez*, p. 621, la juge McLachlin). Elle impose une privation via une procédure « fondamentalement inéquitable » envers cette personne (*Charkaoui*, par. 22).

[82] Cela ne revient pas à dire qu’une telle privation ne peut être *justifiée* au regard de l’article premier de la *Charte*. Dans certains cas, des raisons d’ordre pratique font en sorte que l’État peut uniquement atteindre un objectif important au moyen d’une loi entachée d’un quelconque vice fondamental. Mais nous n’avons pas à nous en préoccuper au moment de déterminer s’il y a eu violation de l’art. 7 de la *Charte*.

(1) Le caractère arbitraire

[83] Le principe de justice fondamentale interdisant l’arbitraire vise l’absence de lien rationnel entre l’objet de la loi et la limite qu’elle impose à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne : *Bedford*, par. 111. Une loi arbitraire est une loi qui ne permet pas la réalisation de ses objectifs. Elle porte atteinte à des droits reconnus par la Constitution sans promouvoir le bien public que l’on dit être l’objet de la loi.

[84] L’objet visé par la prohibition de l’aide médicale à mourir est d’empêcher que la personne vulnérable mette fin à ses jours dans un moment de faiblesse. Puisque la prohibition absolue de l’aide au suicide favorise clairement la réalisation de cet objet, la restriction de droits individuels n’est pas arbitraire.

(2) La portée excessive

[85] L’analyse de la portée excessive consiste à déterminer si une loi qui nie des droits d’une manière généralement favorable à la réalisation de son objet va trop loin en niant les droits de certaines personnes d’une façon qui n’a aucun rapport avec son

and 112-13. Like the other principles of fundamental justice under s. 7, overbreadth is not concerned with competing social interests or ancillary benefits to the general population. A law that is drawn broadly to target conduct that bears no relation to its purpose “in order to make enforcement more practical” may therefore be overbroad (see *Bedford*, at para. 113). The question is not whether Parliament has chosen the least restrictive means, but whether the chosen means infringe life, liberty or security of the person in a way that has no connection with the mischief contemplated by the legislature. The focus is not on broad social impacts, but on the impact of the measure on the individuals whose life, liberty or security of the person is trammelled.

[86] Applying this approach, we conclude that the prohibition on assisted dying is overbroad. The object of the law, as discussed, is to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a moment of weakness. Canada conceded at trial that the law catches people outside this class: “It is recognised that not every person who wishes to commit suicide is vulnerable, and that there may be people with disabilities who have a considered, rational and persistent wish to end their own lives” (trial reasons, at para. 1136). The trial judge accepted that Ms. Taylor was such a person — competent, fully informed, and free from coercion or duress (para. 16). It follows that the limitation on their rights is in at least some cases not connected to the objective of protecting *vulnerable* persons. The blanket prohibition sweeps conduct into its ambit that is unrelated to the law’s objective.

[87] Canada argues that it is difficult to conclusively identify the “vulnerable”, and that therefore it cannot be said that the prohibition is overbroad. Indeed, Canada asserts, “every person is *potentially* vulnerable” from a legislative perspective (R.F., at para. 115 (emphasis in original)).

objet : *Bedford*, par. 101 et 112-113. Tout comme les autres principes de justice fondamentale au sens de l’art. 7, la notion de portée excessive ne s’attache pas à des intérêts sociaux divergents ou aux avantages accessoires pour la population en général. Une loi rédigée en termes généraux pour viser un comportement qui n’a aucun lien avec son objet « afin de faciliter son application » peut donc avoir une portée excessive (voir *Bedford*, par. 113). Il ne s’agit pas de savoir si le législateur a choisi le moyen le moins restrictif, mais de savoir si le moyen choisi porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d’une manière qui n’a aucun lien avec le mal qu’avait à l’esprit le législateur. On ne met pas l’accent sur des répercussions sociales générales, mais sur l’incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte.

[86] Suivant cette approche, nous concluons que la prohibition de l’aide à mourir a une portée excessive. Comme nous l’avons vu, l’objet de la loi est d’empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse. Le Canada a admis au procès que la loi s’applique à des personnes qui n’entrent pas dans cette catégorie : [TRADUCTION] « Il est admis que les personnes qui veulent se suicider ne sont pas toutes vulnérables, et qu’il peut se trouver des gens atteints d’une déficience qui ont le désir réfléchi, rationnel et constant de mettre fin à leur propre vie » (motifs de première instance, par. 1136). La juge de première instance a reconnu que M<sup>me</sup> Taylor correspondait à cette description — une personne capable, bien renseignée et libre de toute coercition ou contrainte (par. 16). Il s’ensuit que la restriction de leurs droits n’a, dans certains cas du moins, aucun lien avec l’objectif de protéger les personnes *vulnérables*. La prohibition générale fait entrer dans son champ d’application une conduite qui n’a aucun rapport avec l’objectif de la loi.

[87] Le Canada plaide qu’il est difficile d’identifier de manière concluante la « personne vulnérable », et qu’on ne peut donc pas dire que la prohibition a une portée excessive. En fait, affirme le Canada, [TRADUCTION] « chaque personne *peut* être vulnérable » du point de vue de la loi (m.i., par. 115 (en italique dans l’original)).

[88] We do not agree. The situation is analogous to that in *Bedford*, where this Court concluded that the prohibition on living on the avails of prostitution in s. 212(1)(j) of the *Criminal Code* was overbroad. The law in that case punished everyone who earned a living through a relationship with a prostitute, without distinguishing between those who would assist and protect them and those who would be at least potentially exploitive of them. Canada there as here argued that the line between exploitative and non-exploitative relationships was blurry, and that, as a result, the provision had to be drawn broadly to capture its targets. The Court concluded that that argument is more appropriately addressed under s. 1 (paras. 143-44).

### (3) Gross Disproportionality

[89] This principle is infringed if the impact of the restriction on the individual's life, liberty or security of the person is grossly disproportionate to the object of the measure. As with overbreadth, the focus is not on the impact of the measure on society or the public, which are matters for s. 1, but on its impact on the rights of the claimant. The inquiry into gross disproportionality compares the law's purpose, "taken at face value", with its negative effects on the rights of the claimant, and asks if this impact is completely out of sync with the object of the law (*Bedford*, at para. 125). The standard is high: the law's object and its impact may be incommensurate without reaching the standard for *gross* disproportionality (*Bedford*, at para. 120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 47).

[90] The trial judge concluded that the prohibition's negative impact on life, liberty and security of the person was "very severe" and therefore grossly disproportionate to its objective (para. 1378). We agree that the impact of the prohibition is severe: it imposes unnecessary suffering on affected individuals, deprives them of the ability to determine what to do with their bodies and how those bodies

[88] Nous ne sommes pas de cet avis. La situation est analogue à celle de l'affaire *Bedford*, où notre Cour a conclu que la prohibition de vivre des produits de la prostitution faite à l'al. 212(1)(j) du *Code criminel* était trop large. La disposition en cause dans cette affaire sanctionnait toute personne qui gagnait sa vie aux dépens d'une prostituée, sans faire de distinction entre la personne qui aiderait et protégerait une prostituée et la personne qui, à tout le moins, pourrait l'exploiter. Le Canada a soutenu, dans cette affaire comme en l'espèce, que la ligne de démarcation entre les rapports empreints d'exploitation et ceux exempts d'exploitation était floue, et que la disposition devait donc avoir une large portée afin de réprimer les actes censés l'être. La Cour a conclu qu'il est plus opportun d'examiner cette considération dans l'analyse fondée sur l'article premier (par. 143-144).

### (3) Le caractère totalement disproportionné

[89] Il y a contravention à ce principe si l'effet de la restriction sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est totalement disproportionné à l'objet de la mesure. Tout comme dans le cas de la portée excessive, l'accent est mis non pas sur l'incidence de la mesure sur la société ou le public, incidence qui relève de l'article premier, mais sur l'effet qu'elle a sur les droits du demandeur. Pour analyser le caractère totalement disproportionné de la loi, il faut comparer son objet « de prime abord » et ses effets préjudiciables sur les droits du demandeur, et déterminer si cette incidence est sans rapport aucun avec l'objet de la loi (*Bedford*, par. 125). La norme est élevée : l'objet de la loi peut ne pas être proportionné à son incidence sans que s'applique la norme du caractère *totalement* disproportionné (*Bedford*, par. 120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 47).

[90] Selon la juge de première instance, l'effet préjudiciable de la prohibition sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne était [TRADUCTION] « très grave » et, par conséquent, totalement disproportionné à son objectif (par. 1378). Nous convenons que l'effet de la prohibition est important : elle impose aux personnes touchées des souffrances inutiles, les prive de la possibilité de décider

will be treated, and may cause those affected to take their own lives sooner than they would were they able to obtain a physician's assistance in dying. Against this it is argued that the object of the prohibition — to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness — is also of high importance. We find it unnecessary to decide whether the prohibition also violates the principle against gross disproportionality, in light of our conclusion that it is overbroad.

(4) Parity

[91] The appellants ask the Court to recognize a new principle of fundamental justice, the principle of parity, which would require that offenders committing acts of comparable blameworthiness receive sanctions of like severity. They say the prohibition violates this principle because it punishes the provision of physician assistance in dying with the highest possible criminal sanction (for culpable homicide), while exempting other comparable end-of-life practices from any criminal sanction.

[92] Parity in the sense invoked by the appellants has not been recognized as a principle of fundamental justice in this Court's jurisprudence to date. Given our conclusion that the deprivation of Ms. Taylor's s. 7 rights is not in accordance with the principle against overbreadth, it is unnecessary to consider this argument and we decline to do so.

IX. Does the Prohibition on Assisted Suicide Violate Section 15 of the *Charter*?

[93] Having concluded that the prohibition violates s. 7, it is unnecessary to consider this question.

X. Section 1

[94] In order to justify the infringement of the appellants' s. 7 rights under s. 1 of the *Charter*,

ce qu'il faut faire de leur corps et du traitement à lui réserver, et peut amener les personnes touchées à s'enlever la vie plus tôt qu'elles ne le feraient si elles étaient à même d'obtenir une aide médicale à mourir. Par contre, on plaide que l'objet de la prohibition — empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse — est lui aussi très important. À notre avis, puisque nous avons conclu que la portée de la prohibition était excessive, il n'est pas nécessaire de décider si la prohibition contrevient aussi au principe selon lequel elle ne doit pas avoir un caractère totalement disproportionné.

(4) La parité

[91] Les appelants demandent à la Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, le principe de la parité, lequel exigerait que les délinquants ayant commis des actes d'un degré comparable de culpabilité morale se voient infliger des sanctions de même sévérité. Selon eux, la prohibition viole ce principe car elle rend la prestation de l'aide médicale à mourir punissable de la sanction pénale la plus lourde (prévue pour l'homicide coupable), tout en exemptant de toute sanction pénale d'autres pratiques comparables de fin de vie.

[92] La parité, au sens où l'invoquent les appelants, n'a pas été reconnue comme principe de justice fondamentale dans la jurisprudence de notre Cour jusqu'à présent. Vu notre conclusion que la privation des droits reconnus à M<sup>me</sup> Taylor par l'art. 7 n'est pas conforme au principe interdisant les lois de portée excessive, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument et nous refusons de le faire.

IX. La prohibition de l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte*?

[93] Comme nous avons conclu que la prohibition viole l'art. 7, point n'est besoin d'examiner cette question.

X. L'article premier

[94] Pour justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte aux droits que reconnaît

Canada must show that the law has a pressing and substantial object and that the means chosen are proportional to that object. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[95] It is difficult to justify a s. 7 violation: see *Motor Vehicle Reference*, at p. 518; *G. (J.)*, at para. 99. The rights protected by s. 7 are fundamental, and “not easily overridden by competing social interests” (*Charkaoui*, at para. 66). And it is hard to justify a law that runs afoul of the principles of fundamental justice and is thus inherently flawed (*Bedford*, at para. 96). However, in some situations the state may be able to show that the public good — a matter not considered under s. 7, which looks only at the impact on the rights claimants — justifies depriving an individual of life, liberty or security of the person under s. 1 of the *Charter*. More particularly, in cases such as this where the competing societal interests are themselves protected under the *Charter*, a restriction on s. 7 rights may in the end be found to be proportionate to its objective.

[96] Here, the limit is prescribed by law, and the appellants concede that the law has a pressing and substantial objective. The question is whether the government has demonstrated that the prohibition is proportionate.

[97] At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be “reasonable”. This Court has emphasized that there may be a number of possible solutions to a particular social problem, and suggested that a “complex regulatory

l’art. 7 aux appelants, le Canada doit démontrer que l’objet de la loi est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, (2) elle porte atteinte de façon minimale au droit en question, et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[95] Il est difficile de justifier une violation de l’art. 7 : voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, p. 518; *G. (J.)*, par. 99. Les droits protégés par l’art. 7 sont fondamentaux et « peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents » (*Charkaoui*, par. 66). Et il est difficile de justifier une loi qui va à l’encontre des principes de justice fondamentale et qui est de ce fait intrinsèquement lacunaire (*Bedford*, par. 96). Cependant, il peut arriver parfois que l’État soit en mesure de démontrer que le bien public — une question ne relevant pas de l’art. 7, qui tient uniquement compte de l’effet de la loi sur les personnes revendiquant les droits — justifie que l’on prive une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa sécurité en vertu de l’article premier de la *Charte*. Plus particulièrement, dans des cas comme celui en l’espèce où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte*, une restriction aux droits garantis par l’art. 7 peut, en fin de compte, être jugée proportionnée à son objectif.

[96] En l’espèce, la limite est prescrite par une règle de droit, et les appelants concèdent que la loi vise un objectif urgent et réel. Il s’agit de savoir si le gouvernement a démontré le caractère proportionné de la prohibition.

[97] À ce stade de l’analyse, les tribunaux doivent faire preuve d’une certaine déférence à l’endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L’article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». Notre Cour a souligné qu’il peut y avoir plusieurs solutions à un problème social particulier et a indiqué qu’une « mesure

response” to a social ill will garner a high degree of deference (*Hutterian Brethren*, at para. 37).

[98] On the one hand, as the trial judge noted, physician-assisted death involves complex issues of social policy and a number of competing societal values. Parliament faces a difficult task in addressing this issue; it must weigh and balance the perspective of those who might be at risk in a permissive regime against that of those who seek assistance in dying. It follows that a high degree of deference is owed to Parliament’s decision to impose an absolute prohibition on assisted death. On the other hand, the trial judge also found — and we agree — that the absolute prohibition could not be described as a “complex regulatory response” (para. 1180). The degree of deference owed to Parliament, while high, is accordingly reduced.

#### (1) Rational Connection

[99] The government must show that the absolute prohibition on physician-assisted dying is rationally connected to the goal of protecting the vulnerable from being induced to take their own lives in times of weakness. The question is whether the means the law adopts are a rational way for the legislature to pursue its objective. If not, rights are limited for no good reason. To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought “on the basis of reason or logic”: *RJR-MacDonald*, at para. 153.

[100] We agree with Finch C.J.B.C. in the Court of Appeal that, where an activity poses certain risks, prohibition of the activity in question is a rational method of curtailing the risks (para. 175). We therefore conclude that there is a rational connection between the prohibition and its objective.

[101] The appellants argue that the *absolute* nature of the prohibition is not logically connected to the object of the provision. This is another way

réglementaire complexe » visant à remédier à un mal social commande une grande déférence (*Hutterian Brethren*, par. 37).

[98] D’une part, comme l’a fait remarquer la juge de première instance, l’aide médicale à mourir soulève des questions complexes de politique sociale et un certain nombre de valeurs sociales opposées. La tâche du législateur confronté à cette question est difficile : il doit soupeser et pondérer le point de vue des personnes qu’un régime permissif pourrait mettre en danger et le point de vue de celles qui demandent de l’aide pour mourir. Par conséquent, il faut accorder une grande déférence à la décision du législateur d’imposer une prohibition absolue de l’aide à mourir. La juge a toutefois également conclu — et nous sommes d’accord avec elle — que la prohibition absolue ne pouvait pas être qualifiée de [TRADUCTION] « mesure réglementaire complexe » (par. 1180). Bien que le législateur ait droit à une grande déférence, celle-ci s’en trouve donc réduite.

#### (1) Le lien rationnel

[99] Le gouvernement doit démontrer l’existence d’un lien rationnel entre la prohibition absolue de l’aide médicale à mourir et l’objectif qui consiste à empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à s’enlever la vie dans un moment de faiblesse. La question est de savoir si les moyens mis en œuvre par la loi représentent une façon rationnelle pour le législateur d’atteindre son objectif. Si ce n’est pas le cas, les droits sont restreints sans raison valable. Pour prouver l’existence d’un lien rationnel, le gouvernement n’a qu’à démontrer l’existence d’un lien causal, « fondé sur la raison ou la logique », entre la violation et l’avantage recherché : *RJR-MacDonald*, par. 153.

[100] À l’instar du juge en chef Finch de la Cour d’appel, nous estimons que, lorsqu’une activité pose certains risques, la prohiber constitue un moyen rationnel de réduire les risques (par. 175). Nous concluons donc à l’existence d’un lien rationnel entre la prohibition et son objectif.

[101] Les appelants soutiennent que le caractère *absolu* de la prohibition n’a pas de lien logique avec l’objet de la disposition. C’est une autre

of saying that the prohibition goes too far. In our view, this argument is better dealt with in the inquiry into minimal impairment. It is clearly rational to conclude that a law that bars all persons from accessing assistance in suicide will protect the vulnerable from being induced to commit suicide at a time of weakness. The means here are logically connected with the objective.

## (2) Minimal Impairment

[102] At this stage of the analysis, the question is whether the limit on the right is reasonably tailored to the objective. The inquiry into minimal impairment asks “whether there are less harmful means of achieving the legislative goal” (*Hutterian Brethren*, at para. 53). The burden is on the government to show the absence of less drastic means of achieving the objective “in a real and substantial manner” (*ibid.*, at para. 55). The analysis at this stage is meant to ensure that the deprivation of *Charter* rights is confined to what is reasonably necessary to achieve the state’s object.

[103] The question in this case comes down to whether the absolute prohibition on physician-assisted dying, with its heavy impact on the claimants’ s. 7 rights to life, liberty and security of the person, is the least drastic means of achieving the legislative objective. It was the task of the trial judge to determine whether a regime less restrictive of life, liberty and security of the person could address the risks associated with physician-assisted dying, or whether Canada was right to say that the risks could not adequately be addressed through the use of safeguards.

[104] This question lies at the heart of this case and was the focus of much of the evidence at trial. In assessing minimal impairment, the trial judge heard evidence from scientists, medical practitioners, and others who were familiar with end-of-life decision-making in Canada and abroad. She also heard extensive evidence from each of the jurisdictions where physician-assisted dying is legal or regulated. In the trial judge’s view, an absolute prohibition would

façon de dire que la prohibition va trop loin. À notre avis, il vaut mieux examiner cet argument dans le cadre de l’analyse de l’atteinte minimale. Il est manifestement logique de conclure qu’une loi interdisant à quiconque d’obtenir de l’aide pour se suicider protégera la personne vulnérable contre toute incitation à se suicider dans un moment de faiblesse. En l’espèce, les moyens ont un lien logique avec l’objectif.

## (2) L’atteinte minimale

[102] La question qui se pose à ce stade de l’analyse est de savoir si la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l’objectif. L’analyse de l’atteinte minimale vise à répondre à la question suivante : « . . . existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif? » (*Hutterian Brethren*, par. 53). C’est au gouvernement qu’il incombe de prouver l’absence de moyens moins attentatoires d’atteindre l’objectif « de façon réelle et substantielle » (*ibid.*, par. 55). Ce stade de l’analyse vise à garantir que la privation de droits reconnus par la *Charte* se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif de l’État.

[103] En l’espèce, la question se résume à savoir si la prohibition absolue de l’aide médicale à mourir, avec ses lourdes répercussions sur les droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne protégés par l’art. 7, constitue le moyen le moins radical d’atteindre l’objectif législatif. Il incombait à la juge de première instance de décider si un régime moins attentatoire à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne pouvait contrer les risques associés à l’aide médicale à mourir, ou si le Canada avait raison de dire que le recours à des garanties ne permettait pas de contrer adéquatement ces risques.

[104] Cette question est au cœur de la présente affaire et elle était le point de mire d’une grande partie de la preuve produite au procès. Pour analyser l’atteinte minimale, la juge de première instance a entendu les témoignages de scientifiques, de praticiens de la santé et d’autres personnes qui connaissaient bien la prise de décisions concernant la fin de vie au Canada et à l’étranger. Elle a aussi pris connaissance d’une preuve abondante émanant



have been necessary if the evidence showed that physicians were unable to reliably assess competence, voluntariness, and non-ambivalence in patients; that physicians fail to understand or apply the informed consent requirement for medical treatment; or if the evidence from permissive jurisdictions showed abuse of patients, carelessness, callousness, or a slippery slope, leading to the casual termination of life (paras. 1365-66).

[105] The trial judge, however, expressly rejected these possibilities. After reviewing the evidence, she concluded that a permissive regime with properly designed and administered safeguards was capable of protecting vulnerable people from abuse and error. While there are risks, to be sure, a carefully designed and managed system is capable of adequately addressing them:

My review of the evidence in this section, and in the preceding section on the experience in permissive jurisdictions, leads me to conclude that the risks inherent in permitting physician-assisted death can be identified and very substantially minimized through a carefully-designed system imposing stringent limits that are scrupulously monitored and enforced. [para. 883]

[106] The trial judge found that it was feasible for properly qualified and experienced physicians to reliably assess patient competence and voluntariness, and that coercion, undue influence, and ambivalence could all be reliably assessed as part of that process (paras. 795-98, 815, 837, and 843). In reaching this conclusion, she particularly relied on the evidence on the application of the informed consent standard in other medical decision-making in Canada, including end-of-life decision-making (para. 1368). She concluded that it would be possible for physicians to apply the informed consent standard to patients who seek assistance in dying, adding the caution that physicians should ensure that patients are properly informed of their diagnosis and prognosis and the range of available options

de chacun des endroits où l'aide médicale à mourir est légale ou réglementée. De l'avis de la juge, une prohibition absolue se serait révélée nécessaire si la preuve avait démontré que les médecins ne sont pas en mesure d'évaluer de manière sûre la capacité, la volonté et la non-ambivalence des patients, que les médecins ne comprennent pas la règle du consentement éclairé à un traitement médical ou ne l'appliquent pas, ou si la preuve émanant des endroits où l'aide à mourir est permise faisait état du décès fortuit d'une personne résultant de sévices, d'une insouciance, d'une insensibilité ou d'un dérapage (par. 1365-1366).

[105] La juge de première instance a toutefois écarté expressément ces possibilités. Après avoir étudié la preuve, elle a conclu qu'un régime permissif comportant des garanties adéquatement conçues et appliquées pouvait protéger les personnes vulnérables contre les abus et les erreurs. Certes, il existe des risques, mais un système soigneusement conçu et géré peut les contrer adéquatement :

[TRADUCTION] L'examen de la preuve auquel j'ai procédé dans la présente section ainsi que dans la section précédente traitant de l'expérience vécue aux endroits où l'aide à mourir est permise m'amène à conclure que les risques inhérents à l'autorisation de l'aide médicale à mourir peuvent être reconnus et réduits considérablement dans un régime soigneusement conçu, qui impose des limites strictes scrupuleusement surveillées et appliquées. [par. 883]

[106] La juge de première instance a conclu qu'il était possible pour un médecin qualifié et expérimenté d'évaluer de manière sûre la capacité du patient et le caractère volontaire de sa décision, et que la coercition, l'abus d'influence et l'ambivalence pouvaient tous être évalués de façon sûre dans le cadre de ce processus (par. 795-798, 815, 837 et 843). Pour arriver à cette conclusion, elle s'est surtout appuyée sur la preuve relative à l'application de la norme du consentement éclairé dans la prise d'autres décisions d'ordre médical au Canada, notamment les décisions de fin de vie (par. 1368). Elle a estimé qu'il serait possible pour les médecins d'appliquer la norme du consentement éclairé à l'égard des patients qui demandent de l'aide pour mourir, et elle a ajouté la mise en garde suivante :

for medical care, including palliative care interventions aimed at reducing pain and avoiding the loss of personal dignity (para. 831).

[107] As to the risk to vulnerable populations (such as the elderly and disabled), the trial judge found that there was no evidence from permissive jurisdictions that people with disabilities are at heightened risk of accessing physician-assisted dying (paras. 852 and 1242). She thus rejected the contention that unconscious bias by physicians would undermine the assessment process (para. 1129). The trial judge found there was no evidence of inordinate impact on socially vulnerable populations in the permissive jurisdictions, and that in some cases palliative care actually improved post-legalization (para. 731). She also found that while the evidence suggested that the law had both negative and positive impacts on physicians, it did support the conclusion that physicians were better able to provide overall end-of-life treatment once assisted death was legalized (para. 1271). Finally, she found no compelling evidence that a permissive regime in Canada would result in a “practical slippery slope” (para. 1241).

(a) *Canada’s Challenge to the Facts*

[108] Canada says that the trial judge made a palpable and overriding error in concluding that safeguards would minimize the risk associated with assisted dying. Canada argues that the trial judge’s conclusion that the level of risk was acceptable flies in the face of her acknowledgment that some of the evidence on safeguards was weak, and that there was evidence of a lack of compliance with safeguards in permissive jurisdictions. Canada also says the trial judge erred by relying on cultural differences between Canada and other countries in finding that problems experienced elsewhere were not likely to occur in Canada.

les médecins devraient s’assurer que les patients sont informés comme il se doit de leur diagnostic et de leur pronostic ainsi que des soins médicaux qu’ils peuvent recevoir, y compris les soins palliatifs visant à calmer la douleur et à leur éviter la perte de leur dignité (par. 831).

[107] Quant au danger que courent les personnes vulnérables (comme les personnes âgées ou handicapées), la juge de première instance a conclu qu’aucune preuve émanant des endroits où l’aide à mourir est autorisée n’indique que les personnes handicapées risquent davantage d’obtenir une aide médicale à mourir (par. 852 et 1242). Elle a donc rejeté la prétention selon laquelle la partialité inconsciente du médecin compromettrait le processus d’évaluation (par. 1129). Selon la juge, aucune preuve ne démontrait l’existence de répercussions considérables sur les groupes vulnérables de la société aux endroits où l’aide à mourir est autorisée et, dans certains cas, il y avait eu amélioration des soins palliatifs après la légalisation de l’aide médicale à mourir (par. 731). Elle a ajouté que, bien que la preuve indiquait que la loi avait des incidences tant négatives que positives sur les médecins, elle appuyait la conclusion que les médecins étaient plus aptes à administrer un traitement global de fin de vie après la légalisation de l’aide à mourir (par. 1271). Enfin, elle a conclu qu’aucune preuve convaincante n’indiquait que l’instauration d’un régime permissif au Canada aboutirait à un [TRADUCTION] « dérapage » (par. 1241).

a) *Contestation des faits par le Canada*

[108] Le Canada affirme que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que des garanties minimiseraient le risque lié à l’aide à mourir. Il plaide que la conclusion de la juge, selon laquelle le risque était acceptable, contredit le fait qu’elle ait reconnu la faiblesse de certains éléments de preuve relatifs aux garanties, et que la preuve indiquait que, là où l’aide à mourir est autorisée, l’application des garanties manifestait des lacunes. Toujours selon le Canada, la juge de première instance a eu tort de se fonder sur des différences culturelles entre le Canada et d’autres pays pour conclure que les problèmes rencontrés ailleurs n’étaient pas susceptibles de se manifester ici.

[109] We cannot accede to Canada’s submission. In *Bedford*, this Court affirmed that a trial judge’s findings on social and legislative facts are entitled to the same degree of deference as any other factual findings (para. 48). In our view, Canada has not established that the trial judge’s conclusion on this point is unsupported, arbitrary, insufficiently precise or otherwise in error. At most, Canada’s criticisms amount to “pointing out conflicting evidence”, which is not sufficient to establish a palpable and overriding error (*Tsilhqot’in Nation*, at para. 60). We see no reason to reject the conclusions drawn by the trial judge. They were reasonable and open to her on the record.

(b) *The Fresh Evidence*

[110] Rothstein J. granted Canada leave to file fresh evidence on developments in Belgium since the time of the trial. This evidence took the form of an affidavit from Professor Etienne Montero, a professor in bioethics and an expert on the practice of euthanasia in Belgium. Canada says that Professor Montero’s evidence demonstrates that issues with compliance and with the expansion of the criteria granting access to assisted suicide inevitably arise, even in a system of ostensibly strict limits and safeguards. It argues that this “should give pause to those who feel very strict safeguards will provide adequate protection: paper safeguards are only as strong as the human hands that carry them out” (R.F., at para. 97).

[111] Professor Montero’s affidavit reviews a number of recent, controversial, and high-profile cases of assistance in dying in Belgium which would not fall within the parameters suggested in these reasons, such as euthanasia for minors or persons with psychiatric disorders or minor medical conditions. Professor Montero suggests that these cases demonstrate that a slippery slope is at work in Belgium. In his view, “[o]nce euthanasia is allowed,

[109] Nous ne pouvons retenir cet argument du Canada. Dans *Bedford*, notre Cour a affirmé que les conclusions d’un juge de première instance relatives à des faits sociaux et législatifs commandent la même déférence que toute autre conclusion de fait (par. 48). À notre avis, le Canada n’a pas établi que la conclusion de la juge de première instance sur ce point ne repose sur rien, qu’elle est arbitraire, insuffisamment précise, ou qu’elle est erronée pour une autre raison. Les critiques du Canada ne servent tout au plus qu’à « souligner le caractère contradictoire de la preuve », ce qui ne suffit pas à établir l’existence d’une erreur manifeste et dominante (*Nation Tsilhqot’in*, par. 60). Nous ne voyons aucune raison de rejeter les conclusions auxquelles est arrivée la juge. Ces conclusions étaient raisonnables compte tenu du dossier.

b) *Le nouvel élément de preuve*

[110] Le juge Rothstein a accordé au Canada l’autorisation de présenter un nouvel élément de preuve sur les changements survenus en Belgique depuis le procès. Il s’agissait d’un affidavit d’Etienne Montero, un professeur en bioéthique et spécialiste de la pratique de l’euthanasie en Belgique. Selon le Canada, il appert de l’affidavit du professeur Montero que des problèmes d’observation et d’élargissement des critères permettant l’accès au suicide assisté surviennent inévitablement, même au sein d’un système assorti de limites et de garanties visiblement strictes. Le Canada soutient que cela [TRADUCTION] « devrait donner matière à réflexion aux tenants de l’opinion que des garanties très strictes offriront une protection suffisante : l’efficacité des garanties est proportionnelle à celle de leur application » (m.i., par. 97).

[111] Dans son affidavit, le professeur Montero passe en revue plusieurs cas récents, controversés et médiatisés d’aide à mourir en Belgique auxquels ne s’appliqueraient pas les paramètres proposés dans les présents motifs, tels que l’euthanasie pour les mineurs ou pour les personnes affectées de troubles psychiatriques ou de problèmes de santé mineurs. Selon le professeur Montero, ces cas démontrent que la Belgique s’est engagée dans un dérapage.

it becomes very difficult to maintain a strict interpretation of the statutory conditions.”

[112] We are not convinced that Professor Montero’s evidence undermines the trial judge’s findings of fact. First, the trial judge (rightly, in our view) noted that the permissive regime in Belgium is the product of a very different medico-legal culture. Practices of assisted death were “already prevalent and embedded in the medical culture” prior to legalization (para. 660). The regime simply regulates a common pre-existing practice. In the absence of a comparable history in Canada, the trial judge concluded that it was problematic to draw inferences about the level of physician compliance with legislated safeguards based on the Belgian evidence (para. 680). This distinction is relevant both in assessing the degree of physician compliance and in considering evidence with regards to the potential for a slippery slope.

[113] Second, the cases described by Professor Montero were the result of an oversight body exercising discretion in the interpretation of the safeguards and restrictions in the Belgian legislative regime — a discretion the Belgian Parliament has not moved to restrict. These cases offer little insight into how a Canadian regime might operate.

(c) *The Feasibility of Safeguards and the Possibility of a “Slippery Slope”*

[114] At trial Canada went into some detail about the risks associated with the legalization of physician-assisted dying. In its view, there are many possible sources of error and many factors that can render a patient “decisionally vulnerable” and thereby give rise to the risk that persons without a rational and considered desire for death will in fact end up dead. It points to cognitive impairment, depression or other mental illness, coercion, undue influence, psychological or emotional manipulation, systemic prejudice (against the elderly or people with disabilities), and the possibility of ambivalence

À son avis, [TRADUCTION] « [u]ne fois l’euthanasie permise, il devient très difficile de s’en tenir à une interprétation stricte des conditions prévues par la loi. »

[112] Nous ne sommes pas convaincus que la preuve présentée par le professeur Montero mine les conclusions de fait de la juge de première instance. En premier lieu, cette dernière a signalé (à juste titre selon nous) que le régime permissif de la Belgique résulte d’une culture médico-légale très différente. L’aide à mourir y était [TRADUCTION] « déjà répandue et intégrée à la culture médicale » avant sa légalisation (par. 660). Le régime ne fait que réglementer une pratique courante qui existait déjà. Puisque le Canada n’a pas connu de phénomène analogue, la juge de première instance a estimé problématique de tirer, sur la foi de la preuve provenant de la Belgique, des conclusions relatives à la mesure dans laquelle les médecins respectent les garanties législatives (par. 680). Cette distinction est pertinente tant pour évaluer le degré de respect des garanties par les médecins que pour apprécier la preuve concernant la possibilité de dérapage.

[113] En deuxième lieu, les cas décrits par le professeur Montero découlaient de l’exercice, par un organisme de surveillance, de son pouvoir discrétionnaire pour interpréter les garanties et restrictions prévues par le régime législatif belge. Le Parlement de la Belgique n’a rien fait pour restreindre ce pouvoir. Ces cas nous éclairent peu sur l’application éventuelle d’un régime canadien.

c) *La faisabilité des garanties et la possibilité de « dérapage »*

[114] Au procès, le Canada a traité de façon assez détaillée des risques que pose la légalisation de l’aide médicale à mourir. D’après lui, de multiples sources d’erreur et facteurs peuvent rendre un patient [TRADUCTION] « vulnérable dans la prise de sa décision » et être ainsi à l’origine du risque que des personnes n’ayant pas un désir rationnel et réfléchi de mourir trouvent en fait la mort. Il souligne l’affaiblissement des facultés cognitives, la dépression ou d’autres maladies mentales, la coercion, l’abus d’influence, la manipulation psychologique ou émotionnelle, le préjudice systémique

or misdiagnosis as factors that may escape detection or give rise to errors in capacity assessment. Essentially, Canada argues that, given the breadth of this list, there is no reliable way to identify those who are vulnerable and those who are not. As a result, it says, a blanket prohibition is necessary.

[115] The evidence accepted by the trial judge does not support Canada's argument. Based on the evidence regarding assessment processes in comparable end-of-life medical decision-making in Canada, the trial judge concluded that vulnerability can be assessed on an individual basis, using the procedures that physicians apply in their assessment of informed consent and decisional capacity in the context of medical decision-making more generally. Concerns about decisional capacity and vulnerability arise in all end-of-life medical decision-making. Logically speaking, there is no reason to think that the injured, ill, and disabled who have the option to refuse or to request withdrawal of lifesaving or life-sustaining treatment, or who seek palliative sedation, are less vulnerable or less susceptible to biased decision-making than those who might seek more active assistance in dying. The risks that Canada describes are already part and parcel of our medical system.

[116] As the trial judge noted, the individual assessment of vulnerability (whatever its source) is implicitly condoned for life-and-death decision-making in Canada. In some cases, these decisions are governed by advance directives, or made by a substitute decision-maker. Canada does not argue that the risk in those circumstances requires an absolute prohibition (indeed, there is currently no federal regulation of such practices). In *A.C.*, *Abella J.* adverted to the potential vulnerability of adolescents who are faced with life-and-death decisions about medical treatment (paras. 72-78). Yet, this Court

(envers les personnes âgées ou les handicapés) et la possibilité d'ambivalence ou de diagnostic erroné comme facteurs susceptibles de passer inaperçus ou de causer des erreurs dans l'évaluation de la capacité. Le Canada soutient essentiellement qu'étant donné l'étendue de cette liste, il n'existe aucun moyen sûr de savoir qui est vulnérable et qui ne l'est pas. Par conséquent, il estime qu'une prohibition générale s'impose.

[115] La preuve retenue par la juge de première instance n'étaye pas l'argument du Canada. Se fondant sur la preuve relative aux procédures d'évaluation dans la prise de décisions médicales analogues concernant la fin de vie au Canada, la juge a conclu que la vulnérabilité peut être évaluée au cas par cas au moyen des procédures suivies par les médecins lorsqu'ils évaluent le consentement éclairé et la capacité décisionnelle dans le contexte de la prise de décisions d'ordre médical de façon plus générale. Les préoccupations au sujet de la capacité décisionnelle et de la vulnérabilité se posent dans tous les cas de décisions médicales concernant la fin de vie. D'un point de vue logique, il n'y a aucune raison de croire que les blessés, les malades et les handicapés qui peuvent refuser un traitement vital ou un traitement de maintien de la vie, demander le retrait de l'un ou l'autre traitement, ou encore réclamer une sédation palliative, sont moins vulnérables ou moins susceptibles de prendre une décision faussée que ceux qui pourraient demander une assistance plus active pour mourir. Les risques dont parle le Canada font déjà partie intégrante de notre régime médical.

[116] Comme l'a fait remarquer la juge de première instance, on cautionne implicitement l'évaluation individuelle de la vulnérabilité (quelle que soit sa source) dans la prise de décisions de vie ou de mort au Canada. Dans certains cas, ces décisions sont régies par des directives préalables ou prises par un mandataire spécial. Le Canada ne prétend pas que le risque présent dans ces cas nécessite une prohibition absolue (ces pratiques ne sont d'ailleurs pas réglementées par le gouvernement fédéral). Dans *A.C.*, la juge *Abella* a fait allusion à la vulnérabilité potentielle des adolescents qui ont à

implicitly accepted the viability of an individual assessment of decisional capacity in the context of that case. We accept the trial judge's conclusion that it is possible for physicians, with due care and attention to the seriousness of the decision involved, to adequately assess decisional capacity.

[117] The trial judge, on the basis of her consideration of various regimes and how they operate, found that it is possible to establish a regime that addresses the risks associated with physician-assisted death. We agree with the trial judge that the risks associated with physician-assisted death can be limited through a carefully designed and monitored system of safeguards.

[118] Canada also argues that the permissive regulatory regime accepted by the trial judge “accepts too much risk”, and that its effectiveness is “speculative” (R.F., at para. 154). In effect, Canada argues that a blanket prohibition should be upheld unless the appellants can demonstrate that an alternative approach eliminates all risk. This effectively reverses the onus under s. 1, requiring the claimant whose rights are infringed to prove less invasive ways of achieving the prohibition's object. The burden of establishing minimal impairment is on the government.

[119] The trial judge found that Canada had not discharged this burden. The evidence, she concluded, did not support the contention that a blanket prohibition was necessary in order to substantially meet the government's objectives. We agree. A theoretical or speculative fear cannot justify an absolute prohibition. As Deschamps J. stated in *Chaoulli*, at para. 68, the claimant “d[oes] not have the burden of disproving every fear or every threat”, nor can the government meet its burden simply by asserting an adverse impact on the public. Justification under s. 1 is a process of demonstration, not intuition or

prendre des décisions de vie ou de mort quant à un traitement médical (par. 72-78). Notre Cour a pourtant reconnu implicitement la viabilité d'une évaluation individuelle de la capacité décisionnelle dans le contexte de cette affaire. Nous acceptons la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il est possible pour les médecins de bien évaluer la capacité décisionnelle avec la diligence requise et en portant attention à la gravité de la décision à prendre.

[117] Se fondant sur l'examen qu'elle a fait des divers régimes et de leur fonctionnement, la juge de première instance a conclu qu'il est possible d'établir un régime qui tient compte des risques associés à l'aide médicale à mourir. Nous sommes d'accord avec elle pour dire qu'un système de garanties soigneusement conçu et surveillé peut limiter les risques associés à l'aide médicale à mourir.

[118] Le Canada plaide également que le régime de réglementation permissif ayant reçu l'aval de la juge de première instance [TRADUCTION] « accepte trop de risques » et qu'il est d'une efficacité « hypothétique » (m.i., par. 154). En fait, le Canada soutient qu'il y a lieu de confirmer la validité d'une prohibition générale à moins que les appelants puissent démontrer qu'une autre mesure éliminerait tous les risques. Cela a pour effet d'inverser le fardeau imposé par l'article premier et d'exiger du demandeur dont les droits ont été violés de prouver l'existence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objet de la prohibition. Le fardeau d'établir une atteinte minimale incombe à l'État.

[119] La juge de première instance a conclu que le Canada ne s'était pas acquitté de ce fardeau. Elle a estimé que la preuve n'était pas la prétention qu'une prohibition générale était nécessaire pour réaliser de façon substantielle les objectifs de l'État. Nous sommes du même avis. Une crainte théorique ou hypothétique ne saurait justifier une prohibition absolue. Comme l'a indiqué la juge Deschamps au par. 68 de l'arrêt *Chaoulli*, le demandeur « n'[a] [. . .] pas le fardeau d'écarter toute crainte ou toute menace », et l'État ne peut pas non plus s'acquitter de son fardeau simplement en invoquant un effet

automatic deference to the government's assertion of risk (*RJR-MacDonald*, at para. 128).

[120] Finally, it is argued that without an absolute prohibition on assisted dying, Canada will descend the slippery slope into euthanasia and condoned murder. Anecdotal examples of controversial cases abroad were cited in support of this argument, only to be countered by anecdotal examples of systems that work well. The resolution of the issue before us falls to be resolved not by competing anecdotes, but by the evidence. The trial judge, after an exhaustive review of the evidence, rejected the argument that adoption of a regulatory regime would initiate a descent down a slippery slope into homicide. We should not lightly assume that the regulatory regime will function defectively, nor should we assume that other criminal sanctions against the taking of lives will prove impotent against abuse.

[121] We find no error in the trial judge's analysis of minimal impairment. We therefore conclude that the absolute prohibition is not minimally impairing.

### (3) Deleterious Effects and Salutory Benefits

[122] This stage of the *Oakes* analysis weighs the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good. Given our conclusion that the law is not minimally impairing, it is not necessary to go on to this step.

[123] We conclude that s. 241(b) and s. 14 of the *Criminal Code* are not saved by s. 1 of the *Charter*.

préjudiciable sur le public. La justification en vertu de l'article premier est un processus de démonstration, et non d'intuition ou de déférence automatique envers le risque invoqué par l'État (*RJR-MacDonald*, par. 128).

[120] Enfin, on prétend que, si l'aide à mourir n'est pas absolument prohibée, le Canada dérapera vers l'euthanasie et le meurtre cautionné. Des exemples anecdotiques de cas controversés rencontrés à l'étranger ont été cités à l'appui de cet argument, et aussitôt contrés par des exemples anecdotiques de systèmes qui fonctionnent bien. La question dont nous sommes saisis doit être tranchée sur le fondement non pas d'anecdotes contradictoires, mais de la preuve. Après un examen exhaustif de la preuve, la juge de première instance a rejeté l'argument selon lequel l'adoption d'un régime de réglementation nous entraînerait dans un dérapage menant à l'homicide. Nous ne devons pas supposer à la légère qu'un tel régime fonctionnera mal, ni supposer que l'infliction d'autres sanctions pénales à ceux et celles qui enlèvent la vie d'autrui se révélera inefficace contre les abus.

[121] Comme nous ne relevons aucune erreur dans l'analyse qu'a faite la juge de première instance de l'atteinte minimale, nous concluons que la prohibition absolue ne constitue pas une atteinte minimale.

### (3) Effets préjudiciables et effets bénéfiques

[122] À ce stade de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, il faut mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public. Vu notre conclusion que la loi ne constitue pas une atteinte minimale, il n'est pas nécessaire de passer à cette étape.

[123] Nous concluons que l'al. 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* ne sont pas sauvegardés par application de l'article premier de la *Charte*.

## XI. Remedy

### A. *The Court of Appeal's Proposed Constitutional Exemption*

[124] The majority at the Court of Appeal suggested that this Court consider issuing a free-standing constitutional exemption, rather than a declaration of invalidity, should it choose to reconsider *Rodriguez*. The majority noted that the law does not currently provide an avenue for relief from a “generally sound law” that has an extraordinary effect on a small number of individuals (para. 326). It also expressed concern that it might not be possible for Parliament to create a fully rounded, well-balanced alternative policy within the time frame of any suspension of a declaration of invalidity (para. 334).

[125] In our view, this is not a proper case for a constitutional exemption. We have found that the prohibition infringes the claimants’ s. 7 rights. Parliament must be given the opportunity to craft an appropriate remedy. The concerns raised in *Ferguson* about stand-alone constitutional exemptions are equally applicable here: issuing such an exemption would create uncertainty, undermine the rule of law, and usurp Parliament’s role. Complex regulatory regimes are better created by Parliament than by the courts.

### B. *Declaration of Invalidity*

[126] We have concluded that the laws prohibiting a physician’s assistance in terminating life (*Criminal Code*, s. 241(b) and s. 14) infringe Ms. Taylor’s s. 7 rights to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice, and that the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. To the extent that the impugned laws deny the s. 7 rights of people like Ms. Taylor they are void by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. It is for Parliament and the provincial legislatures to

## XI. La réparation

### A. *L’exemption constitutionnelle proposée par la Cour d’appel*

[124] Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont suggéré à notre Cour d’envisager la possibilité d’accorder une exemption constitutionnelle autonome plutôt que de prononcer une déclaration d’invalidité si elle décide de réexaminer l’arrêt *Rodriguez*. Les juges majoritaires ont souligné qu’à l’heure actuelle, le droit n’offre pas de voie de recours à l’encontre d’une [TRADUCTION] « loi généralement valide » ayant un effet exceptionnel sur un petit nombre de personnes (par. 326). Ils ont également dit craindre qu’il ne soit pas possible pour le législateur d’instaurer une autre politique globale et équilibrée pendant toute suspension de prise d’effet d’une déclaration d’invalidité (par. 334).

[125] À notre avis, il n’est pas opportun en l’espèce d’accorder une exemption constitutionnelle. Nous avons conclu que la prohibition porte atteinte aux droits garantis aux demandeurs par l’art. 7. Il faut donner au législateur l’occasion de concevoir une réparation convenable. Les préoccupations exprimées dans *Ferguson* au sujet des exemptions constitutionnelles autonomes valent tout autant en l’espèce : pareille exemption serait source d’incertitude, saperait la primauté du droit et constituerait une usurpation de la fonction du législateur, qui est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes.

### B. *Déclaration d’invalidité*

[126] Nous sommes arrivés à la conclusion que les dispositions prohibant l’aide médicale à mourir (l’al. 241b) et l’art. 14 du *Code criminel*) portaient atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l’art. 7 garantit à M<sup>me</sup> Taylor, et ce d’une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, et que cette atteinte n’était pas justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. Dans la mesure où les dispositions législatives contestées nient les droits que l’art. 7 reconnaît aux personnes comme M<sup>me</sup> Taylor, elles sont nulles par



respond, should they so choose, by enacting legislation consistent with the constitutional parameters set out in these reasons.

[127] The appropriate remedy is therefore a declaration that s. 241(b) and s. 14 of the *Criminal Code* are void insofar as they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life; and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. “Irremediable”, it should be added, does not require the patient to undertake treatments that are not acceptable to the individual. The scope of this declaration is intended to respond to the factual circumstances in this case. We make no pronouncement on other situations where physician-assisted dying may be sought.

[128] We would suspend the declaration of invalidity for 12 months.

[129] We would not accede to the appellants’ request to create a mechanism for exemptions during the period of suspended validity. In view of the fact that Ms. Taylor has now passed away and that none of the remaining litigants seeks a personal exemption, this is not a proper case for creating such an exemption mechanism.

[130] A number of the interveners asked the Court to account for physicians’ freedom of conscience and religion when crafting the remedy in this case. The Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance, the Protection of Conscience Project, and the Catholic Health Alliance of Canada all expressed concern that physicians who object to medical assistance in dying on moral grounds may be obligated, based on a duty to act in their patients’ best interests, to participate in physician-assisted dying. They ask us

application de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il appartient au Parlement et aux législatures provinciales de répondre, si elles choisissent de le faire, en adoptant une loi compatible avec les paramètres constitutionnels énoncés dans les présents motifs.

[127] La réparation appropriée consiste donc en un jugement déclarant que l’al. 241b) et l’art. 14 du *Code criminel* sont nuls dans la mesure où ils prohibent l’aide d’un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. Il convient d’ajouter que le terme « irrémédiable » ne signifie pas que le patient doive subir des traitements qu’il juge inacceptables. Cette déclaration est censée s’appliquer aux situations de fait que présente l’espèce. Nous ne nous prononçons pas sur d’autres situations où l’aide médicale à mourir peut être demandée.

[128] Nous sommes d’avis de suspendre la prise d’effet de la déclaration d’invalidité pendant 12 mois.

[129] Nous refusons d’accéder à la demande des appelants de créer une procédure d’exemption pendant la période au cours de laquelle la prise d’effet de la déclaration d’invalidité est suspendue. Puisque M<sup>me</sup> Taylor est maintenant décédée et qu’aucune des autres parties au litige ne demande une exemption personnelle, il ne s’agit pas d’un cas où il convient de créer un tel mécanisme d’exemption.

[130] Plusieurs des intervenants ont prié la Cour de tenir compte de la liberté de conscience et de religion des médecins au moment de concevoir la réparation en l’espèce. La Ligue catholique des droits de l’homme, les organismes Faith and Freedom Alliance, Protection of Conscience Project et l’Alliance catholique canadienne de la santé ont tous dit craindre que les médecins opposés à l’aide médicale à mourir pour des raisons d’ordre moral soient tenus, de par l’obligation qu’ils ont d’agir dans l’intérêt de leur patient, de participer à l’aide médicale

to confirm that physicians and other health-care workers cannot be compelled to provide medical aid in dying. They would have the Court direct the legislature to provide robust protection for those who decline to support or participate in physician-assisted dying for reasons of conscience or religion.

[131] The Canadian Medical Association reports that its membership is divided on the issue of assisted suicide. The Association's current policy states that it supports the right of all physicians, within the bounds of the law, to follow their conscience in deciding whether or not to provide aid in dying. It seeks to see that policy reflected in any legislative scheme that may be put forward. While acknowledging that the Court cannot itself set out a comprehensive regime, the Association asks us to indicate that any legislative scheme must legally protect both those physicians who choose to provide this new intervention to their patients, along with those who do not.

[132] In our view, nothing in the declaration of invalidity which we propose to issue would compel physicians to provide assistance in dying. The declaration simply renders the criminal prohibition invalid. What follows is in the hands of the physicians' colleges, Parliament, and the provincial legislatures. However, we note — as did Beetz J. in addressing the topic of physician participation in abortion in *Morgentaler* — that a physician's decision to participate in assisted dying is a matter of conscience and, in some cases, of religious belief (pp. 95-96). In making this observation, we do not wish to pre-empt the legislative and regulatory response to this judgment. Rather, we underline that the *Charter* rights of patients and physicians will need to be reconciled.

## XII. Costs

[133] The appellants ask for special costs on a full indemnity basis to cover the entire expense of bringing this case before the courts.

à mourir. Ils nous demandent de confirmer que les médecins et les autres travailleurs de la santé ne peuvent être contraints de fournir cette aide. Ils souhaitent que la Cour enjoigne au législateur d'offrir une protection solide à ceux et celles qui refusent de faciliter l'aide médicale à mourir ou d'y participer pour des raisons de conscience ou de religion.

[131] L'Association médicale canadienne signale que ses membres sont divisés sur la question de l'aide au suicide. Dans sa politique actuelle, elle dit appuyer le droit de tous les médecins, dans les limites des lois existantes, de suivre leur conscience lorsque vient le temps de décider d'offrir une aide médicale à mourir. Elle cherche à faire intégrer cette politique dans tout projet éventuel de régime législatif. Tout en reconnaissant que la Cour ne peut établir elle-même un régime complet, l'Association nous prie d'indiquer que tout régime législatif doit protéger légalement à la fois les médecins qui décident d'administrer ce nouveau traitement à leurs patients et ceux qui s'en abstiennent.

[132] À notre avis, rien dans la déclaration d'invalidité que nous proposons de prononcer ne contraindrait les médecins à dispenser une aide médicale à mourir. La déclaration ne fait qu'invalider la prohibition criminelle. La suite dépend des collèges des médecins, du Parlement et des législatures provinciales. Nous rappelons toutefois — comme l'avait fait le juge Beetz en abordant la participation du médecin à un avortement dans *Morgentaler* — que la décision du médecin de participer à l'aide à mourir relève de la conscience et, dans certains cas, de la croyance religieuse (p. 95-96). Par cette remarque, nous ne souhaitons pas court-circuiter la réponse législative ou réglementaire au présent jugement. Nous soulignons plutôt le besoin de concilier les droits garantis par la *Charte* aux patients et aux médecins.

## XII. Dépens

[133] Les appelants réclament des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale afin de couvrir la totalité des dépenses engagées pour porter cette affaire devant les tribunaux.

[134] The trial judge awarded the appellants special costs exceeding \$1,000,000, on the ground that this was justified by the public interest in resolving the legal issues raised by the case. (Costs awarded on the usual party-and-party basis would not have exceeded about \$150,000.) In doing so, the trial judge relied on *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28, at para. 188, which set out four factors for determining whether to award special costs to a successful public interest litigant: (1) the case concerns matters of public importance that transcend the immediate interests of the parties, and which have not been previously resolved; (2) the plaintiffs have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceeding on economic grounds; (3) the unsuccessful parties have a superior capacity to bear the cost of the proceedings; and (4) the plaintiffs did not conduct the litigation in an abusive, vexatious or frivolous manner. The trial judge found that all four criteria were met in this case.

[135] The Court of Appeal saw no error in the trial judge's reasoning on special costs, given her judgment on the merits. However, as the majority overturned the trial judge's decision on the merits, it varied her costs order accordingly. The majority ordered each party to bear its own costs.

[136] The appellants argue that special costs, while exceptional, are appropriate in a case such as this, where the litigation raises a constitutional issue of high public interest, is beyond the plaintiffs' means, and was not conducted in an abusive or vexatious manner. Without such awards, they argue, plaintiffs will not be able to bring vital issues of importance to all Canadians before the courts, to the detriment of justice and other affected Canadians.

[134] La juge de première instance a adjugé aux appelants des dépens spéciaux de plus de 1 000 000 \$ parce qu'une telle mesure était justifiée par l'intérêt du public à ce que soient tranchées les questions de droit en litige. (Les dépens accordés sur la base partie-partie habituelle n'auraient pas dépassé environ 150 000 \$.) Pour ce faire, la juge s'est appuyée sur l'arrêt *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28, par. 188, où la cour a énoncé quatre critères à prendre en compte avant d'accorder des dépens spéciaux à une partie représentant l'intérêt public qui a gain de cause : (1) l'affaire soulève des questions d'importance pour le public qui transcendent les intérêts immédiats des parties et qui n'ont pas encore été tranchées; (2) les demandeurs n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétaire ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique; (3) les parties déboutées sont plus en mesure de supporter les dépens de l'instance; et (4) les demandeurs n'ont pas engagé le litige de façon abusive, vexatoire ou frivole. La juge de première instance a estimé que les quatre critères étaient respectés en l'espèce.

[135] La Cour d'appel n'a décelé aucune erreur dans le raisonnement de la juge de première instance relatif aux dépens spéciaux, compte tenu du jugement au fond qu'a prononcé cette dernière. Toutefois, comme les juges majoritaires ont infirmé la décision de la juge de première instance sur le fond, ils ont modifié en conséquence son ordonnance relative aux dépens. Ils ont ordonné à chacune des parties de supporter ses propres dépens.

[136] Les appelants soutiennent que, malgré leur caractère exceptionnel, les dépens spéciaux sont de mise dans un cas comme celui qui nous occupe, où l'instance soulève une question constitutionnelle de grand intérêt public, dépasse les moyens des demandeurs et n'a pas été engagée de manière abusive ou vexatoire. Ils plaident que sans ces dépens, les demandeurs ne seront pas en mesure de soumettre aux tribunaux des questions d'importance vitale pour tous les Canadiens et Canadiennes, ce qui nuirait à la justice ainsi qu'aux autres Canadiens et Canadiennes touchés.

[137] Against this, we must weigh the caution that “[c]ourts should not seek on their own to bring an alternative and extensive legal aid system into being”: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, at para. 44. With this concern in mind, we are of the view that *Adams* sets the threshold for an award of special costs too low. This Court has previously emphasized that special costs are only available in “exceptional” circumstances: *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 48. The test set out in *Adams* would permit an award of special costs in cases that do not fit that description. Almost all constitutional litigation concerns “matters of public importance”. Further, the criterion that asks whether the unsuccessful party has a superior capacity to bear the cost of the proceedings will always favour an award against the government. Without more, special costs awards may become routine in public interest litigation.

[138] Some reference to this Court’s jurisprudence on advance costs may be helpful in refining the criteria for special costs on a full indemnity basis. This Court set the test for an award of advance costs in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371. LeBel J. identified three criteria necessary to justify that departure from the usual rule of costs:

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.
2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient

[137] D’autre part, nous devons prendre en considération la mise en garde selon laquelle « [I]es tribunaux ne devraient pas chercher, de leur propre initiative, à mettre sur pied un autre système complet d’aide juridique » : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38, par. 44. Compte tenu de cette considération, nous sommes d’avis que le seuil applicable à l’octroi de dépens spéciaux établi dans l’arrêt *Adams* n’est pas assez élevé. Notre Cour a déjà souligné que des dépens spéciaux ne peuvent être accordés que dans des cas « d’exception » : *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 48. Le test énoncé dans *Adams* permettrait l’octroi de dépens spéciaux dans des cas qui ne correspondent pas à cette description. Presque tous les litiges constitutionnels ont trait à des « questions d’importance pour le public ». En outre, le critère relatif à la question de savoir si la partie déboutée est plus en mesure de supporter les dépens de l’instance favorisera toujours la condamnation du gouvernement aux dépens. Sans rien d’autre, l’octroi de dépens spéciaux peut devenir une pratique courante dans les litiges d’intérêt public.

[138] Un regard sur la jurisprudence de notre Cour relative aux provisions pour frais peut s’avérer utile pour préciser les critères applicables à l’octroi de dépens spéciaux sur la base de l’indemnisation intégrale. Notre Cour a énoncé le test applicable à l’octroi d’une provision pour frais dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371. Le juge LeBel y a indiqué trois conditions qui doivent être réunies pour justifier cette dérogation à la règle habituelle en matière de dépens :

1. La partie qui demande une provision pour frais n’a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d’agir en justice sans l’ordonnance.
2. La demande vaut *prima facie* d’être instruite, c’est-à-dire qu’elle paraît au moins suffisamment valable

merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases. [para. 40]

[139] The Court elaborated on this test in *Little Sisters*, emphasizing that issues of public importance will not in themselves “automatically entitle a litigant to preferential treatment with respect to costs” (para. 35). The standard is a high one: only “rare and exceptional” cases will warrant such treatment (para. 38).

[140] In our view, with appropriate modifications, this test serves as a useful guide to the exercise of a judge’s discretion on a motion for special costs in a case involving public interest litigants. First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. In those rare cases, it will be contrary to the interests of justice to ask the individual litigants (or, more likely, pro bono counsel) to bear the majority of the financial burden associated with pursuing the claim.

[141] Where these criteria are met, a court will have the discretion to depart from the usual rule on costs and award special costs.

[142] Finally, we note that an award of special costs does not give the successful litigant the right

et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu’il n’en a pas les moyens financiers.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n’ont pas encore été tranchées. [par. 40]

[139] La Cour a précisé ce test dans *Little Sisters* en soulignant que les questions d’importance pour le public ne signifient pas en soi que « le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens » (par. 35). La norme est élevée : seules des affaires « rares et exceptionnelles » peuvent justifier pareil traitement (par. 38).

[140] Nous estimons que ce test, modifié comme il se doit, constitue un guide utile pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi d’une requête pour dépens spéciaux dans une affaire mettant en cause des parties représentant l’intérêt public. Premièrement, l’affaire doit porter sur des questions d’intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n’aient pas encore été tranchées ou qu’elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu’ils n’ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriété ou pécuniaire qui justifierait l’instance pour des raisons d’ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu’il n’aurait pas été possible de poursuivre l’instance en question avec une aide financière privée. Dans ces rares cas, il est contraire à l’intérêt de la justice de demander aux plaideurs individuels (ou, ce qui est plus probable, aux avocats bénévoles) de supporter la majeure partie du fardeau financier associé à la poursuite de la demande.

[141] Lorsque ces critères sont respectés, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle habituelle en matière de dépens et d’octroyer des dépens spéciaux.

[142] Enfin, nous faisons remarquer que l’octroi de dépens spéciaux ne donne pas à la partie qui a

to burden the defendant with any and all expenses accrued during the course of the litigation. As costs awards are meant to “encourage the reasonable and efficient conduct of litigation” (*Okanagan Indian Band*, at para. 41), only those costs that are shown to be reasonable and prudent will be covered by the award.

[143] Having regard to these criteria, we are not persuaded the trial judge erred in awarding special costs to the appellants in the truly exceptional circumstances of this case. We would order the same with respect to the proceedings in this Court and in the Court of Appeal.

[144] The final question is whether the trial judge erred in awarding 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia. The trial judge acknowledged that it is unusual for courts to award costs against an Attorney General who intervenes in constitutional litigation as of right. However, as the jurisprudence reveals, there is no firm rule against it: see, e.g., *B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hegeman v. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; and *Polglase v. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294 (S.C.).

[145] In her reasons on costs, the trial judge explained that counsel for British Columbia led evidence, cross-examined the appellants’ witnesses, and made written and oral submissions on most of the issues during the course of the trial. She also noted that British Columbia took an active role in pre-trial proceedings. She held that an Attorney General’s responsibility for costs when involved in constitutional litigation as of right varies with the role the Attorney General assumes in the litigation. Where the Attorney General assumes the role of a party, the court may find the Attorney General liable for costs in the same manner as a party (para. 96). She concluded that the Attorney General of British Columbia had taken a full and active role in the proceedings and should therefore be liable for costs

gain de cause le droit de faire supporter au défendeur les moindres dépenses engagées au cours de l’instance. Comme l’octroi de dépens est censé « favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite » (*Bande indienne Okanagan*, par. 41), seuls les frais dont on établit le caractère raisonnable et prudent seront couverts par les dépens spéciaux.

[143] Compte tenu de ces critères, nous ne sommes pas convaincus que la juge de première instance a commis une erreur en adjugeant des dépens spéciaux aux appelants dans les circonstances vraiment exceptionnelles de l’espèce. Nous sommes d’avis de rendre la même ordonnance relativement à l’instance devant notre Cour et devant la Cour d’appel.

[144] La dernière question est de savoir si la juge de première instance a commis une erreur en condamnant la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens. Elle a reconnu le caractère inhabituel d’une condamnation aux dépens prononcée contre un procureur général qui intervient de plein droit à un litige constitutionnel. Mais comme le révèle la jurisprudence, aucune règle établie ne l’interdit : voir, p. ex., *B. (R.) c. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hegeman c. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; et *Polglase c. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294 (C.S.).

[145] Dans ses motifs relatifs aux dépens, la juge de première instance a expliqué que les avocats de la Colombie-Britannique avaient produit des éléments de preuve, contre-interrogé les témoins des appelants et présenté des arguments écrits et de vive voix sur la plupart des questions au cours du procès. Elle a ajouté que la Colombie-Britannique avait pris une part active aux procédures préliminaires. Toujours selon elle, la responsabilité qu’a un procureur général de payer les dépens lorsqu’il participe de plein droit à un litige constitutionnel varie selon le rôle qu’il joue dans l’instance. S’il joue le rôle de partie, le tribunal peut le tenir responsable des dépens comme s’il était une partie (par. 96). Elle a conclu que la procureure générale de la Colombie-Britannique avait participé pleinement et activement

in proportion to the time British Columbia took during the proceedings.

[146] We stress, as did the trial judge, that it will be unusual for a court to award costs against Attorneys General appearing before the court as of right. However, we see no reason to interfere with the trial judge's decision to do so in this case or with her apportionment of responsibility between the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada. The trial judge was best positioned to determine the role taken by British Columbia and the extent to which it shared carriage of the case.

### XIII. Conclusion

[147] The appeal is allowed. We would issue the following declaration, which is suspended for 12 months:

Section 241(b) and s. 14 of the *Criminal Code* unjustifiably infringe s. 7 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition.

[148] Special costs on a full indemnity basis are awarded against Canada throughout. The Attorney General of British Columbia will bear responsibility for 10 percent of the costs at trial on a full indemnity basis and will pay the costs associated with its presence at the appellate levels on a party-and-party basis.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Davis, Vancouver.*

à l'instance et qu'elle devrait donc être tenue aux dépens en proportion de la période de temps qu'elle a occupée au cours de l'instance.

[146] À l'instar de la juge de première instance, nous soulignons qu'il est inhabituel pour le tribunal de condamner aux dépens le procureur général qui comparait devant lui de plein droit. Nous ne voyons toutefois aucune raison de modifier la décision de la juge de première instance de le faire en l'espèce, ou la manière dont elle a réparti la responsabilité entre la procureure générale de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada. Elle était la mieux placée pour apprécier la participation de la Colombie-Britannique et la mesure dans laquelle cette dernière a partagé la responsabilité du dossier.

### XIII. Conclusion

[147] Le pourvoi est accueilli. Nous sommes d'avis de prononcer le jugement déclaratoire suivant, dont la prise d'effet est suspendue pendant 12 mois :

L'alinéa 241b) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition.

[148] Le Canada est condamné à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale devant toutes les cours. La procureure générale de la Colombie-Britannique doit assumer la responsabilité de 10 pour 100 des dépens du procès sur la base de l'indemnisation intégrale, et elle est condamnée aux dépens associés à sa participation devant les cours d'appel sur la base partie-partie.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Davis, Vancouver.*

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

*Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*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.*

*Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living: Bakerlaw, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Miller Thomson, Calgary.*

*Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Canadian HIV/AIDS Legal Network, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Association for Reformed Political Action Canada: Association for Reformed Political Action Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Physicians' Alliance against Euthanasia: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Geoffrey Trotter Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Christian Medical and Dental Society of Canada and the Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Dying With Dignity: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureure de l'intimée la procureure générale de la Colombie-Britannique : Procureure générale de la Colombie-Britannique, Victoria.*

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

*Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Bakerlaw, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Miller Thomson, Calgary.*

*Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante Association for Reformed Political Action Canada : Association for Reformed Political Action Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Collectif des médecins contre l'euthanasie : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Geoffrey Trotter Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes Christian Medical and Dental Society of Canada et Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Dying With Dignity : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*



*Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Polley Faith, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Catholic Health Alliance of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

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

*Solicitors for the interveners the Farewell Foundation for the Right to Die and Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité: Gratl & Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and the Protection of Conscience Project: Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society: Borden Ladner Gervais, Vancouver and Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Unitarian Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the interveners the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia: Scher Law Professional Corporation, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne : Polley Faith, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance catholique canadienne de la santé : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.*

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

*Procureurs des intervenantes Farewell Foundation for the Right to Die et l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité : Gratl & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto.*

*Procureurs des intervenants la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et Protection of Conscience Project : Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society : Borden Ladner Gervais, Vancouver et Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil unitarien du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intervenantes la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia : Scher Law Professional Corporation, Toronto.*

**Grant Anthony Goleski** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario and  
Attorney General of Alberta** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. GOLESKI**

**2015 SCC 6**

**File No.: 35862.**

2015: February 11.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver,  
Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Motor vehicles — Failure to provide breath sample — Burden of proof applicable to demonstration of “reasonable excuse” for refusal to provide breath sample — Accused bears persuasive burden of proving excuse — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 794(2).*

#### **Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 794(2).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Frankel and Garson JJ.A.), 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, 64 M.V.R. (6th) 254, 10 C.R. (7th) 188, [2014] B.C.J. No. 347 (QL), 2014 CarswellBC 490 (WL Can.), setting aside the accused’s acquittal and reinstating his conviction. Appeal dismissed.

*Amandeep Jaswal*, for the appellant.

*Mary T. Ainslie, Q.C.*, and *John Caldwell*, for the respondent.

**Grant Anthony Goleski** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Procureur général de l’Ontario et  
procureur général de l’Alberta** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GOLESKI**

**2015 CSC 6**

**N° du greffe : 35862.**

2015 : 11 février.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

*Droit criminel — Véhicules automobiles — Omission de fournir un échantillon d’haleine — Fardeau de preuve applicable à la démonstration de l’existence d’une « excuse raisonnable » pour refuser de fournir un échantillon d’haleine — Imposition à l’accusé du fardeau de persuasion relativement à la preuve de l’existence d’une excuse — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 794(2).*

#### **Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 794(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Frankel et Garson), 2014 BCCA 80, 307 C.C.C. (3d) 1, 64 M.V.R. (6th) 254, 10 C.R. (7th) 188, [2014] B.C.J. No. 347 (QL), 2014 CarswellBC 490 (WL Can.), qui a annulé l’acquiescement de l’accusé et rétabli la déclaration de culpabilité prononcée contre lui. Pourvoi rejeté.

*Amandeep Jaswal*, pour l’appelant.

*Mary T. Ainslie, c.r.*, et *John Caldwell*, pour l’intimée.

*Philip Perlmutter and Karen Papadopoulos*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Matthew David Dalidowicz*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

The following is the judgment delivered orally by

[1] THE COURT — In our view, the British Columbia Court of Appeal correctly concluded that s. 794(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, properly interpreted, imposes a persuasive burden on the accused to prove an “exception, exemption, proviso, excuse or qualification prescribed by law”. We do not think it appropriate to deal with the new issues raised by the interveners.

[2] The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Vincent Michaels Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.*

*Philip Perlmutter et Karen Papadopoulos*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Matthew David Dalidowicz*, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Version française du jugement rendu oralement par

[1] LA COUR — À notre avis, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a eu raison de conclure que, suivant l’interprétation qu’il convient de lui donner, le par. 794(2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, impose à l’accusé le fardeau de persuader le tribunal de l’existence d’une « exception, exemption, limitation, excuse ou réserve, prévue par le droit ». Nous n’estimons pas opportun d’examiner les nouveaux points soulevés par les intervenants.

[2] L’appel est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appelant : Vincent Michaels Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, 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 l’Alberta : Procureur général de l’Alberta, Calgary.*

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Federation of Law Societies  
of Canada** *Respondent*

and

**Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Canadian Civil Liberties Association,  
Law Society of British Columbia,  
Canadian Bar Association,  
Advocates' Society, Barreau du Québec and  
Chambre des notaires du Québec** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.  
FEDERATION OF LAW SOCIETIES OF CANADA**

**2015 SCC 7**

File No.: 35399.

2014: May 13; 2015: February 13.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Search and seizure — Solicitor-client privilege — Lawyer's duty of commitment to client's cause — Whether Canada's anti-money laundering and anti-terrorist financing legislation, as it applies to legal profession, infringes right to be free of unreasonable searches and seizures — Whether legislation infringes right not to be deprived of liberty otherwise than in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringements justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 5(i), 5(j), 62, 63, 63.1, 64 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002-184, ss. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.*

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Fédération des ordres professionnels de  
juristes du Canada** *Intimée*

et

**Criminal Lawyers' Association (Ontario),  
Association canadienne des libertés civiles,  
Law Society of British Columbia,  
Association du Barreau canadien,  
Advocates' Society, Barreau du Québec et  
Chambre des notaires du Québec** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS  
DE JURISTES DU CANADA**

**2015 CSC 7**

N° du greffe : 35399.

2014 : 13 mai; 2015 : 13 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel de l'avocat — Devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client — Les dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes qui s'appliquent aux avocats portent-elles atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — La législation porte-t-elle atteinte au droit de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, les atteintes sont-elles justifiables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, c. 17, art. 5i), 5j), 62, 63, 63.1, 64 — Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, DORS/2002-184, art. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.*

To reduce the risk that financial intermediaries may facilitate money laundering or terrorist financing, the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, and the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184, impose duties on financial intermediaries, including advocates and notaries in Quebec and barristers and solicitors in all other provinces. The legislation requires financial intermediaries to collect, record and retain material, including information verifying the identity of those on whose behalf they pay or receive money. It puts in place an agency to oversee compliance, the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada, and allows that agency to search for and seize that material. It imposes fines and penal consequences for non-compliance. Sections 5(i) and 5(j) of the Act make professions specified in the Regulations subject to the record keeping and verification requirements. Section 33.3 of the Regulations makes legal counsel subject to the Act when receiving or paying funds or giving instructions to pay funds other than in respect of professional fees, disbursements, expenses or bail or when doing so on behalf of their employer. Sections 33.4 and 33.5 of the Regulations impose record keeping requirements. Section 59.4 of the Regulations imposes identification requirements. Section 11.1 of the Regulations sets out the information that must be collected and retained in the course of verifying identity. Sections 62, 63 and 63.1 of the Act provide for search and seizure powers. Section 64 provides limitations on the search and seizure powers in relation to material for which solicitor-client privilege is claimed.

The Federation of Law Societies commenced a constitutional challenge to the legislation as it applies to the legal profession. The application judge of the Supreme Court of British Columbia held that the challenged provisions violate s. 7 of the *Charter* and the infringement is not saved under s. 1 of the *Charter*. She did not address whether the provisions infringe s. 8 of the *Charter*. She read down ss. 5(i), 5(j), 62, 63 and 63.1 of the Act and s. 11.1 of the Regulations to exclude legal counsel and legal firms. She struck down s. 64 of the Act, and ss. 33.3, 33.4, 33.5 and 59.4 of the Regulations. The British Columbia Court of Appeal dismissed an appeal.

Pour réduire le risque que les intermédiaires financiers facilitent le recyclage des produits de la criminalité ou le financement des activités terroristes, la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, et le *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, imposent des obligations aux intermédiaires financiers, notamment aux avocats et aux notaires du Québec et aux avocats de toutes les autres provinces. Selon la législation, les intermédiaires financiers doivent recueillir et conserver des documents et des renseignements afin de vérifier l'identité des personnes pour le compte desquelles ils paient ou reçoivent de l'argent. La législation constitue un organisme chargé de contrôler le respect de la Loi, en l'occurrence le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada, et lui permet de chercher ces documents et de les saisir. Elle impose des amendes et des sanctions pénales en cas de non-respect de la loi. Les alinéas 5i) et 5j) soumettent les professions mentionnées dans le Règlement aux obligations de tenue de documents et de vérification. L'article 33.3 du Règlement assujettit les conseillers juridiques à la Loi lorsqu'ils reçoivent ou paient des fonds ou donnent des instructions pour le paiement de fonds (autres que ceux reçus ou payés à titre d'honoraires, de débours, de dépenses ou de cautionnement ou lorsque le conseiller juridique exerce une de ces activités pour le compte de son employeur). Les articles 33.4 et 33.5 du Règlement imposent des obligations en matière de tenue de documents. L'article 59.4 du Règlement impose des obligations d'identification. L'article 11.1 du Règlement énumère les renseignements qui doivent être recueillis et conservés au cours de la vérification de l'identité. Les articles 62, 63 et 63.1 de la Loi confèrent des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. L'article 64, quant à lui, prévoit certaines restrictions à ces pouvoirs dans le cas de documents à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat est revendiqué.

La Fédération des ordres professionnels de juristes a attaqué la constitutionnalité des dispositions de la législation qui s'appliquent aux avocats. La juge de première instance de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que les dispositions contestées violent l'art. 7 de la *Charte* et que cette violation n'est pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Elle n'a pas décidé si les dispositions contreviennent à l'art. 8 de la *Charte*. Elle a donné une interprétation atténuée des al. 5i) et 5j) et des art. 62, 63 et 63.1 de la Loi ainsi que de l'art. 11.1 du Règlement pour exclure les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats. Elle a invalidé l'art. 64 de la Loi de même que les art. 33.3, 33.4, 33.5 et 59.4 du Règlement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel.

*Held:* The appeal should be allowed in part. That part of the application judge’s order declaring that ss. 5(i) and 5(j) of the Act are inconsistent with the Constitution of Canada and are of no force and effect to the extent that the reference in those subsections to “persons and entities” includes legal counsel and law firms should be set aside. Sections 5(i) and 5(j) should be struck from that part of the application judge’s order declaring that ss. 5(i), 5(j), 62, 63 and 63.1 of the Act are read down to exclude legal counsel and law firms from the operation of those sections. The appeal should otherwise be dismissed.

*Per* LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: Sections 5(i) and 5(j) of the Act simply authorize the making of regulations and do not on their own infringe the *Charter*.

Sections 62, 63 and 63.1 of the Act, to the extent that they apply to documents in the possession of legal counsel and legal firms, and s. 64 of the Act infringe s. 8 of the *Charter*. These provisions have a predominantly criminal law character rather than an administrative law character. They facilitate detecting and deterring criminal offences, and investigating and prosecuting criminal offences. There are penal sanctions for non-compliance. These provisions authorize sweeping searches of law offices which inherently risks breaching solicitor-client privilege. The expectation of privacy in solicitor-client privileged communications is invariably high regardless of the context and nothing about the regulatory context of the Act or the fact that a regulatory agency undertakes the searches diminishes that expectation. The principles governing searches of law offices set out in *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, apply and these provisions do not comply with those standards. Solicitor-client privilege must remain as close to absolute as possible. There must be a stringent norm to ensure protection and legislative provisions must interfere with the privilege no more than absolutely necessary. These provisions wrongly transfer the burden of protecting solicitor-client privilege to lawyers. Nothing requires notice to clients and a client may not be aware that his or her privilege is threatened. There is no protocol for independent legal intervention when it is not feasible to notify a client. A judge has no discretion to assess a claim of privilege on his or her own motion. Unless the search is of a lawyer’s home office, nothing requires prior judicial authorization. Searches are not contingent upon proof that there are no reasonable alternatives. The provisions allow warrantless searches, which are presumptively unreasonable. Examining and copying documents proceeds until privilege is asserted — an approach that greatly elevates the risk of a breach of privilege. Claiming privilege requires revealing a client’s name

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli en partie. Est annulée la partie de l’ordonnance où la juge de première instance déclare les al. 5i) et 5j) de la Loi incompatibles avec la Constitution du Canada et inopérants dans la mesure où les « personnes et les entités » mentionnées à ces alinéas comprennent les conseillers juridiques et les cabinets d’avocats. Les alinéas 5i) et 5j) sont supprimés de la partie de l’ordonnance donnant à ces alinéas de même qu’aux art. 62, 63 et 63.1 de la Loi une interprétation atténuée pour soustraire à leur application les conseillers juridiques et les cabinets d’avocats. Pour le reste, le pourvoi est rejeté.

*Les juges* LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : Les alinéas 5i) et 5j) de la Loi ne font qu’autoriser la prise de règlements et ne violent pas à eux seuls la *Charte*.

Les articles 62, 63 et 63.1 de la Loi, dans la mesure où ils s’appliquent aux documents en la possession d’un conseiller juridique ou d’un cabinet d’avocats, et l’art. 64 de la Loi contreviennent à l’art. 8 de la *Charte*. Ces dispositions ont un caractère principalement pénal plutôt qu’administratif. Elles aident à détecter et à décourager les infractions criminelles et facilitent les enquêtes et les poursuites relatives à ces infractions. Des sanctions pénales sont imposées en cas de non-respect de la loi. Ces dispositions autorisent une perquisition approfondie du cabinet d’avocats qui risque, de par sa nature, de violer le secret professionnel de l’avocat. L’attente à l’égard de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l’avocat est invariablement élevée, peu importe le contexte, et aucun élément du contexte réglementaire de la Loi ni le fait qu’un organisme de réglementation procède aux perquisitions n’a pour effet de diminuer cette attente. Les principes en matière de perquisition d’un cabinet d’avocats qui sont énoncés dans *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, s’appliquent et les dispositions en cause ne respectent pas ces normes. Le secret professionnel de l’avocat doit demeurer aussi absolu que possible. Il doit exister une norme rigoureuse pour assurer sa protection et les dispositions législatives ne doivent pas porter atteinte au secret professionnel plus que ce qui est absolument nécessaire. Ces dispositions déplacent à tort aux avocats le fardeau de protéger le privilège. Rien n’exige qu’un avis soit donné au client et il est possible que le client ne sache même pas que son privilège est menacé. Aucun protocole n’est prévu pour permettre une intervention légale indépendante lorsqu’il est impossible d’aviser le client. Le juge n’a pas le pouvoir discrétionnaire d’apprécier de son propre chef le secret professionnel revendiqué. Rien n’exige qu’on obtienne une autorisation judiciaire avant de perquisitionner, sauf

and address even though this information may be subject to privilege. The search powers in ss. 62, 63 and 63.1 as applied to lawyers, along with the inadequate protection of solicitor-client privilege provided by s. 64, constitute a very significant limitation of the right to be free of unreasonable searches and seizures.

Section 11.1 of the Regulations, to the extent that it applies to legal counsel and legal firms, and the other provisions of the Regulations in issue in this appeal infringe s. 7 of the *Charter*. The liberty interests of lawyers are infringed because lawyers are liable to imprisonment if they do not comply with the requirements of the Act and Regulations. It is not necessary to determine whether the liberty interests of clients are infringed.

It should be recognized as a principle of fundamental justice that the state cannot impose duties on lawyers that undermine their duty of commitment to their clients' causes. Principles of fundamental justice have three characteristics. They must be a legal principle; there must be significant societal consensus that they are fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate; and, they must be sufficiently precise so as to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. The lawyer's duty of commitment to the client's cause meets this test. First, it is a normative legal principle and a basic tenet of our legal system. It has been recognized as a distinct element of a lawyer's broader common law duty of loyalty. Second, jurisprudence demonstrates that the principle is sufficiently precise to provide a workable standard. It does not countenance a lawyer's involvement in, or facilitation of, illegal activities and it is consistent with a lawyer taking appropriate steps to ensure that his or her services are not used for improper ends. Third, there is overwhelming evidence of a strong and wide-spread consensus concerning the fundamental importance in democratic states of protection against state interference with

si la perquisition a lieu dans un cabinet à domicile. Les perquisitions ne sont pas subordonnées à la preuve qu'il n'existe aucune solution de rechange raisonnable. Les dispositions autorisent les perquisitions sans mandat, qui sont présumées abusives. L'examen et la reproduction des documents se poursuivent jusqu'à ce que le secret professionnel soit invoqué, ce qui augmente considérablement le risque que le secret professionnel soit violé. Pour revendiquer le secret professionnel, il faut révéler les nom et adresse du client même s'il se peut que ces renseignements soient protégés par le secret professionnel. Les pouvoirs de perquisition et de fouille qui sont prévus aux art. 62, 63 et 63.1 et qui sont exercés à l'endroit des avocats, conjugués à la protection insuffisante que l'art. 64 accorde au secret professionnel de l'avocat, constituent une restriction considérable du droit d'être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

L'article 11.1 du Règlement, dans la mesure où il s'applique aux conseillers juridiques et aux cabinets d'avocats, ainsi que les autres dispositions du Règlement en litige dans le présent pourvoi violent l'art. 7 de la *Charte*. Il y a atteinte au droit à la liberté de l'avocat parce que ce dernier s'expose à l'emprisonnement s'il ne se conforme pas aux exigences de la Loi et du Règlement. Point n'est besoin de décider s'il y a atteinte au droit à la liberté des clients.

L'impossibilité pour l'État d'imposer aux avocats des obligations qui minent leur devoir de se dévouer à la cause de leurs clients devrait être reconnue comme principe de justice fondamentale. Le principe de justice fondamentale présente trois caractéristiques. Il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être suffisamment précis pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client satisfait à ce critère. Premièrement, c'est un principe juridique normatif et un précepte fondamental de notre système juridique. Il a été reconnu comme un élément distinct du devoir général de loyauté incombant à l'avocat en common law. Deuxièmement, la jurisprudence démontre que ce principe est assez précis pour constituer une norme pratique. Il ne permet pas à l'avocat de participer à des activités illégales ou de le faciliter et il s'accorde parfaitement avec la prise, par l'avocat, des mesures qui s'imposent pour éviter que ses services soient utilisés à des fins illégitimes. Troisièmement, une preuve

the lawyer's commitment to his or her client's cause. The duty is fundamental to the solicitor-client relationship and how the state and the citizen interact in legal matters. The lawyer's duty of commitment to the client's cause is essential to maintaining confidence in the integrity of the administration of justice.

Subject to justification, the state cannot impose obligations on lawyers that undermine their compliance with the duty, either in fact or in the perception of a reasonable person. The legal profession has developed practice standards relating to the subjects addressed by the Act and Regulations that are narrower in scope. Although these standards cannot set the constitutional parameters for legislation, they are evidence of a strong consensus in the profession as to what ethical practice in relation to these issues requires. Viewed in this light, the legislation requires lawyers to gather and retain considerably more information than the profession thinks is needed for ethical and effective client representation. This, coupled with the inadequate protection of solicitor-client privilege, undermines a lawyer's ability to comply with the duty of commitment to the client's cause. The lawyer is required to create and preserve records not required for ethical and effective representation, in the knowledge that solicitor-client confidences contained in these records are not adequately protected against searches and seizures authorized by the legislation. A reasonable and informed person, thinking the matter through, would perceive that these provisions are inconsistent with the lawyer's duty of commitment to the client's cause. The scheme taken as a whole limits the liberty of lawyers in a manner that is not in accordance with the principle of fundamental justice relating to the lawyer's duty of committed representation.

The infringements of ss. 7 and 8 of the *Charter* are not justified under s. 1 of the *Charter*. Sections 62, 63, 63.1 and 64 of the Act fail the minimal impairment test. There are other less drastic means to pursue the objectives of combating money laundering and terrorist financing. The provisions of the Regulations in issue in this appeal fail the proportionality test.

*Per* McLachlin C.J. and Moldaver J.: There is agreement with Cromwell J.'s reasons insofar as they relate to

abondante établit l'existence d'un vaste et solide consensus au sujet de l'importance fondamentale, dans les États démocratiques, d'empêcher que l'État nuise au dévouement de l'avocat à la cause de son client. Ce devoir est un aspect fondamental de la relation avocat-client et de l'interaction entre l'État et le citoyen dans des dossiers juridiques. Le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client est nécessaire pour préserver la confiance dans l'intégrité de l'administration de la justice.

L'État ne peut, sous réserve d'une justification, imposer aux avocats des obligations qui entravent leur respect de ce devoir, soit dans les faits, soit aux yeux d'une personne raisonnable. La profession juridique a établi des normes de pratique plus restreintes relativement aux thèmes visés par la Loi et le Règlement. Ces normes ne sauraient fixer les paramètres constitutionnels d'une loi, mais elles témoignent d'un solide consensus au sein de la profession en ce qui a trait aux normes déontologiques que commandent ces enjeux. Vue sous cet angle, la législation oblige les avocats à recueillir et à conserver beaucoup plus de renseignements que ce que la profession estime nécessaire pour la représentation éthique et efficace du client. Ce fait, conjugué à la protection insuffisante du secret professionnel de l'avocat, mine la capacité de ce dernier à respecter son devoir de se dévouer à la cause du client. L'avocat est tenu de créer et de conserver des documents qui ne sont pas nécessaires à une représentation éthique et efficace tout en sachant que les renseignements visés par son secret professionnel qui figurent dans ces documents ne bénéficient pas d'une protection convenable contre les perquisitions et saisies autorisées par la législation. La personne raisonnable et bien informée examinant la question en profondeur estimerait que ces dispositions sont incompatibles avec le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client. Pris dans son ensemble, le régime restreint la liberté des avocats d'une manière qui n'est pas conforme au principe de justice fondamentale concernant le devoir de représentation dévouée de l'avocat.

Les atteintes aux art. 7 et 8 de la *Charte* ne sont pas justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Les articles 62, 63, 63.1 et 64 de la Loi ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale. Il existe d'autres moyens moins radicaux de poursuivre les objectifs de la lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Les dispositions du Règlement en litige dans le présent pourvoi ne satisfont pas au critère de proportionnalité.

*La* juge en chef McLachlin et le juge Moldaver : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell portant sur



s. 8 of the *Charter*. However, to the extent that the s. 7 interests of the lawyer are engaged, the lawyer's duty of commitment to the client's cause lacks sufficient certainty to constitute a principle of fundamental justice. The lawyer's commitment does not provide a workable constitutional standard because it will vary with the nature of the retainer and other circumstances. Solicitor-client privilege has already been recognized as a constitutional norm and breach of this principle of fundamental justice is sufficient to establish the potential deprivation of liberty that violates s. 7 of the *Charter*.

### Cases Cited

By Cromwell J.

**Applied:** *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; **referred to:** *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649; *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *Anderson v. Bank of British Columbia (1876)*, 2 Ch. D. 644; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869.

l'art. 8 de la *Charte*. Toutefois, dans la mesure où les droits garantis à l'avocat par l'art. 7 entrent en jeu, le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client n'est pas suffisamment certain pour constituer un principe de justice fondamentale. Le dévouement de l'avocat ne fournit pas une norme constitutionnelle pratique parce qu'il varie selon la nature du mandat ainsi que d'autres facteurs. Le secret professionnel de l'avocat a déjà été reconnu comme une norme constitutionnelle et la transgression de ce principe de justice fondamentale suffit pour établir la privation potentielle de liberté qui viole l'art. 7 de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt appliqué :** *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; **arrêts mentionnés :** *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649; *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *Anderson c. Bank of British Columbia (1876)*, 2 Ch. D. 644; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869.

By McLachlin C.J. and Moldaver J.

**Referred to:** *R. v. Malmö-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 8.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.02, 83.03, 462.31, 488.1.

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, ss. 2 “legal counsel”, 3, Part 1, 5(i), (j), 6, 6.1, 7, 9, 9.1, 9.6, 10.1, 11, 62, 63, 63.1, 64, 65, 65.1, 74.

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184, ss. 1(2) “funds”, “receipt of funds record”, 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4, 64 to 67, 68, 69, 70.

#### Authors Cited

Council of Bars and Law Societies of Europe. *Charter of Core Principles of the European Legal Profession*, in *Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers*, édition 2013, 5 (online: <http://www.ccbe.eu/index.php?id=32&L=0>).

Federation of Law Societies of Canada. *Model Rule on Client Identification and Verification Requirements*, adopted March 20, 2008, and modified December 12, 2008 (online).

International Bar Association. *International Principles on Conduct for the Legal Profession*, adopted May 28, 2011 (online: [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)).

Mill, J. S. *On Liberty and Considerations on Representative Government*, by R. B. McCallum, ed. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

United Nations. *Basic Principles on the Role of Lawyers*, in Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders: Havana, 27 August — 7 September 1990. U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1. New York: United Nations, 1991, 118.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Frankel, Neilson, Garson and Hinkson JJ.A.), 2013 BCCA 147, 41 B.C.L.R. (5th) 283, 335 B.C.A.C. 243, 573 W.A.C. 243, 359 D.L.R. (4th) 1, 48 Admin. L.R. (5th)

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Moldaver

**Arrêt mentionné :** *R. c. Malmö-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 8.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.02, 83.03, 462.31, 488.1.

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, art. 2 « conseiller juridique », 3, partie 1, 5(i), (j), 6, 6.1, 7, 9, 9.1, 9.6, 10.1, 11, 62, 63, 63.1, 64, 65, 65.1, 74.

*Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, art. 1(2) « fonds », « relevé de réception de fonds », 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4, 64 à 67, 68, 69, 70.

#### Doctrine et autres documents cités

Association internationale du barreau. *Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique*, adoptés le 28 mai 2011 (en ligne : [http://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)).

Conseil des barreaux européens. *Charte des principes essentiels de l’avocat européen*, dans *Charte des principes essentiels de l’avocat européen et Code de déontologie des avocats européens*, édition 2013, 5 (en ligne : <http://www.ccbe.eu/index.php?id=32&L=1>).

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. *Règlement type sur les exigences d’identification et de vérification de l’identité des clients*, adopté le 20 mars 2008 et modifié le 12 décembre 2008 (en ligne).

Mill, J. S. *On Liberty and Considerations on Representative Government*, by R. B. McCallum, ed., Oxford, Basil Blackwell, 1946.

Nations Unies. *Principes de base relatifs au rôle du barreau*, dans Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants : La Havane, 27 août — 7 septembre 1990, Doc. N.U. A/CONF.144/28/Rév.1, New York, Nations Unies, 1991, 126.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Frankel, Neilson, Garson et Hinkson), 2013 BCCA 147, 41 B.C.L.R. (5th) 283, 335 B.C.A.C. 243, 573 W.A.C. 243, 359 D.L.R. (4th) 1, 48 Admin.

181, 297 C.C.C. (3d) 429, 2 C.R. (7th) 324, 278 C.R.R. (2d) 273, [2013] 5 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 632 (QL), 2013 CarswellBC 812 (WL Can.), affirming a decision of Gerow J., 2011 BCSC 1270, 25 B.C.L.R. (5th) 265, 339 D.L.R. (4th) 48, 48 Admin. L.R. (5th) 285, 89 C.R. (6th) 80, 244 C.R.R. (2d) 129, [2012] 2 W.W.R. 758, [2011] B.C.J. No. 1779 (QL), 2011 CarswellBC 2436 (WL Can.). Appeal allowed in part.

*Christopher Rupar and Jan Brongers*, for the appellant.

*John J. L. Hunter, Q.C.*, and *Roy W. Millen*, for the respondent.

*Michal Fairburn and Justin Safayeni*, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Mahmud Jamal, David Rankin and Pierre-Alexandre Henri*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

*Leonard T. Doust, Q.C.*, and *Michael A. Feder*, for the interveners the Law Society of British Columbia.

*Craig A. B. Ferris and Laura Bevan*, for the interveners the Canadian Bar Association.

*Paul D. Stern and Robert A. Centa*, for the interveners the Advocates' Society.

*Raymond Doray and Loïc Berdnikoff*, for the interveners Barreau du Québec and Chambre des notaires du Québec.

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] Lawyers must keep their clients' confidences and act with commitment to serving and protecting

L.R. (5th) 181, 297 C.C.C. (3d) 429, 2 C.R. (7th) 324, 278 C.R.R. (2d) 273, [2013] 5 W.W.R. 1, [2013] B.C.J. No. 632 (QL), 2013 CarswellBC 812 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Gerow, 2011 BCSC 1270, 25 B.C.L.R. (5th) 265, 339 D.L.R. (4th) 48, 48 Admin. L.R. (5th) 285, 89 C.R. (6th) 80, 244 C.R.R. (2d) 129, [2012] 2 W.W.R. 758, [2011] B.C.J. No. 1779 (QL), 2011 CarswellBC 2436 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie.

*Christopher Rupar et Jan Brongers*, pour l'appellant.

*John J. L. Hunter, c.r.*, et *Roy W. Millen*, pour l'intimée.

*Michal Fairburn et Justin Safayeni*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

*Mahmud Jamal, David Rankin et Pierre-Alexandre Henri*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Leonard T. Doust, c.r.*, et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante Law Society of British Columbia.

*Craig A. B. Ferris et Laura Bevan*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Paul D. Stern et Robert A. Centa*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Raymond Doray et Loïc Berdnikoff*, pour les intervenants le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec.

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] Les avocats doivent garder secrètes les confidences de leurs clients et se dévouer au service et

their clients' legitimate interests. Both of these duties are essential to the due administration of justice. However, some provisions of Canada's anti-money laundering and anti-terrorist financing legislation are repugnant to these duties. They require lawyers, on pain of imprisonment, to obtain and retain information that is not necessary for ethical legal representation and provide inadequate protection for the client's confidences subject to solicitor-client privilege. I agree with the British Columbia courts that these provisions are therefore unconstitutional. They unjustifiably limit the right to be free of unreasonable searches and seizures under s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the right under s. 7 of the *Charter* not to be deprived of liberty otherwise than in accordance with the principles of fundamental justice.

## II. Overview and Background

### A. *Overview*

[2] There is a risk that financial intermediaries — those who handle funds on behalf of others — may facilitate money laundering or terrorist financing. To reduce that risk, Canada's anti-money laundering and anti-terrorist financing legislation imposes duties on financial intermediaries, including lawyers, accountants, life insurance brokers, securities dealers and others. They must collect information in order to verify the identity of those on whose behalf they pay or receive money, keep records of the transactions, and establish internal programs to ensure compliance. The legislation also subjects financial intermediaries, including lawyers, to searches and seizures of the material that they are required to collect, record and retain.

[3] Lawyers object to these provisions and the Federation of Law Societies of Canada ("Federation"),

à la défense de leurs intérêts légitimes. Ces deux obligations sont essentielles à la bonne administration de la justice. Toutefois, certaines dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes sont incompatibles avec ces obligations. Elles obligent les avocats, sous peine d'emprisonnement, à recueillir et à conserver des renseignements qui ne sont pas nécessaires à la représentation éthique de leur client et elles ne protègent pas suffisamment ses confidences visées par le secret professionnel. Je souscris à l'opinion des tribunaux de la Colombie-Britannique que ces dispositions sont de ce fait inconstitutionnelles. Elles limitent de façon injustifiable le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi que le droit, reconnu à l'art. 7 de la *Charte*, de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale.

## II. Survol et contexte

### A. *Survol*

[2] Il existe un risque que les intermédiaires financiers — ceux qui manipulent des fonds pour le compte d'autrui — facilitent le recyclage des produits de la criminalité ou le financement des activités terroristes. Pour réduire ce risque, la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes impose des obligations aux intermédiaires financiers, notamment aux avocats, comptables, courtiers d'assurance-vie et courtiers en valeurs mobilières. Ils doivent recueillir des renseignements afin de vérifier l'identité des personnes pour le compte desquelles ils paient ou reçoivent de l'argent, tenir des relevés des opérations et établir des programmes internes pour assurer le respect de la loi. La législation assujettit également les intermédiaires financiers, y compris les avocats, à la perquisition et à la saisie des documents qu'ils sont tenus de recueillir et de conserver.

[3] Les avocats s'opposent à ces dispositions et la Fédération des ordres professionnels de juristes du

supported by several interveners, challenges them on constitutional grounds. The Federation says that the scheme makes lawyers unwilling state agents. They are required to obtain and retain information about their clients. They must do this within a scheme that authorizes unreasonable searches and seizures and provides inadequate protections for solicitor-client privilege. This, the Federation argues, turns law offices into archives for use by the police and prosecution. The provisions therefore violate both s. 7 and s. 8 of the *Charter*.

[4] The British Columbia courts agreed with the Federation that the provisions violate s. 7 of the *Charter* but they did not address the s. 8 challenge.

[5] The Attorney General of Canada appeals and the Chief Justice has stated constitutional questions which I have reproduced at the conclusion of my reasons. The issues raised by the appeal and my resolution of them are as follows:

1. Do the provisions infringe the s. 8 *Charter* right to be free of unreasonable searches and seizures?

[6] In my opinion, the search provisions in the legislation do not provide the constitutionally required protection for solicitor-client privilege and, as a result, infringe the s. 8 *Charter* right to be free of unreasonable searches and seizures.

- 2(a). With respect to s. 7 of the *Charter*, do the provisions limit lawyers' and/or clients' right to liberty?

[7] The provisions limit the liberty interests of lawyers. It is not necessary to decide whether clients' liberty interests are also engaged.

Canada (« Fédération »), avec l'appui de plusieurs intervenants, les attaque en invoquant des motifs d'ordre constitutionnel. La Fédération affirme que le régime fait des avocats des agents de l'État contre leur gré. Ils sont tenus de recueillir et de conserver des renseignements sur leurs clients, et ce, dans le cadre d'un régime qui autorise des fouilles, perquisitions et saisies abusives et qui ne protège pas suffisamment le secret professionnel de l'avocat. Selon la Fédération, les cabinets d'avocats deviennent ainsi des dépôts d'archives à la disposition de la police et de la poursuite. Les dispositions en cause violent donc à la fois l'art. 7 et l'art. 8 de la *Charte*.

[4] Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont convenu avec la Fédération que les dispositions violent l'art. 7 de la *Charte*, mais ils n'ont pas tranché la contestation fondée sur l'art. 8.

[5] Le procureur général du Canada a formé le présent pourvoi et la Juge en chef a formulé une liste de questions constitutionnelles que j'ai reproduites à la fin de mes motifs. Voici les questions soulevées par le pourvoi et mes réponses à ces questions :

1. Les dispositions portent-elles atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*?

[6] À mon avis, les dispositions de la législation relatives aux fouilles et aux perquisitions n'assurent pas la protection exigée par la Constitution en ce qui concerne le secret professionnel de l'avocat et, par conséquent, elles portent atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

- 2a). En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les dispositions limitent-elles le droit à la liberté des avocats et/ou des clients?

[7] Les dispositions limitent le droit à la liberté des avocats. Il n'est pas nécessaire de décider si celui des clients entre aussi en jeu.

2(b). Is that limitation in accordance with the principles of fundamental justice in relation to (i) solicitor-client privilege or (ii) the independence of the bar?

[8] The provisions, taken as a whole, interfere with the lawyer's duty of commitment to the client's cause, which, I conclude, is a principle of fundamental justice. Given my conclusion concerning s. 8, there is no need to conduct a separate analysis relating to the proposed principle of fundamental justice relating to solicitor-client privilege.

3. Are any limitations of rights under ss. 7 or 8 demonstrably justified as required by s. 1 of the *Charter*?

[9] The Attorney General failed to demonstrate that these limitations of *Charter* rights are demonstrably justified in a free and democratic society and they are therefore not saved by s. 1 of the *Charter*.

#### B. *The Legislation*

[10] The legislative scheme out of which this appeal arises is complex and a good grasp of how its provisions affect lawyers and clients is necessary in order to understand the issues on appeal.

[11] Laundering the proceeds of crime and financing terrorist activity are serious crimes: *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 462.31, 83.02 and 83.03. The *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, seeks to detect and deter these crimes and to facilitate their investigation and prosecution: s. 3. The Act pursues these objectives in three main ways: by establishing record keeping and client identification standards, by requiring reporting from financial intermediaries, and by putting in place an agency to oversee compliance — the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada ("FINTRAC").

2b). Cette restriction est-elle conforme aux principes de justice fondamentale en ce qui concerne (i) le secret professionnel de l'avocat ou (ii) l'indépendance du barreau?

[8] Considérées dans leur ensemble, ces dispositions nuisent à l'accomplissement du devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client, devoir qui, à mon sens, constitue un principe de justice fondamentale. Vu ma conclusion concernant l'art. 8, point n'est besoin d'analyser séparément le principe proposé de justice fondamentale qui a trait au secret professionnel de l'avocat.

3. Peut-on démontrer la justification de restrictions aux droits reconnus par les art. 7 ou 8, comme l'exige l'article premier de la *Charte*?

[9] Le procureur général n'a pas démontré la justification des restrictions ainsi apportées à des droits garantis par la *Charte* dans le cadre d'une société libre et démocratique, et elles ne sont donc pas sauvegardées par l'article premier de la *Charte*.

#### B. *La législation*

[10] Le régime législatif à l'origine du présent pourvoi est complexe et il faut bien saisir l'incidence de ses dispositions sur les avocats et les clients pour comprendre les questions portées en appel.

[11] Le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes sont des crimes graves (*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 462.31, 83.02 et 83.03). La *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, a pour objet de détecter et de décourager ces crimes en plus de faciliter les enquêtes et les poursuites relatives à ceux-ci (art. 3). La Loi poursuit ces objectifs de trois principales manières : en fixant des normes de tenue de documents et d'identification des clients, en soumettant les intermédiaires financiers à des obligations de déclaration et en constituant un organisme chargé de contrôler le respect de la Loi, en l'occurrence le Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (« CANAFE »).

[12] Regulations made under the Act particularize how the legislative scheme applies to legal counsel: the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184. The Act defines “legal counsel” to mean an advocate or a notary in the province of Quebec and in every other province a barrister or solicitor: s. 2. I will use the term “lawyer” to refer to all legal professionals who are subject to the regime. The relevant provisions of the Act and the Regulations are set out in the Appendix. The rationale for requiring lawyers to comply with client identification and record keeping requirements, according to the Attorney General’s submissions, is to deter illicit transactions and, if such transactions occur, to help establish a paper trail that, with the proper judicial authorization, could be accessed by law enforcement: A.F., at para. 17. The record keeping requirements deter illicit transactions in at least two ways. They help ensure that lawyers do not become unwitting dupes of clients who wish to use them to facilitate illicit transactions and make it harder for clients to engage in such activities through their lawyers.

[13] Here is an overview of the most relevant provisions of the Act and Regulations affecting lawyers.

(1) Gathering Information to Verify Identity

[14] Turning first to verification, the Act requires lawyers to identify persons and entities on whose behalf they act as financial intermediaries: s. 6.1; Regulations, s. 33.3. In summary, a lawyer must verify the identity of persons or entities on whose behalf the lawyer receives or pays funds other than in respect of professional fees, disbursements, expenses or bail. There are detailed rules about how to do this verification upon receipt of \$3,000 or more. Briefly, verification requires presentation of government-issued documents. Individuals must present proof of identity such as passports or drivers’ licences. In the case of corporations, the lawyer must obtain the corporation’s name and address, as well as the names of

[12] Les règlements pris en application de la Loi exposent en détail la façon dont le régime législatif s’applique aux conseillers juridiques (*Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184). La Loi définit comme suit le « conseiller juridique » : dans la province de Québec, un avocat ou un notaire et, dans les autres provinces, un *barrister* ou un *solicitor* (art. 2). Je vais employer le mot « avocat » pour désigner tous les professionnels du droit assujettis à ce régime. Les dispositions applicables de la Loi et du Règlement sont reproduites en annexe. D’après les observations du procureur général, on exige des avocats qu’ils se conforment aux obligations d’identifier leur client et de tenir des documents pour décourager les opérations illicites et, si une telle opération a lieu, pour aider à créer une piste documentaire à laquelle auraient accès les forces de l’ordre après avoir obtenu en bonne et due forme l’autorisation d’un juge (m.a., par. 17). Les obligations de tenue de documents découragent les opérations illicites d’au moins deux façons : elles contribuent à empêcher que les avocats ne soient dupés par des clients qui veulent se servir d’eux pour faciliter ces opérations et font en sorte qu’il est plus difficile pour les clients de se livrer à pareilles activités par l’entremise de leurs avocats.

[13] Voici un survol des dispositions les plus pertinentes de la Loi et du Règlement qui touchent les avocats.

(1) Cueillette de renseignements en vue de vérifier l’identité

[14] En ce qui concerne tout d’abord la vérification, la Loi oblige les avocats à identifier les personnes ou entités pour le compte desquelles ils agissent à titre d’intermédiaires financiers (art. 6.1; Règlement, art. 33.3). En résumé, l’avocat doit vérifier l’identité des personnes ou des entités pour lesquelles il reçoit ou paie des fonds qui ne sont pas des honoraires, des débours, des dépenses ou un cautionnement. Des règles détaillées prévoient la façon de procéder à cette vérification lorsque l’avocat reçoit 3 000 \$ ou plus. En bref, la vérification implique la présentation de documents délivrés par un gouvernement. Les personnes physiques doivent présenter une pièce d’identité comme leur passeport ou leur

its directors, by means of a record that confirms the corporation's existence: Regulations, s. 65. Other entities, such as partnerships, are identified by records confirming their existence: Regulations, ss. 33.3, 33.4, 59.4 and 64 to 67.

[15] This verification scheme also requires lawyers to collect information which varies according to whether the transaction is being conducted on behalf of a person, a corporation or some other entity: Regulations, s. 11.1. For a corporation, this includes the names of all directors and the names and addresses of certain shareholders: Regulations, s. 11.1(1)(a). With respect to trusts, the names and addresses of all trustees, beneficiaries and settlors are required: Regulations, s. 11.1(1)(b). The lawyer must obtain "information establishing the ownership, control and structure of the entity": Regulations, s. 11.1(1)(d). The lawyer is required to ensure accuracy of the information obtained (Regulations, s. 11.1(3)), and if he or she is unable to either obtain or confirm the information sought, he or she will be subject to other requirements: Regulations, s. 11.1(4).

## (2) Record Keeping

[16] Section 33.4 of the Regulations provides that a "receipt of funds record" must be created by a lawyer when \$3,000 or more in funds are received in a transaction, unless the amount is received from a financial entity or public body. ("Funds" include cash, currency or securities, or negotiable instruments or other financial instruments, in any form: Regulations, s. 1(2).) The information required in the "receipt of funds record" includes the name, address, date of birth, and nature of the principal business or occupation of the person or entity from whom the amount is received; the date of the transaction; the number of any account that is affected by the transaction; the type of that account; the name of the account holder and the currency in which the transaction is conducted; the purpose and details of the transaction;

permis de conduire. Dans le cas des personnes morales, l'avocat doit obtenir leur dénomination sociale et leur adresse ainsi que le nom de leurs administrateurs au moyen d'un document attestant l'existence de ces personnes morales (Règlement, art. 65). L'identité des autres entités, telles que les sociétés de personnes, est établie par tout document attestant leur existence (Règlement, art. 33.3, 33.4, 59.4 et 64 à 67).

[15] Ce système de vérification oblige également les avocats à recueillir des renseignements qui varient selon que l'opération est effectuée au nom d'une personne physique, d'une personne morale ou d'une autre entité (Règlement, art. 11.1). Dans le cas d'une personne morale, le nom de tous ses administrateurs, de même que le nom et l'adresse de certains de ses actionnaires, doivent être communiqués (Règlement, al. 11.1(1)a)). S'il s'agit d'une fiducie, le nom et l'adresse de tous ses fiduciaires, bénéficiaires et constituants doivent être communiqués (Règlement, al. 11.1(1)b)). L'avocat doit obtenir « les renseignements permettant d'établir la propriété, le contrôle et la structure de l'entité » (Règlement, al. 11.1(1)d)). L'avocat est tenu de veiller à l'exactitude des renseignements obtenus (Règlement, par. 11.1(3)), et, s'il n'est pas en mesure d'obtenir les renseignements demandés ou d'en confirmer l'exactitude, il est assujéti à d'autres obligations (Règlement, par. 11.1(4)).

## (2) Tenue de documents

[16] Selon l'art. 33.4 du Règlement, l'avocat doit établir un « relevé de réception de fonds » à l'égard de chaque somme de 3 000 \$ ou plus qu'il reçoit au cours d'une opération, à moins que cette somme ne soit reçue d'une entité financière ou d'un organisme public. (Les « fonds » s'entendent notamment des espèces, devises ou valeurs mobilières, ou titres négociables ou autres instruments financiers, quelle que soit leur forme (Règlement, par. 1(2)).) Parmi les renseignements qui doivent être consignés dans le « relevé de réception de fonds », mentionnons : le nom, l'adresse, la date de naissance et la nature de l'entreprise principale ou de la profession de la personne ou de l'entité qui remet la somme; la date de l'opération; le numéro de chaque compte touché par l'opération; le type de ce compte; le nom



the manner in which the funds were delivered if they were delivered in cash (armoured car, in person, by mail, etc.); and the amount and currency of funds received: Regulations, s. 1(2). Some information does not have to be included where the funds are received from another lawyer's trust account: Regulations, s. 33.5. Section 33.4 also requires, where the person or entity is a corporation, the lawyer to keep a copy of corporate records relating to the power to bind a corporation in respect of transactions with the lawyer.

[17] The records must be kept for at least five years after the completion of the transaction (Regulations, ss. 68 and 69) and the Regulations mandate that they can be produced to FINTRAC within 30 days of a request: s. 70.

### (3) Search and Seizure

[18] FINTRAC has broad access to the information which lawyers (and others) are required to collect, record and retain. Section 62(1) of the Act authorizes FINTRAC to "examine the records and inquire into the business and affairs" of any lawyer. This includes the power to search through computers (s. 62(1)(b)) and to print or copy records (s. 62(1)(c)). Section 63.1 empowers FINTRAC to make requests for information to lawyers and obliges lawyers to comply.

[19] There are some protections for solicitor-client privilege. Lawyers, when they are providing legal services, are not subject to the reporting requirements that apply to other professions: Act, s. 10.1. Nothing in the Act requires legal counsel to disclose any communication subject to solicitor-client privilege: s. 11. Most significantly, s. 64 of the Act sets up a procedure to protect against disclosure of privileged material in the course of a search. It provides that where a lawyer claims a document in his or her

du titulaire du compte et la devise dans laquelle l'opération est effectuée; le détail de l'opération et son objet; la manière dont les fonds ont été reçus s'il s'agit de fonds reçus en espèces (véhicule blindé, en personne, par courrier, etc.); la somme reçue et la devise en cause (Règlement, par. 1(2)). Certains renseignements n'ont pas à être consignés dans ce relevé lorsque les fonds proviennent du compte en fiducie d'un autre avocat (Règlement, art. 33.5). L'article 33.4 exige également, dans le cas d'une personne morale, que l'avocat conserve une copie de l'extrait des registres officiels portant sur le pouvoir de lier la personne morale quant aux opérations effectuées avec l'avocat.

[17] Les documents doivent être conservés pendant au moins cinq ans suivant la conclusion de l'opération (Règlement, art. 68 et 69) et, selon le Règlement, ils doivent l'être de manière à pouvoir être remis au CANAFE dans les 30 jours d'une demande à cet effet (art. 70).

### (3) Fouilles, perquisitions et saisies

[18] Le CANAFE jouit d'un accès étendu aux renseignements que les avocats (et d'autres personnes) ont l'obligation de recueillir, de consigner et de conserver. Le paragraphe 62(1) de la Loi autorise le CANAFE à « examiner les documents et les activités » de tout avocat, ce qui lui permet notamment de vérifier le contenu des ordinateurs (al. 62(1)(b)) et d'imprimer ou de reproduire des documents (al. 62(1)(c)). L'article 63.1 habilite le CANAFE à demander aux avocats de lui fournir des renseignements et il oblige les avocats à obtempérer à cette demande.

[19] Le secret professionnel de l'avocat bénéficie de certaines protections. Lorsqu'ils fournissent des services juridiques, les avocats ne sont pas assujettis aux obligations de déclaration applicables aux autres professions (Loi, art. 10.1). La Loi n'exige aucunement du conseiller juridique qu'il divulgue une communication protégée par le secret professionnel de l'avocat (art. 11). Mais surtout, l'art. 64 de la Loi prévoit un mécanisme empêchant la divulgation de documents protégés au cours d'une

possession is subject to solicitor-client privilege it cannot be examined or copied. However, this provision requires the lawyer to seal, identify and retain the document and to claim privilege in court within 14 days. FINTRAC has the authority under the regime to disclose to law enforcement information of which it becomes aware under the search provisions if it suspects that it would be relevant to investigating or prosecuting an offence arising out of a contravention of the verification or record keeping obligations: Act, s. 65. Under very recently amended provisions, law enforcement may only use this information as evidence of a contravention of the verification, retention and reporting obligations in Part 1 of the Act or for purposes related to compliance with those provisions: s. 65(3). Finally, s. 65.1 of the Act allows FINTRAC to disclose information to foreign state agencies analogous to FINTRAC for the purposes of ensuring compliance with verification and record keeping obligations.

#### (4) The Challenged Provisions

[20] It will be helpful to list and describe the provisions that are challenged. The provisions fall into two groups, those relating to verifying identity and record keeping and those relating to search and seizure.

[21] Sections 5(i) and 5(j) of the Act make the professions specified in the Regulations subject to the verification and record keeping requirements in Part 1 of the Act. Section 33.3 of the Regulations makes legal counsel subject to Part 1 of the Act when receiving or paying funds or giving instructions to pay funds (other than those received or paid in respect of professional fees, disbursements, expenses or bail or when doing so on behalf of their employer). Section 33.4 of the Regulations sets out the record keeping requirements. Section 33.5 of the Regulations relaxes these requirements where funds are received from the trust account of a legal

fouille ou d'une perquisition. Il interdit d'examiner ou de reproduire un document à l'égard duquel l'avocat qui en a possession fait valoir le secret professionnel. Cette disposition oblige toutefois l'avocat à mettre ce document sous scellés, à le marquer, à le conserver et à revendiquer le secret professionnel devant le tribunal dans un délai de 14 jours. Le CANAFE est habilité par le régime à communiquer aux forces de l'ordre tout renseignement dont il prend connaissance en vertu des dispositions relatives aux fouilles et aux perquisitions s'il soupçonne que ces renseignements pourraient être utiles aux fins d'enquête ou de poursuite relativement à une infraction découlant d'un manquement aux obligations de vérification ou de tenue de documents (Loi, art. 65). Aux termes de dispositions modifiées tout récemment, les forces de l'ordre ne peuvent utiliser ces renseignements que comme preuve d'un manquement aux obligations de vérification, de conservation et de déclaration prévues à la partie 1 de la Loi ou pour des fins relatives à l'observation de ces dispositions (par. 65(3)). Enfin, l'art. 65.1 de la Loi permet au CANAFE de divulguer à l'organisme d'un État étranger semblable au CANAFE des renseignements permettant d'assurer la conformité aux obligations de tenue de documents et de vérification.

#### (4) Les dispositions contestées

[20] Il sera utile d'énumérer et de décrire les dispositions contestées. Elles se divisent en deux catégories, la première portant sur la vérification de l'identité et la tenue de documents et la seconde, sur les fouilles, les perquisitions et les saisies.

[21] Les alinéas 5*i*) et 5*j*) de la Loi soumettent les professions mentionnées dans le Règlement aux obligations de tenue de documents et de vérification prévues à la partie 1 de la Loi. L'article 33.3 du Règlement assujettit les conseillers juridiques à la partie 1 de la Loi lorsqu'ils reçoivent ou paient des fonds ou donnent des instructions pour le paiement de fonds (autres que ceux reçus ou payés à titre d'honoraires, de débours, de dépenses ou de cautionnement ou lorsque le conseiller juridique exerce une de ces activités pour le compte de son employeur). L'article 33.4 du Règlement précise les obligations en matière de tenue de documents.

firm or legal counsel. Section 59.4 of the Regulations imposes the identification requirements. Section 11.1 of the Regulations sets out the information that must be collected and retained in the course of verifying identity.

[22] Sections 62, 63 and 63.1 of the Act provide for search and seizure powers. Section 64 provides limitations on the search and seizure powers in relation to material for which solicitor-client privilege is claimed.

### C. *Judicial History*

#### (1) The Proceedings

##### (a) *Background*

[23] Lawyers first became subject to the Act in 2001 when they were required to report to FINTRAC “suspicious transactions” involving their clients: s. 7. The Federation, as well as several law societies, launched constitutional challenges to the Act as a result. In 2002, the Attorney General reached an agreement with the Federation to facilitate the constitutional challenges by way of a national “binding test case” before the courts in British Columbia. Interlocutory injunctions currently preclude the Act from applying to lawyers. As a result, none of the regime’s anti-money laundering requirements have been enforced against lawyers pending the outcome of the case. In the interim, the Federation has encouraged Canadian provincial and territorial law societies to adopt rules prohibiting lawyers from conducting large cash transactions and requiring client identification, verification, and record keeping measures when lawyers effect certain financial transactions on behalf of clients.

L’article 33.5 du Règlement assouplit ces obligations lorsque les fonds proviennent du compte en fiducie d’un cabinet d’avocats ou d’un conseiller juridique. L’article 59.4 du Règlement impose les obligations d’identification. L’article 11.1 du Règlement énumère les renseignements qui doivent être recueillis et conservés au cours de la vérification de l’identité.

[22] Les articles 62, 63 et 63.1 de la Loi confèrent des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie. L’article 64, quant à lui, prévoit certaines restrictions à ces pouvoirs dans le cas de documents à l’égard desquels le secret professionnel de l’avocat est revendiqué.

### C. *Historique judiciaire*

#### (1) La procédure

##### a) *Contexte*

[23] Les avocats sont assujettis à la Loi depuis 2001, lorsqu’on leur a imposé l’obligation de déclarer au CANAFE toute « opération douteuse » impliquant leurs clients (art. 7). La Fédération de même que plusieurs barreaux ont donc attaqué la constitutionnalité de la Loi. En 2002, le procureur général a conclu avec la Fédération une entente facilitant les contestations constitutionnelles au moyen d’une [TRADUCTION] « cause type [nationale] devant avoir force obligatoire » devant les tribunaux de la Colombie-Britannique. Des injonctions interlocutoires empêchent présentement la Loi de s’appliquer aux avocats. Par conséquent, en attendant l’issue de l’affaire, aucune des dispositions du régime réprimant le recyclage des produits de la criminalité n’a été appliquée à l’encontre des avocats. Dans l’intervalle, la Fédération a encouragé les barreaux des provinces et des territoires canadiens à adopter des règles interdisant aux avocats de procéder à des opérations impliquant d’importantes sommes d’argent et les obligeant à prendre des mesures pour identifier leurs clients, vérifier leur identité et tenir des documents lorsqu’ils effectuent certaines opérations financières pour le compte de leurs clients.

[24] The Attorney General contends that these measures are insufficient to combat money laundering and terrorist financing. He argues that criminal sanctions are needed to back up these requirements in the case of non-compliance and that leaving enforcement to the law societies risks a lack of uniformity.

(b) *British Columbia Supreme Court, 2011 BCSC 1270, 25 B.C.L.R. (5th) 265 (Gerow J.)*

[25] The application judge held that the challenged provisions are contrary to s. 7 of the *Charter*. She concluded that both lawyers' and clients' liberty interests are engaged by the Act because it places both lawyers and their clients in jeopardy of potential incarceration. She was of the view that solicitor-client privilege is a principle of fundamental justice and that the recording and retention requirements are contrary to this principle because they "result in having lawyers' offices turned into archives for the use of the prosecution" (para. 144).

[26] Turning to whether this *Charter* infringement could be justified under s. 1, the judge concluded that the means chosen were not proportionate to the objectives because regulation of lawyers by law societies already provides effective and constitutional anti-money laundering and anti-terrorist financing regimes. She found no proof that there is a rational connection between the legislative objective and the infringement of s. 7, that the statutory regime interferes as little as possible with s. 7 rights, or that the salutary effects of the measures outweigh their deleterious effects.

[27] As a remedy, the application judge read down ss. 5(i), 5(j), 62, 63 and 63.1 of the Act and s. 11.1 of the Regulations to exclude legal counsel and legal firms, and struck down s. 64 of the Act and ss. 33.3, 33.4, 33.5 and 59.4(1) of the Regulations.

[24] Le procureur général affirme que ces mesures sont insuffisantes pour contrer le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. Selon lui, il est nécessaire de prévoir des sanctions criminelles pour renforcer ces exigences en cas de non-conformité et il risque d'y avoir un manque d'uniformité si on laisse aux barreaux le soin de les faire respecter.

b) *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2011 BCSC 1270, 25 B.C.L.R. (5th) 265 (la juge Gerow)*

[25] La juge de première instance a décidé que les dispositions contestées étaient contraires à l'art. 7 de la *Charte*. Selon elle, la Loi met en jeu tant le droit à la liberté des avocats que celui de leurs clients car elle fait courir tant aux uns qu'aux autres le risque d'être incarcérés. À son avis, le secret professionnel de l'avocat est un principe de justice fondamentale, et les obligations de consignation et de conservation de renseignements sont contraires à ce principe parce qu'elles [TRADUCTION] « ont pour effet de transformer les cabinets d'avocats en dépôts d'archives à la disposition de la poursuite » (par. 144).

[26] S'agissant de savoir si cette violation de la *Charte* pouvait se justifier en vertu de l'article premier, la juge a conclu que les moyens choisis n'étaient pas proportionnés aux objectifs visés, étant donné que la réglementation des avocats par les barreaux prévoyait déjà des régimes efficaces et constitutionnels de lutte contre le recyclage des produits de criminalité et le financement des activités terroristes. D'après elle, rien ne prouve qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif poursuivi par le législateur et la violation de l'art. 7, que le régime législatif porte le moins possible atteinte aux droits prévus à l'art. 7 et que les effets bénéfiques des mesures en question l'emportent sur leurs effets préjudiciables.

[27] En guise de réparation, la juge de première instance a donné une interprétation atténuée des al. 5i) et 5j) et des art. 62, 63 et 63.1 de la Loi ainsi que de l'art. 11.1 du Règlement pour exclure les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats, et invalidé l'art. 64 de la Loi et les art. 33.3, 33.4, 33.5 de même que le par. 59.4(1) du Règlement.

(c) *British Columbia Court of Appeal, 2013 BCCA 147, 41 B.C.L.R. (5th) 283 (Hinkson J.A., Finch C.J.B.C. and Neilson J.A. Concurring; Concurring in the Result, Frankel J.A., Garson J.A. Concurring)*

[28] The Court of Appeal unanimously held that the obligations imposed on lawyers by the provisions breach s. 7 of the *Charter* and that they are not saved by s. 1. Although the court found that the provisions sufficiently protect solicitor-client privilege, it concluded that “independence of the Bar” is a principle of fundamental justice and that the provisions are not consistent with it. The Court of Appeal held that legal advisors are placed in an unacceptable conflict of interest between clients’ interests, the state’s interests, and their own liberty interests, and that the provisions turn some lawyers into agents of the state.

[29] On the question of whether clients’ liberty interests are engaged by the provisions, the Court of Appeal divided. Hinkson J.A. (as he then was) (writing for a majority of the court on this point) held that the clients’ liberty interests are engaged because the provisions facilitate access to confidential information that may be disclosed to law enforcement for any purpose including pursuing criminal charges. Frankel J.A. (Garson J.A. concurring) held that clients’ liberty interests are not engaged by these provisions because the causal connection between the provisions and any potential loss of clients’ liberty is too remote.

[30] The Court of Appeal unanimously held that the limitation of s. 7 rights was not justified under s. 1 of the *Charter* because the Attorney General failed to prove that the provisions are minimally impairing. The rules of the professional governing bodies already provide effective and constitutional

c) *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2013 BCCA 147, 41 B.C.L.R. (5th) 283 (le juge Hinkson, avec l’appui du juge en chef Finch et de la juge Neilson; le juge Frankel, souscrivant au résultat, avec l’appui de la juge Garson)*

[28] La Cour d’appel a jugé à l’unanimité que les obligations imposées aux avocats par les dispositions en cause violaient l’art. 7 de la *Charte* et qu’elles n’étaient pas sauvegardées par l’article premier. Bien que la Cour d’appel ait conclu que les dispositions protégeaient suffisamment le secret professionnel de l’avocat, elle a estimé que [TRADUCTION] « l’indépendance du barreau » était un principe de justice fondamentale et que les dispositions en question étaient incompatibles avec ce principe. Toujours selon la Cour d’appel, les conseillers juridiques sont placés dans une situation inacceptable de conflit d’intérêts puisqu’ils doivent choisir entre les intérêts de leurs clients, ceux de l’État et leur propre droit à la liberté, et les dispositions font de certains avocats des agents de l’État.

[29] La Cour d’appel était partagée sur la question de savoir si les dispositions en question mettaient en jeu le droit à la liberté des clients. Le juge Hinkson (maintenant Juge en chef) (s’exprimant sur ce point au nom des juges majoritaires) a estimé que le droit à la liberté des clients était en jeu, puisque les dispositions facilitaient l’accès à des renseignements confidentiels qui pouvaient être communiqués aux forces de l’ordre pour n’importe quelle fin, notamment le dépôt d’accusations criminelles. Le juge Frankel (avec l’appui de la juge Garson) a estimé que ces dispositions ne mettaient pas en jeu le droit à la liberté des clients parce que le lien de causalité entre les dispositions et toute perte possible de liberté des clients était trop ténu.

[30] La Cour d’appel a jugé à l’unanimité que la restriction des droits prévus à l’art. 7 n’était pas justifiée au sens de l’article premier de la *Charte* car le procureur général n’avait pas démontré que l’atteinte causée par les dispositions en question était minimale. Les règles des ordres professionnels

anti-money laundering and anti-terrorist financing regimes in relation to lawyers, law firms and notaries across Canada.

### III. Analysis

#### A. *Do the Provisions Infringe Section 8 of the Charter?*

##### (1) Introduction

[31] The issue here is whether the search and production provisions of the scheme infringe the right to be free from unreasonable searches and seizures guaranteed by s. 8 of the *Charter*. The relevant provisions are these. Section 62 provides that a person authorized by the Director of FINTRAC may enter premises other than a dwelling-house, examine the records required under the Act and, for that purpose, use any computer system and reproduce any record. There is no warrant requirement. Section 63 gives the same powers with respect to rooms in a dwelling-house which the authorized person reasonably believes are being used to carry on a business, profession or activity which is subject to the Act, but a warrant is required. This provision implicates lawyers who have home offices. Section 63.1 permits the authorized person to serve a notice that requires the person or entity which is the subject of the inspection to provide information relevant to the administration of the Act in the form of electronic data, a printout or other intelligible output. Finally, s. 64 provides some protection of solicitor-client privilege in the course of exercising these powers.

[32] The Attorney General concedes that s. 62 and s. 63.1 authorize searches and seizures within the meaning of s. 8. It is self-evident that the same must be said about s. 63. These provisions do not simply require production of a particular type of document but permit an authorized person to “examine the

prévoient déjà des régimes efficaces et constitutionnels de lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes dans le cas des avocats, des cabinets d’avocats et des notaires, et ce, partout au Canada.

### III. Analyse

#### A. *Les dispositions violent-elles l’art. 8 de la Charte?*

##### (1) Introduction

[31] La question qui se pose ici est de savoir si les dispositions du régime relatives à la perquisition et à la production de documents portent atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte*. Les dispositions pertinentes sont les suivantes. Selon l’art. 62, la personne autorisée par le directeur du CANAFE peut pénétrer dans tout local autre qu’une habitation pour examiner les documents exigés par la Loi et, à cette fin, avoir recours à tout système informatique et reproduire tout document. Il n’est pas nécessaire d’obtenir un mandat pour ce faire. L’article 63 confère les mêmes pouvoirs en ce qui concerne les pièces d’une habitation dont la personne autorisée a des motifs raisonnables de croire qu’elles servent à exploiter une entreprise ou à exercer une profession ou une activité visée par la Loi, mais il faut alors obtenir un mandat. Cette disposition vise les avocats qui exercent à domicile. L’article 63.1 permet à la personne autorisée de signifier un avis qui oblige la personne ou l’entité faisant l’objet de l’inspection à fournir toute information utile à l’application de la Loi sous forme de données électroniques ou d’imprimé, ou sous toute autre forme intelligible. Enfin, l’art. 64 offre une certaine protection au secret professionnel de l’avocat durant l’exercice de ces pouvoirs.

[32] Le procureur général admet que les art. 62 et 63.1 autorisent les fouilles, les perquisitions et les saisies au sens de l’art. 8. De toute évidence, il en va de même de l’art. 63. Ces dispositions n’exigent pas seulement que l’on produise un type de document en particulier : elles permettent à la personne

records and inquire into the business and affairs of any person or entity [subject to the Act] for the purpose of ensuring compliance with Part 1” (s. 62(1)), as well as to make and take away copies (s. 62(1)(c)).

[33] Neither of the British Columbia courts addressed the s. 8 issue, but I have found it helpful to address it first. This is the better approach to considering the constitutionality of the law office inspection provisions, in my view. If these procedures constitute unjustified and unreasonable searches and seizures, they are unconstitutional by virtue of s. 8 and there is no need to undertake an independent s. 7 analysis depending on a proposed principle of fundamental justice in relation to solicitor-client privilege: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paras. 34-35.

[34] The Federation says that these provisions violate s. 8 of the *Charter*, mainly because they permit the search of law offices in ways that are not consistent with the principles set out by the Court in *Lavallee*. The Attorney General, on the other hand, argues that the searches and seizures authorized by the scheme are reasonable: they relate to a limited class of documents for a narrow, regulatory purpose and there are appropriate safeguards to protect solicitor-client privilege.

[35] I respectfully do not accept the Attorney General’s position. The regime authorizes sweeping law office searches which inherently risk breaching solicitor-client privilege. It does so in a criminal law setting and for criminal law purposes. In my view, the constitutional principles governing these searches are set out in the Court’s decision in *Lavallee*, and this scheme does not comply with them.

autorisée d’« examiner les documents et les activités des personnes ou entités [assujetties à la Loi] afin de procéder à des contrôles d’application de la partie 1 » (par. 62(1)), en plus de leur permettre de faire des copies des documents en question et de les emporter (al. 62(1)c)).

[33] Ni l’un ni l’autre des tribunaux de la Colombie-Britannique n’a examiné la question de l’art. 8, mais j’ai trouvé utile de l’aborder en premier. Cela me paraît la meilleure façon d’analyser la constitutionnalité des dispositions relatives à l’inspection des cabinets d’avocats. Dès lors que les mesures en question constituent des fouilles, des perquisitions ou des saisies injustifiées et abusives, elles sont inconstitutionnelles par application de l’art. 8 et il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse distincte sur la base de l’art. 7 selon un principe proposé de justice fondamentale qui se rapporte au secret professionnel de l’avocat (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 34-35).

[34] La Fédération affirme que ces dispositions violent l’art. 8 de la *Charte*, surtout parce qu’elles permettent de perquisitionner dans des cabinets d’avocats d’une façon incompatible avec les principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Lavallee*. Le procureur général prétend pour sa part que les fouilles, les perquisitions et les saisies autorisées par le régime sont raisonnables : elles concernent une catégorie restreinte de documents et ne visent qu’un objectif réglementaire précis, et des garanties appropriées protègent le secret professionnel de l’avocat.

[35] Avec égards, je ne retiens pas la thèse du procureur général. Le régime autorise une perquisition approfondie du cabinet d’avocats qui risque, de par sa nature, de violer le secret professionnel de l’avocat. Le régime le fait dans un contexte de droit criminel et aux fins d’application du droit criminel. À mon avis, les principes constitutionnels qui régissent cette perquisition sont exposés dans l’arrêt *Lavallee* de la Cour et le régime en cause ne les respecte pas.

(2) Protection of Solicitor-Client Privilege

[36] A law office search power is unreasonable unless it provides a high level of protection for material subject to solicitor-client privilege: *Lavallee*. The Attorney General submits, however, that *Lavallee* does not dictate the outcome here: the Court in that case was only considering the question of what safeguards are constitutionally required in situations where law enforcement officials are seeking evidence of criminal wrongdoing, not as here, in connection with an administrative law regulatory compliance regime.

[37] I accept, of course, that when a search provision is part of a regulatory scheme, the target's reasonable expectation of privacy may be reduced: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 507; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, at para. 49. However, I do not accept the Attorney General's contention that this scheme may be properly characterized as "an administrative law regulatory compliance regime": A.F., at para. 111. Its purposes, as stated in the Act and indeed as described by the Attorney General in his submissions, are to detect and deter the criminal offences of money laundering and terrorist financing and to facilitate the investigation and prosecution of these serious offences: s. 3(a). The regime imposes penal sanctions on lawyers for non-compliance. It therefore has a predominantly criminal law character and its regulatory aspects serve criminal law purposes.

[38] I also accept that, as Arbour J. noted in *Lavallee*, "the need for the full protection of the privilege is activated" in the context of a criminal investigation: para. 23. However, the reasonable expectation of privacy in relation to communications subject to solicitor-client privilege is invariably high, regardless of the context. The main driver of that

(2) Protection du secret professionnel de l'avocat

[36] Le pouvoir de perquisitionner dans un cabinet d'avocats est abusif, sauf s'il accorde une grande protection au document visé par le secret professionnel de l'avocat (*Lavallee*). Le procureur général soutient toutefois que l'arrêt *Lavallee* ne dicte pas l'issue du présent pourvoi : dans cette affaire, la Cour examinait seulement la question des garanties exigées par la Constitution lorsque les responsables de l'application de la loi recherchent la preuve d'agissements criminels, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, à l'égard d'un régime visant à assurer le respect d'une réglementation administrative.

[37] Je reconnais évidemment que, lorsqu'une disposition en matière de fouille ou de perquisition fait partie d'un régime réglementaire, l'attente raisonnable de l'intéressé au respect de sa vie privée peut être moindre (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 507; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, par. 49). Je n'accepte cependant pas la prétention du procureur général voulant que le présent régime puisse être qualifié à bon droit de [TRADUCTION] « régime visant à assurer le respect d'une réglementation administrative » (m.a., par. 111). Tel que l'indique la Loi et, de fait, comme l'explique le procureur général dans ses observations, le régime a pour objet de détecter et de décourager les infractions criminelles de recyclage des produits de la criminalité et de financement des activités terroristes, et de faciliter les enquêtes et les poursuites relatives à ces infractions graves (al. 3a)). Le régime impose des sanctions pénales aux avocats en cas de non-respect de la loi. Par conséquent, il a un caractère principalement pénal et ses éléments réglementaires visent des objectifs du droit criminel.

[38] Je reconnais en outre que, comme l'a fait observer la juge Arbour dans *Lavallee*, « le besoin de la protection entière du privilège se fait sentir » dans le cadre d'une enquête criminelle (par. 23). Toutefois, l'attente raisonnable à l'égard de la confidentialité des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat est invariablement



elevated expectation of privacy is the specially protected nature of the solicitor-client relationship, not the context in which the state seeks to intrude into that specially protected zone. I do not accept the proposition that there is a reduced expectation of privacy in relation to solicitor-client privileged communication when a FINTRAC official searches a law office rather than when a police officer does so in the course of investigating a possible criminal offence. While *Arbour J.* placed her analysis in the context of criminal investigations (see, e.g., paras. 25 and 49), her reasons, as have many others before and since, strongly affirmed the fundamental importance of solicitor-client privilege. As *Arbour J.* put it:

It is critical to emphasize here that all information protected by the solicitor-client privilege is out of reach for the state. . . . [A]ny privileged information acquired by the state without the consent of the privilege holder is information that the state is not entitled to as a rule of fundamental justice. [Emphasis added; para. 24.]

[39] I see no basis for thinking that solicitor-client communications should be more vulnerable to non-consensual disclosure in the course of a search and seizure by FINTRAC officials than they would be in the course of any other search by other law enforcement authorities.

[40] The Attorney General submits that the information here is sought in aid of monitoring the lawyer's activities, not the client's and that there is protection against derivative use. But these factors are entitled to little weight here. As discussed earlier, the overriding purposes of this scheme are the prevention and detection of serious, criminal offences. It has little in common with, for example, the competition legislation at issue in *Thomson Newspapers* or the fisheries legislation in *Fitzpatrick*. Moreover, I do not accept the Attorney General's submission that the broad scope of this search power

élevée, peu importe le contexte. Le principal élément moteur de cette attente élevée en matière de respect de la vie privée est la nature particulièrement protégée de la relation avocat-client, et non le contexte dans lequel l'État cherche à s'ingérer dans cette zone particulièrement protégée. Je n'accepte pas la proposition selon laquelle l'attente est moins élevée dans le cas des communications protégées par le secret professionnel de l'avocat lorsqu'un fonctionnaire du CANAFE perquisitionne dans un cabinet d'avocats que lorsqu'un policier perquisitionne au cours d'une enquête sur une éventuelle infraction criminelle. Bien que la juge *Arbour* ait situé son analyse dans le contexte des enquêtes criminelles (voir, p. ex., par. 25 et 49), elle a, comme beaucoup d'autres l'ont fait avant et après elle, confirmé avec vigueur l'importance fondamentale du secret professionnel de l'avocat. Comme elle l'a dit :

Il est essentiel de souligner ici que l'État ne peut avoir accès aux renseignements protégés par le secret professionnel de l'avocat. [ . . . ] [I]l y a une règle de justice fondamentale voulant que tout renseignement privilégié obtenu par l'État sans le consentement de son détenteur est un renseignement auquel l'État n'a pas droit. [Je souligne; par. 24.]

[39] Je ne vois aucune raison de penser que les communications entre l'avocat et son client devraient être plus vulnérables à une divulgation non consensuelle au cours d'une fouille, d'une perquisition ou d'une saisie effectuée par des fonctionnaires du CANAFE qu'elles le seraient lors de toute autre perquisition effectuée par d'autres autorités chargées d'appliquer la loi.

[40] Le procureur général affirme que les renseignements recherchés en l'espèce visent à faciliter la surveillance des activités de l'avocat et non de celles de son client, et qu'il existe une protection contre les utilisations dérivées. Mais il faut accorder peu de poids à ces facteurs dans le cas qui nous occupe. Comme nous l'avons déjà vu, les objectifs primordiaux du présent régime sont la prévention et la détection d'infractions criminelles graves. Le régime a donc peu de points en commun avec, par exemple, la législation sur la concurrence qui était en litige dans *Thomson Newspapers* ou avec

is somehow limited by what the “regulator” is “interested in reviewing”: A.F., at para. 107. The Act on its face purports to give the authorized person licence to troll through vast amounts of information in the possession of lawyers. As the intervener Criminal Lawyers’ Association fairly put it, the Act gives authorized persons the power “to roam at large within law offices, and . . . to examine and seize any record or data found therein”: factum, at para. 23. The exercise of these powers in relation to records in possession of lawyers creates a very high risk that solicitor-client privilege will be lost.

[41] In short, there is nothing about the regulatory context here or the interests of the regulator which in any way takes this regime out of the field of criminal law or diminishes in any way the very high reasonable expectation of privacy in relation to material subject to solicitor-client privilege. In my view, the *Lavallee* standard applies to this regime.

[42] The *Lavallee* analysis does not assume, of course, that all records found in the possession of a lawyer are subject to privilege and I do not approach this case on the basis that all the materials that lawyers are required to obtain and retain by the Act are privileged. The *Lavallee* standard aims to prevent the significant risk that some privileged material will be among the records in a lawyer’s office examined and seized pursuant to a search warrant. Similarly, in this case, there is a significant risk that at least some privileged material will be found among the documents that are the subject of the search powers in the Act.

la législation sur les pêches dont il était question dans *Fitzpatrick*. De plus, je rejette l’argument du procureur général que la vaste portée de ce pouvoir de fouille et de perquisition est restreinte d’une quelconque façon par ce que [TRADUCTION] « l’organisme de réglementation souhaite examiner » (m.a., par. 107). La Loi vise à première vue à permettre à la personne autorisée de fouiller dans la masse de renseignements en la possession des avocats. Comme l’a dit avec justesse l’intervenante Criminal Lawyers’ Association, la Loi confère aux personnes autorisées le pouvoir [TRADUCTION] « de fouiller partout dans les cabinets d’avocats et [. . .] d’examiner et de saisir tout document ou toute donnée qu’elles y trouvent » (mémoire, par. 23). L’exercice de ces pouvoirs à l’égard de documents se trouvant en la possession des avocats risque fortement d’entraîner la perte du secret professionnel.

[41] Bref, aucun élément du contexte réglementaire en cause ou des intérêts de l’organisme de réglementation n’a pour effet d’exclure d’une quelconque façon ce régime du domaine du droit criminel ou de diminuer de quelque manière que ce soit l’attente raisonnable très élevée quant au caractère confidentiel des documents protégés par le secret professionnel de l’avocat. J’estime que la norme établie dans *Lavallee* s’applique à ce régime.

[42] L’analyse formulée dans l’arrêt *Lavallee* ne présume pas, évidemment, que tous les documents en la possession d’un avocat sont visés par le secret professionnel et, en l’espèce, je ne pars pas du postulat que tous les documents que les avocats sont tenus de recueillir et de conserver aux termes de la Loi sont protégés. La norme énoncée dans *Lavallee* vise à prévenir le risque important que certains documents protégés se retrouvent parmi ceux d’un cabinet d’avocats qui sont examinés et saisis en vertu d’un mandat de perquisition. De même, dans le cas qui nous occupe, on risque fort de retrouver au moins certains documents protégés parmi ceux visés par les pouvoirs de fouille et de perquisition prévus par la Loi.

(3) The *Lavallee* Principles

[43] *Lavallee* and its two companion appeals concerned the constitutionality of s. 488.1 of the *Criminal Code*. That section sets out a procedure to be followed when an officer acting under the authority of any Act of Parliament is “about to examine, copy or seize a document in the possession of a lawyer who claims that a named client of his has a solicitor-client privilege” in respect of it. The Court concluded that the section was unconstitutional because it suffered from a number of deficiencies in relation to the constitutional level of protection required by s. 8 in relation to solicitor-client privilege.

[44] The core principle of the decision is that solicitor-client privilege “must remain as close to absolute as possible if it is to retain relevance”: *Lavallee*, at para. 36. This means that there must be a “stringent” norm to ensure its protection, such that any legislative provisions that interfere with the privilege more than “absolutely necessary” will be found to be unreasonable: para. 36.

[45] *Lavallee* is an important authority because of the similarity of the schemes set up to protect solicitor-client privilege under s. 488.1 of the *Code*, which was in issue in that case, and s. 64 of the Act, which is in issue here. Section 64 of the Act, like s. 488.1, is engaged at the point at which the official is “about to examine” material “in the possession” of a lawyer. Under both provisions, the protective scheme applies at the point that the lawyer asserts that a “named client” (or in the case of s. 64, a “named client or former client”) “has a solicitor-client privilege” in respect of the material sought. Once that claim is made, the material is sealed and preserved. (The mechanics of this part of the two schemes differ; under the *Code*, the official seals the documents and places the sealed package in possession of the sheriff for safekeeping, while under the Act, the lawyer does the sealing and safekeeping.)

(3) Les principes de l’arrêt *Lavallee*

[43] L’affaire *Lavallee* et ses deux pourvois connexes portaient sur la constitutionnalité de l’art. 488.1 du *Code criminel*. Cet article prévoit la procédure à suivre lorsqu’un fonctionnaire agissant sous le régime d’une loi fédérale est « sur le point d’examiner, de copier ou de saisir un document en la possession d’un avocat qui prétend qu’un de ses clients, nommément désigné, jouit du privilège des communications entre client et avocat » à l’égard de ce document. La Cour a conclu que cet article était inconstitutionnel parce qu’il comportait plusieurs lacunes touchant à la protection constitutionnelle exigée par l’art. 8 relativement au secret professionnel de l’avocat.

[44] Le principe fondamental de cet arrêt est que le secret professionnel de l’avocat « doit demeurer aussi absolu que possible pour conserver sa pertinence » (*Lavallee*, par. 36). Par conséquent, il doit exister une norme « rigoureuse » pour assurer sa protection, de sorte que toute disposition législative qui porte atteinte au secret professionnel plus que ce qui est « absolument nécessaire » sera qualifiée d’abusive (par. 36).

[45] L’arrêt *Lavallee* est un précédent important en raison de la similitude entre le régime de protection du secret professionnel de l’avocat prévu à l’art. 488.1 du *Code* qui était en cause dans cette affaire et celui établi à l’art. 64 de la Loi qui est en cause dans le cas présent. À l’instar de l’art. 488.1, l’art. 64 de la Loi entre en jeu au moment où le fonctionnaire est « sur le point d’examiner » des documents « en la possession » d’un avocat. Suivant ces deux dispositions, le régime de protection s’applique au moment où l’avocat fait valoir au nom d’« un client [. . .] nommément désigné » (ou, dans le cas de l’art. 64, un « client actuel ou antérieur, nommément désigné ») le « secret professionnel » en ce qui concerne le document demandé. Dès lors que le secret professionnel est revendiqué, le document est mis sous scellés et conservé. (Les modalités de ce volet des deux régimes sont différentes : suivant le *Code*, le fonctionnaire met sous scellés le document dont il confie la garde au shérif, tandis que, selon la Loi, c’est l’avocat qui s’occupe de la mise sous scellés et de la garde des documents.)

[46] Both schemes require the official to give a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made before examining or copying the material. Section 64(9.1) of the Act enhances this protection somewhat by providing that the official is not to examine or make copies of a document in the possession of a non-lawyer who contends that a claim of solicitor-client privilege may be made by a lawyer without giving the person a reasonable opportunity to contact that lawyer.

[47] The processes under the two schemes for judicial determination of the privilege issue are also similar. Under both schemes, the lawyer may apply within 14 days to have a judge decide whether the material is privileged. If no application is made, the Attorney General may apply to a judge for an order directing the custodian of the material to deliver it to the official. Under both schemes, any material that the judge finds to be subject to solicitor-client privilege remains so. In the absence of an application, however, the judge is obliged to direct the material to be turned over to the official.

[48] To return to *Lavallee*, the Court identified specific constitutional infirmities in s. 488.1, all flowing from the fact that it failed to address directly the entitlement that the privilege holder, the client, should have to protect the privilege. The absence of provisions requiring notice to the holder of the privilege meant the client may not even be aware that his or her privilege is threatened: para. 40. This fundamental difficulty identified in s. 488.1 in *Lavallee* is not meaningfully addressed by s. 64.

[49] The Court in *Lavallee* found that two further constitutional infirmities resulted from this. The first was that the scheme wrongly transferred the burden of protecting the privilege from the state to the lawyer. This was so because under the scheme only the lawyer could assert the privilege and the client did not have to be given notice: para. 40. Where notification was not feasible, there ought at least to be

[46] Les deux régimes exigent du fonctionnaire qu'il permette raisonnablement la revendication du secret professionnel de l'avocat avant d'examiner ou de reproduire le document. Le paragraphe 64(9.1) de la Loi renforce quelque peu cette protection en interdisant au fonctionnaire d'examiner ou de reproduire un document en la possession d'une personne qui n'est pas un avocat mais qui soutient que le secret professionnel pourrait être revendiqué par un avocat sans donner à cette personne une occasion raisonnable de communiquer avec cet avocat.

[47] La procédure prévue par les deux régimes pour ce qui est de la décision que le tribunal doit rendre au sujet de l'existence du privilège est également semblable. Suivant les deux régimes, l'avocat peut, dans un délai de 14 jours, demander à un juge de décider si le document est protégé. À défaut de demande, le procureur général peut demander à un juge de rendre une ordonnance enjoignant à la personne qui a la garde du document de le remettre au fonctionnaire. Toujours selon les deux régimes, le document qui, de l'avis du juge, est visé par le secret professionnel de l'avocat le demeure. À défaut de demande, toutefois, le juge est obligé d'ordonner la remise du document au fonctionnaire.

[48] Pour revenir à l'arrêt *Lavallee*, rappelons que la Cour a décelé dans l'art. 488.1 certaines déficiences constitutionnelles qui découlaient toutes du fait que cette disposition ne traitait pas directement du droit que le détenteur du privilège, en l'occurrence le client, devrait avoir pour protéger celui-ci. Vu l'absence de disposition exigeant qu'un avis soit donné au titulaire du privilège, il était possible que le client ne sache même pas que son privilège était menacé (par. 40). Ce problème fondamental relevé à l'art. 488.1 par la Cour dans *Lavallee* n'est pas véritablement abordé à l'art. 64 de la Loi.

[49] Dans l'arrêt *Lavallee*, la Cour a estimé qu'il en résultait deux autres déficiences constitutionnelles. En premier lieu, le fardeau de protéger le privilège était déplacé à tort de l'État à l'avocat parce que, suivant le régime, seul l'avocat pouvait revendiquer le privilège et qu'il n'était pas nécessaire d'aviser le client (par. 40). Dans les cas où il n'est pas possible d'aviser le détenteur du privilège,

some independent legal intervention, for instance in the form of notification and involvement of the relevant Law Society: para. 41. As Arbour J. explained:

... since the right of the state to access this information is, in law, conditional on the consent of the privilege holder, all efforts to notify that person, or an appropriate surrogate such as the Law Society, must be put in place in order for the section to conform to s. 8 of the *Charter*. [para. 42]

[50] Section 64 suffers from similar defects. The initial claim of privilege may only be made by legal counsel, as was the case under s. 488.1. While under s. 64, legal counsel is required to provide the client's last known address to enable the official to "endeavour to advise the client of the claim of privilege", there is no requirement for notice to the client, who is the holder of the privilege, and no protocol for independent legal intervention where it is not feasible to notify the client. Moreover, as we shall see, the lawyer's obligation to identify the client in order to claim the privilege is also problematic.

[51] A second constitutional failing identified in *Lavallee* relates to what happens when a claim of privilege has been made to the official, but no application to court has been made by the client or the lawyer. In those circumstances, the judge is required on the application of the Attorney General to order the lawyer to make the material available to the official. As Arbour J. explained:

... this mandatory disclosure of potentially privileged information, in a case where the court has been alerted to the possibility of privilege by the fact that the documents were sealed at the point of search, cannot be said to minimally impair the privilege. It amounts to an unjustifiable vindication of form over substance, and it creates a real possibility that the state may obtain privileged information that a court could very well have recognized as such. [para. 43]

il devrait à tout le moins y avoir une intervention légale indépendante, par exemple sous forme d'avis et de participation du barreau compétent (par. 41). Ainsi que l'a expliqué la juge Arbour :

... comme le droit de l'État d'obtenir ces renseignements est, en droit, conditionnel au consentement du détenteur du privilège, il faut que toutes les mesures nécessaires à la notification de cette personne ou d'un substitut convenable comme le Barreau soient mises en place pour que la disposition soit conforme à l'art. 8 de la *Charte*. [par. 42]

[50] L'article 64 souffre de lacunes semblables. Le privilège ne peut être revendiqué dans un premier temps que par un conseiller juridique, tout comme le prévoyait l'art. 488.1. Bien que, suivant l'art. 64, le conseiller juridique ait l'obligation de communiquer la dernière adresse connue du client au fonctionnaire pour permettre à ce dernier de « chercher à informer le client du secret professionnel » qui est invoqué en son nom, la Loi n'exige pas que l'on avise le client, qui détient le privilège, et aucun protocole n'est prévu pour permettre une intervention légale indépendante lorsqu'il est impossible d'aviser le client. De plus, comme nous le verrons, l'obligation de l'avocat d'identifier le client pour pouvoir revendiquer le privilège pose également problème.

[51] Une autre faille constitutionnelle signalée dans l'arrêt *Lavallee* concerne le sort réservé à la revendication du secret professionnel qui a été faite au fonctionnaire sans que le client ou son avocat n'ait présenté de demande à la cour. Dans ces circonstances, le juge doit, à la demande du procureur général, ordonner à l'avocat de mettre les documents à la disposition du fonctionnaire. Ainsi que l'a expliqué la juge Arbour :

... on ne peut pas dire que cette communication obligatoire de renseignements potentiellement privilégiés porte atteinte le moins possible au privilège dans un cas où la cour a été mise au courant de la possibilité de l'existence de celui-ci par la mise sous scellés des documents au moment de la perquisition. Cette communication obligatoire revient à faire prédominer de façon injustifiable la forme sur le fond et crée la possibilité réelle que l'État obtienne des renseignements qu'un tribunal peut fort bien reconnaître comme étant privilégiés. [par. 43]

[52] Section 64(6) similarly denies discretion to the judge to assess the claim of privilege on his or her own motion and therefore has the same constitutional failing.

[53] The Court in *Lavallee* also set out a number of general principles that govern the legality of law office searches designed in part to guide the legislative options that Parliament may wish to address. These general principles, while not a checklist, were intended “to reflect the present-day constitutional imperatives for the protection of solicitor-client privilege”: para. 49. Two of these general principles are particularly relevant here.

[54] One of these principles is that, before searching a law office, the authorities must satisfy a judicial officer that there exists no other reasonable alternative to the search. Sections 62 and 63.1 do not require prior judicial authorization, let alone impose a statutory requirement that there be no other reasonable alternative. However, s. 63 is less problematic in this respect. It requires judicial pre-authorization to search a lawyer’s home office, including demonstration that entry into the dwelling-house is necessary for any purpose that relates to ensuring compliance with Part 1 of the Act.

[55] A second general principle in *Lavallee* is that “all documents in possession of a lawyer must be sealed before being examined or removed from the lawyer’s possession” unless otherwise specifically authorized by a warrant: para. 49. In contrast, under s. 64, examining and copying in a law office by the official stops only at the point at which a claim of solicitor-client privilege is asserted by a lawyer on behalf of a named client. Thus, examining and copying proceeds until there is a specific assertion of privilege — an approach that greatly elevates the risk that privileged material will be examined. Moreover, the name of the client may itself be (although is not always) subject to solicitor-client privilege: para. 28. In a situation in which it is, the

[52] Le paragraphe 64(6) nie pareillement au juge le pouvoir discrétionnaire d’apprécier de son propre chef le secret professionnel revendiqué, et il comporte donc la même faille constitutionnelle.

[53] Dans l’arrêt *Lavallee*, la Cour a également formulé un certain nombre de principes généraux régissant la légalité des perquisitions effectuées dans des cabinets d’avocats, en partie pour guider les choix législatifs que le législateur peut vouloir examiner à cet égard. Sans être une liste de contrôle, ces principes généraux visent « à refléter les impératifs constitutionnels actuels en matière de protection du secret professionnel de l’avocat » (par. 49). Deux de ces principes sont particulièrement à propos en l’espèce.

[54] L’un de ces principes veut qu’avant de perquisitionner dans un cabinet d’avocats, les autorités chargées de l’enquête doivent convaincre un officier de justice qu’il n’existe aucune solution de rechange raisonnable. Les articles 62 et 63.1 n’exigent pas d’autorisation judiciaire préalable, et requièrent encore moins l’absence de solution de rechange raisonnable. Toutefois, l’art. 63 est moins problématique à cet égard. Selon cet article, il faut obtenir une autorisation judiciaire avant de perquisitionner dans un cabinet à domicile, notamment par la démonstration que la visite de l’habitation en cause est nécessaire pour toute fin visant à faire respecter la partie 1 de la Loi.

[55] Selon un autre principe général formulé dans l’arrêt *Lavallee*, « tous les documents en la possession d’un avocat doivent être scellés avant d’être examinés ou de le lui être enlevés », sauf si un mandat l’autorise expressément (par. 49). En revanche, aux termes de l’art. 64, l’examen et la reproduction de documents dans un cabinet d’avocats par le fonctionnaire ne cessent qu’au moment où l’avocat revendique le secret professionnel pour le compte d’un client nommé désigné. Ainsi, l’examen et la reproduction des documents se poursuivent jusqu’à ce que le secret professionnel soit expressément invoqué, ce qui augmente considérablement le risque que des documents protégés soient examinés. De plus, il se peut que le nom du

Act requires the lawyer to breach that privilege in order to claim the privilege attaching to the material sought by the official. The same, in my view, may be said about the obligation of the lawyer under s. 64(10) to provide the authorities with the latest known address for the client.

[56] *Lavallee* concerned law office searches that were judicially pre-authorized and therefore addressed a scheme that was, in that respect, different from the scheme that is in issue here. Warrantless searches, such as those permitted under this scheme, are presumptively unreasonable. Moreover, the judicial pre-authorization requirement is, in itself, an important protection against improper search and seizure of privileged material. However, I do not foreclose the possibility that Parliament could devise a constitutionally compliant inspection regime without a judicial pre-authorization requirement.

(4) Summary

[57] In my view, the search powers in ss. 62, 63 and 63.1 as applied to lawyers, along with the inadequate protection of solicitor-client privilege provided by s. 64, constitute a very significant limitation of the right to be free of unreasonable searches and seizures guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

(5) Is the Limitation Justified Under Section 1?

[58] Section 1 of the *Charter* “guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”. In order for a limitation to be justified, it must serve and be a proportionate response to a pressing and substantial objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39. The government has a difficult task in seeking to uphold as reasonable provisions, such as those in issue here, which have been found to authorize unreasonable searches:

client soit protégé par le secret professionnel de l’avocat (bien que cela ne soit pas toujours le cas) (par. 28). La Loi oblige alors l’avocat à violer le secret professionnel pour revendiquer celui qui vise les documents réclamés par le fonctionnaire. À mon avis, cela vaut également pour l’obligation, imposée à l’avocat par le par. 64(10), de fournir aux autorités la dernière adresse connue du client.

[56] L’affaire *Lavallee* concernait des perquisitions de cabinets d’avocats autorisées au préalable par un juge et portait donc sur un régime qui différerait à cet égard de celui ici en cause. Les perquisitions sans mandat, comme celles autorisées par ce régime, sont présumées abusives. En outre, l’exigence d’autorisation judiciaire préalable constitue en soi une protection importante contre la perquisition et la saisie irrégulière de documents protégés. Je n’écarte cependant pas la possibilité que le législateur conçoive un régime d’inspection conforme à la Constitution qui n’exige pas d’autorisation judiciaire préalable.

(4) Résumé

[57] À mon avis, les pouvoirs de perquisition et de fouille qui sont prévus aux art. 62, 63 et 63.1 et qui sont exercés à l’endroit des avocats, conjugués à la protection insuffisante que l’art. 64 accorde au secret professionnel de l’avocat, constituent une restriction considérable du droit d’être protégé contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l’art. 8 de la *Charte*.

(5) La restriction est-elle justifiée au sens de l’article premier?

[58] L’article premier de la *Charte* « garantit les droits et libertés qui [. . .] sont énoncés [dans la *Charte*]. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique ». Pour être justifiée, une restriction doit viser un objectif urgent et réel et être une réponse proportionnée à cet objectif (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 138-139). L’État a la tâche difficile de chercher à faire déclarer valides pour cause de raisonnabilité

*Lavallee*, at para. 46; *R. v. Kokesch*, [1990] 3 S.C.R. 3, at pp. 18-19.

[59] I accept, of course, that the objectives of combating money laundering and terrorist financing are pressing and substantial as both the application judge and the Court of Appeal held.

[60] With respect to the proportionality analysis, the appellant has the burden of proving that (i) the objective is rationally connected to the limit; (ii) the limit impairs the right as little as possible; and (iii) there is proportionality between the effects of the limitation of the *Charter* right and the objective. The rational connection does not impose a particularly onerous threshold: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 228. There is a logical and direct link between, on one hand, the combating of money laundering and terrorist financing (in which lawyers may unbeknownst to them be participating) and, on the other, governmental supervision through searches conducted at law offices.

[61] In my view, however, the justification fails the minimal impairment test. There are other less drastic means of pursuing the same identified objectives. The Court has previously outlined the sorts of protections that are required in order to meet the constitutional standard of protection for solicitor-client privilege: *Lavallee*.

[62] I am therefore of the view that s. 64, and to the extent that they operate in relation to lawyers' offices, ss. 62, 63 and 63.1 of the Act, cannot be justified.

#### (6) Remedy

[63] With respect to ss. 62, 63 and 63.1, I would follow the example of the application judge and

des dispositions, comme celles qui nous intéressent en l'espèce, dont il a été jugé qu'elles autorisent des fouilles et des perquisitions abusives (*Lavallee*, par. 46; *R. c. Kokesch*, [1990] 3 R.C.S. 3, p. 18-19).

[59] Je reconnais évidemment que les objectifs de la lutte contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes sont des objectifs urgents et réels, ainsi que l'ont conclu la juge de première instance et la Cour d'appel.

[60] En ce qui concerne l'analyse de la proportionnalité, il incombe à l'appelant de démontrer : (i) qu'il existe un lien rationnel entre l'objectif et la restriction; (ii) que la restriction porte le moins possible atteinte au droit en question; (iii) qu'il y a proportionnalité entre les effets de la restriction apportée au droit garanti par la *Charte* et l'objectif visé. Pour démontrer l'existence d'un lien rationnel, il n'est pas nécessaire de répondre à une norme particulièrement exigeante (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 228). Il existe un lien logique et direct entre, d'une part, la lutte contre le recyclage des produits de criminalité et le financement des activités terroristes (auxquels les avocats peuvent participer à leur insu) et, d'autre part, le contrôle qu'exerce l'État au moyen de perquisitions effectuées dans des cabinets d'avocats.

[61] J'estime toutefois que la justification ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale. Il existe d'autres moyens moins radicaux de poursuivre les mêmes objectifs. La Cour a déjà défini le type de protection nécessaire pour satisfaire à la norme constitutionnelle de protection du secret professionnel de l'avocat (*Lavallee*).

[62] Je suis par conséquent d'avis que l'art. 64 et, dans la mesure où ils s'appliquent aux cabinets d'avocats, les art. 62, 63 et 63.1 de la Loi ne peuvent se justifier.

#### (6) Réparation

[63] En ce qui concerne les art. 62, 63 et 63.1, je suis d'avis de suivre l'exemple de la juge de



read those provisions down to exclude legal counsel and legal firms from the scope of their operation.

[64] The correct approach to s. 64 is more controversial. The Attorney General submits that the appropriate remedy is to read into s. 64 the requirements that would render these provisions constitutionally sound. I cannot accept this approach, however.

[65] The Attorney General's argument rests on the premise that s. 64 (as it now stands) can only violate s. 8 to a "very limited extent": A.F., at para. 116. This is not the case in my respectful view, for the reasons I have developed at length earlier. Moreover, "reading in" as a constitutional remedy is generally not appropriate when there is a variety of options that would render the provision constitutional: see *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at pp. 705-7. In this case, there is such a variety of legislative approaches available. As Arbour J. said in *Lavallee*, at para. 48:

The need to ensure that privilege holders are given a genuine opportunity to enforce the protection of their confidential communications to their lawyers, at the time when they need the protection of the law the most, cannot easily be met by a judicial redrafting of the provision. Neither can the need to ensure that the courts are given enough flexibility and discretion to remain the protectors of constitutional rights and the guardians of the law. In my view, the process for seizing documents in the possession of a lawyer is indeed a delicate matter, which presents some procedural options that are best left to Parliament.

[66] Applying this reasoning, reading in is not appropriate to remedy the constitutional defects of s. 64.

première instance et de donner une interprétation atténuée de ces dispositions pour exclure les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats de leur champ d'application.

[64] La méthode qu'il convient d'utiliser dans le cas de l'art. 64 fait moins l'unanimité. D'après le procureur général, la réparation appropriée consiste à ajouter par interprétation à l'art. 64 des exigences qui rendraient ces dispositions constitutionnelles. Je ne puis toutefois souscrire à cette approche.

[65] L'argument du procureur général repose sur la prémisse que l'art. 64 (dans sa forme actuelle) ne peut violer l'art. 8 que de [TRADUCTION] « façon très limitée » (m.a., par. 116). Avec égards, j'estime que ce n'est pas le cas, et ce, pour les raisons que j'ai déjà longuement exposées. Qui plus est, le recours à une « interprétation large » en tant que réparation constitutionnelle ne convient généralement pas lorsque plusieurs solutions permettent de rendre la disposition constitutionnelle (voir *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 705-707). En l'espèce, un large éventail de solutions s'offrent au législateur. Comme l'a dit la juge Arbour dans *Lavallee*, par. 48 :

Une reformulation judiciaire de la disposition ne peut pas aisément combler le besoin d'assurer que les détenteurs du privilège aient une occasion réelle de veiller à la protection de la confidentialité de leurs communications avec leurs avocats au moment où ils ont le plus besoin de la protection de la loi. Cette reformulation ne peut pas non plus aisément combler le besoin d'assurer que les tribunaux jouissent de la souplesse et du pouvoir discrétionnaire nécessaires pour garantir qu'ils demeurent les protecteurs des droits constitutionnels et les gardiens de la loi. D'après moi, la saisie de documents en la possession d'un avocat est effectivement une question délicate comportant des choix de procédure qu'il incombe davantage au législateur de faire.

[66] Si l'on applique ce raisonnement au cas qui nous occupe, force est de constater que le recours à une interprétation large ne convient pas pour remédier aux lacunes constitutionnelles de l'art. 64.

(7) Conclusion

[67] I would declare that s. 64 is of no force or effect and that ss. 62, 63 and 63.1 should be read down so that they do not apply to documents in the possession of legal counsel or in law office premises.

[68] I add this. The issues that would arise in the event of a challenge to professional regulatory schemes are not before us in this case. Different considerations would come into play in relation to regulatory audits of lawyers conducted on behalf of lawyers' professional governing bodies. The regulatory schemes in which the professional governing bodies operate in Canada serve a different purpose from the Act and Regulations and generally contain much stricter measures to protect solicitor-client privilege.

B. *Do the Provisions Violate Section 7 of the Charter?*

[69] There are two steps to the analysis under s. 7 of the *Charter*. The first is to determine whether the challenged provisions limit the right to life, liberty or security of the person. If they do, the analysis moves to the second step of determining whether that limitation is in accordance with the principles of fundamental justice: *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 57; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 47.

[70] The Attorney General maintains that there is no s. 7 violation here, but I respectfully disagree. These provisions limit the liberty of lawyers in a way that is not in accordance with the principle of fundamental justice in relation to the lawyer's duty of commitment to the client's cause.

(7) Conclusion

[67] Je suis d'avis de déclarer inopérant l'art. 64 et de donner aux art. 62, 63 et 63.1 une interprétation atténuée pour qu'ils ne s'appliquent pas aux documents en la possession d'un conseiller juridique ou se trouvant dans un cabinet d'avocats.

[68] J'ajouterais ceci. Les questions qui se poseraient en cas de contestation de régimes réglementaires professionnels ne nous ont pas été soumises en l'espèce. D'autres considérations entreraient en jeu dans le cas des vérifications réglementaires effectuées à l'endroit des avocats au nom des ordres professionnels qui encadrent la profession. Les régimes réglementaires dans le cadre desquels les ordres professionnels exercent leurs activités au Canada visent un objectif différent de celui de la Loi et du Règlement et ils prévoient en règle générale des mesures beaucoup plus strictes pour protéger le secret professionnel de l'avocat.

B. *Les dispositions violent-elles l'art. 7 de la Charte?*

[69] L'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* se fait en deux étapes. Dans un premier temps, on doit déterminer si les dispositions contestées restreignent le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Dans l'affirmative, on passe alors à la seconde étape de l'analyse, qui consiste à se demander si cette restriction est conforme aux principes de justice fondamentale (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 57; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 47).

[70] Le procureur général soutient qu'il n'y a aucune violation de l'art. 7 en l'espèce. Je ne suis pas de cet avis. Ces dispositions restreignent la liberté des avocats d'une manière non conforme au principe de justice fondamentale concernant le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client.

(1) Do the Provisions Limit Lawyers' and/or Clients' Right to Life, Liberty or Security of the Person?

[71] There is no dispute that these provisions engage the liberty interests of lawyers. If lawyers do not comply with the Act's requirements, they are liable to prosecution and imprisonment. Section 74 provides that the failure to comply with certain provisions of the Act (including the search provisions) can lead to the imposition of a fine of up to \$500,000 or imprisonment of up to five years, or both. This includes failure to comply with ss. 6 and 6.1 of the Act, which set out the general verification and record keeping obligations. It also includes the failure of persons in charge of law offices subject to searches to give FINTRAC "all reasonable assistance" during a search conducted under the authority of s. 62, as well as the failure to comply with a request for documents made by FINTRAC under s. 63.1.

[72] Both the application judge and a majority of the Court of Appeal found that this regime also limited the liberty of clients. However, I do not find it necessary to decide this point. I have already concluded that lawyers' liberty interests are engaged by the challenged provisions and it has not been suggested that the s. 7 analysis would be different in relation to clients' as compared to lawyers' liberty interests.

(2) Is the Limitation Contrary to the Principle of Fundamental Justice in Relation to Solicitor-Client Privilege?

[73] I have already concluded that the search provisions of the Act offend the s. 8 right to be free from unreasonable searches and seizures and that they are unconstitutional and of no force and effect as they apply to records in the possession of lawyers. This conclusion makes it unnecessary to undertake an independent s. 7 analysis based on a principle of fundamental justice in relation to solicitor-client

(1) Les dispositions limitent-elles le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne des avocats et/ou des clients?

[71] Personne ne conteste que ces dispositions mettent en jeu le droit à la liberté de l'avocat. S'il ne se conforme pas aux exigences de la Loi, l'avocat s'expose à des poursuites et à l'emprisonnement. L'article 74 prévoit que le défaut de se conformer à certaines dispositions de la Loi (y compris celles relatives aux fouilles et aux perquisitions) est punissable d'une amende maximale de 500 000 \$ et d'un emprisonnement maximal de cinq ans, ou de l'une de ces peines. Parmi ces dispositions, il y a lieu de mentionner les art. 6 et 6.1 de la Loi qui prévoient les obligations générales en matière de vérification d'identité et de tenue de documents. Il y a également lieu de mentionner le défaut de l'exploitant du cabinet d'avocats faisant l'objet d'une perquisition de prêter au CANAFE « toute l'assistance possible » lors d'une perquisition effectuée en vertu de l'art. 62, ainsi que le défaut d'obtempérer à une demande de production de documents présentée par le CANAFE en vertu de l'art. 63.1.

[72] La juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tous conclu que le présent régime restreignait aussi la liberté des clients. Toutefois, je ne juge pas nécessaire de statuer sur ce point. J'ai déjà conclu que les dispositions attaquées mettent en jeu le droit à la liberté des avocats et personne n'a prétendu que l'analyse du droit à la liberté des clients conduite sur la base de l'art. 7 différerait de celle portant sur le droit à la liberté des avocats.

(2) La restriction est-elle contraire au principe de justice fondamentale du secret professionnel de l'avocat?

[73] J'ai déjà conclu que les dispositions de la Loi en matière de fouille et de perquisition portent atteinte au droit, prévu à l'art. 8, d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et qu'elles sont inconstitutionnelles et inopérantes dans le cas des documents en la possession des avocats. Cette conclusion rend superflue dans la présente affaire toute analyse distincte fondée sur l'art. 7 qui

privilege in this case: see, e.g., *Lavallee*, at para. 34; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 23; and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 88.

(3) Is the Limitation Contrary to the Principle of Fundamental Justice Relating to the Independence of the Bar?

(a) *The Court of Appeal's Decision*

[74] The Court of Appeal found that the limitation of lawyers' liberty interests was not in accordance with what it concluded was a principle of fundamental justice in relation to the independence of the bar. While the Court of Appeal at times expressed the principle of the independence of the bar in very broad terms, the crux of its reasoning rested on much narrower grounds. The legislation, the court found, constituted state interference with the lawyer's duty of loyalty to the client: it places the lawyer in a conflict of interest because

the legal advisor must choose to conform to the *Act* and to the *Regulations* and thus, at the very least, be in breach of his or her duty of loyalty acting both for the client and for the State or, in order to respect his or her obligations to the client, expose himself or herself to prosecution . . . they are forced not only to keep but also to create archives for the State.

. . . the Regime imposes conflicting interests and corresponding obligations on the lawyer, regarding clients' interests, state interests, and Lawyers' liberty interests. [paras. 122-23]

(b) *Positions of the Parties and Overview*

[75] The Federation, supported by several interveners, maintains that the independence of the bar is a principle of fundamental justice and that the scheme is contrary to that principle in two respects. First, the scheme directly interferes with how lawyers deliver legal services to clients because it requires lawyers, by threat of imprisonment, to prepare records of the clients' activities, relationships and details of their transactions as part of a regime whose overall purpose is predominantly criminal. This, it is argued, is

repose sur un principe de justice fondamentale concernant le secret professionnel de l'avocat (voir, p. ex., *Lavallee*, par. 34; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 23; et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 88).

(3) La restriction est-elle contraire au principe de justice fondamentale de l'indépendance du barreau?

a) *Décision de la Cour d'appel*

[74] La Cour d'appel a conclu que la restriction au droit à la liberté des avocats n'était pas conforme à ce qui, selon elle, était un principe de justice fondamentale concernant l'indépendance du barreau. Bien qu'elle ait parfois énoncé le principe de l'indépendance du barreau en termes très généraux, l'essentiel de son raisonnement reposait sur des motifs beaucoup plus restreints. Selon la Cour d'appel, la législation constitue une atteinte de l'État au devoir de loyauté de l'avocat envers son client : elle met l'avocat en situation de conflit d'intérêts parce que

[TRADUCTION] le conseiller juridique doit choisir de se conformer à la *Loi* et au *Règlement* et, ce faisant, manquer tout au moins à son devoir de loyauté, car il agit alors à la fois pour son client et pour l'État au bénéfice duquel il doit non seulement conserver des archives mais aussi les constituer ou, afin de respecter ses obligations envers son client, s'exposer à des poursuites.

. . . le régime impose des intérêts contradictoires et des obligations correspondantes aux avocats en ce qui concerne les intérêts de leurs clients, ceux de l'État et le droit à la liberté des avocats. [par. 122-123]

b) *Thèses des parties et survol*

[75] La Fédération, avec l'appui de plusieurs intervenants, soutient que l'indépendance du barreau est un principe de justice fondamentale et que le régime va à l'encontre de ce principe sous deux rapports. En premier lieu, le régime constitue une ingérence directe dans la fourniture de services juridiques aux clients par l'avocat car il l'oblige, sous peine d'emprisonnement, à préparer des documents concernant les activités et les relations des clients ainsi que le détail de leurs opérations dans le cadre d'un régime

direct government intervention in the way in which the lawyer delivers legal services. Second, the lawyer is required to retain that information so the lawyer's office, as the Federation puts it, becomes an archive for the use of the prosecution. This undermines the trust between lawyer and client that is and must be at the foundation of the solicitor-client relationship. The argument goes that the lawyer is being conscripted against his or her clients by being required to obtain information from a client that is not required in order to provide legal services and to act as a government repository for that information.

[76] As I understand these submissions, there are really two versions of the principle that are being advanced, a broad one and a narrow one.

[77] According to the broad version, the independence of the bar means that lawyers "are free from incursions from any source, including from public authorities": Court of Appeal reasons, at para. 113. The narrower, more focused version, is anchored in concern about state interference with the lawyer's commitment to the client's cause. This narrower version, as I see it, boils down to the proposition that the state cannot impose duties on lawyers that interfere with their duty of commitment to advancing their clients' legitimate interests. In my view, the narrower principle is the one that is most relevant to this case: the central contention is that this scheme substantially interferes with the lawyers' duty of commitment to their clients' cause because it imposes duties on lawyers to the state to act in ways that are contrary to their clients' legitimate interests and may, in effect, turn lawyers into state agents for that purpose.

[78] The Attorney General submits that there is no principle of fundamental justice in relation to the independence of the bar. He argues that the Court of Appeal's broad definition of the independence of the bar essentially places lawyers above the law. The principle of the independence of the bar does not meet any of the three requirements that must be

dont l'objectif général relève principalement du droit criminel. On soutient qu'il s'agit d'une intervention directe de l'État dans la prestation de services juridiques par l'avocat. En second lieu, l'avocat a l'obligation de conserver ces renseignements de sorte que, comme l'explique la Fédération, le cabinet de l'avocat devient un dépôt d'archives à la disposition de la poursuite. Cela sape la confiance entre l'avocat et le client, confiance qui est et doit demeurer à la base de la relation avocat-client. Suivant cet argument, l'avocat devient l'adversaire de son client du fait qu'il est obligé d'obtenir de ce dernier des renseignements dont il n'a pas besoin pour fournir des services juridiques et qu'il est tenu en outre de conserver ces renseignements pour le compte de l'État.

[76] Si j'ai bien compris ces arguments, l'intimée fait en réalité valoir deux versions du principe : l'une large et l'autre étroite.

[77] D'après la version large, l'indépendance du barreau signifie que les avocats [TRADUCTION] « sont à l'abri de toute ingérence extérieure, notamment de la part des pouvoirs publics » (motifs de la Cour d'appel, par. 113). La conception plus étroite, davantage circonscrite, est ancrée dans la crainte que l'État nuise au dévouement de l'avocat à la cause du client. Cette conception revient, selon moi, à affirmer que l'État ne peut imposer aux avocats des obligations qui nuisent à l'accomplissement de leur devoir de se dévouer au service des intérêts légitimes de leurs clients. À mon avis, le principe plus étroit est le plus pertinent en l'espèce : d'après l'argument central, le présent régime entrave de façon substantielle l'accomplissement du devoir des avocats de se dévouer à la cause de leurs clients parce qu'il leur impose des obligations d'agir envers l'État qui sont contraires aux intérêts légitimes de leurs clients et peuvent en fait transformer les avocats en agents de l'État à cette fin.

[78] Pour sa part, le procureur général fait valoir qu'il n'existe aucun principe de justice fondamentale se rapportant à l'indépendance du barreau. D'après lui, la définition large donnée par la Cour d'appel à l'indépendance du barreau place essentiellement les avocats au-dessus des lois. Le principe de l'indépendance du barreau ne satisfait à aucune

met by a principle of fundamental justice. While an important state interest, the independence of the bar is not a legal principle. There is no broad societal consensus concerning the existence of this principle and it cannot be identified with sufficient precision. The independence of the bar, says the Attorney General, does not describe a justiciable standard.

[79] The Attorney General submits that even if the independence of the bar is a principle of fundamental justice, the scheme is consistent with it. The Court of Appeal was wrong to conclude that the scheme has the effect of turning at least some lawyers into state agents. This conclusion, argues the Attorney General, is based on the Court of Appeal's misinterpretation of the nature of the obligations imposed on lawyers to maintain financial records, the extent to which FINTRAC can access these records through a compliance audit, and the prohibition on derivative use of these records provided by s. 65 of the Act. The Attorney General notes that lawyers are exempted from the Act's reporting requirements that apply to accountants and other professionals who act as financial intermediaries.

[80] In my view, there is considerable merit in the Attorney General's submissions considered in relation to the broad notion of the independence of the bar asserted by the Federation. However, I do not for the purposes of this appeal have to finally determine that point. The narrower understanding of the independence of the bar which relates it to the lawyer's duty of commitment to the client's cause is the aspect of the lawyer's special duty to his or her client that is most relevant to this appeal.

[81] The duty of lawyers to avoid conflicting interests is at the heart of both the general legal framework defining the fiduciary duties of lawyers to their clients and of the ethical principles governing lawyers' professional conduct. This duty aims to avoid two types of risks of harm to clients: the risk of misuse of confidential information and the risk of impairment of the lawyer's representation of the client (see,

des trois conditions que doit remplir un principe de justice fondamentale. Bien qu'elle constitue un intérêt important de l'État, l'indépendance du barreau n'est pas un principe juridique. Il ne se dégage pas de large consensus au sein de la société quant à l'existence de ce principe, qui ne peut être défini avec suffisamment de précision. Aux dires du procureur général, l'indépendance du barreau n'évoque pas une norme justiciable.

[79] Le procureur général soutient que, même si l'indépendance du barreau constitue un principe de justice fondamentale, le régime respecte ce principe. La Cour d'appel a eu tort de conclure que le régime avait pour effet de transformer au moins certains avocats en des agents de l'État. Le procureur général ajoute que cette conclusion tient à une mauvaise interprétation, par la Cour d'appel, de la nature des obligations imposées aux avocats de tenir des documents financiers, de la mesure dans laquelle le CANAFE peut consulter les documents en question au cours d'une vérification de conformité et de l'interdiction frappant l'utilisation dérivée de ces documents prévue à l'art. 65 de la Loi. Le procureur général fait observer que les avocats sont dispensés des obligations de déclaration de la Loi auxquelles sont assujettis les comptables et autres professionnels qui agissent comme intermédiaires financiers.

[80] À mon avis, il y a beaucoup de mérite dans les arguments du procureur général examinés relativement à la notion générale d'indépendance du barreau qu'invoque la Fédération. Cependant, je n'ai pas à statuer de manière définitive sur ce point pour les besoins du présent pourvoi. La conception plus étroite de l'indépendance du barreau qui a trait au devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client constitue l'aspect du devoir particulier de l'avocat envers son client qui est le plus pertinent en l'espèce.

[81] Le devoir des avocats d'éviter les conflits d'intérêts est au cœur tant du cadre juridique général définissant les obligations fiduciaires qu'ils ont envers leurs clients que des principes de déontologie régissant leur conduite professionnelle. Ce devoir vise à éviter aux clients deux risques de préjudice : le risque d'utilisation à mauvais escient des renseignements confidentiels et le risque d'entrave à

e.g., *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649, at para. 23).

[82] The Court has recognized that aspects of these fiduciary and ethical duties have a constitutional dimension. I have already discussed at length one important example. The centrality to the administration of justice of preventing misuse of the client’s confidential information, reflected in solicitor-client privilege, led the Court to conclude that the privilege required constitutional protection in the context of law office searches and seizures: see *Lavallee*. Solicitor-client privilege is “essential to the effective operation of the legal system”: *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at p. 289. As Major J. put it in *R. v. McClure*, 2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445, at para. 31: “The important relationship between a client and his or her lawyer stretches beyond the parties and is integral to the workings of the legal system itself” (emphasis added).

[83] The question now is whether another central dimension of the solicitor-client relationship — the lawyer’s duty of commitment to the client’s cause — also requires some measure of constitutional protection against government intrusion. In my view it does, for many of the same reasons that support constitutional protection for solicitor-client privilege. “The law is a complex web of interests, relationships and rules. The integrity of the administration of justice depends upon the unique role of the solicitor who provides legal advice to clients within this complex system”: *McClure*, at para. 2. These words, written in the context of solicitor-client privilege, are equally apt to describe the centrality to the administration of justice of the lawyer’s duty of commitment to the client’s cause. A client must be able to place “unrestricted and unbounded confidence” in his or her lawyer; that confidence which is at the core of the solicitor-client relationship is a part of the legal system itself, not merely ancillary to it: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 45, citing with approval,

la représentation du client par l’avocat (voir, p. ex., *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649, par. 23).

[82] La Cour a reconnu que des aspects de ces obligations fiduciaires et obligations déontologiques revêtent une dimension constitutionnelle. J’ai déjà examiné en profondeur un exemple important. L’importance capitale, pour l’administration de la justice, de prévenir l’utilisation à mauvais escient des renseignements confidentiels du client — importance traduite dans le secret professionnel de l’avocat — a amené la Cour à conclure que le secret professionnel devait être protégé par la Constitution dans le contexte des perquisitions et saisies effectuées dans des cabinets d’avocats (voir *Lavallee*). Le secret professionnel de l’avocat est « essentielle[ ] au bon fonctionnement du système juridique » (*R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, p. 289). Comme l’a dit le juge Major dans l’arrêt *R. c. McClure*, 2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445, par. 31, « [l]es rapports importants qui existent entre un client et son avocat ne se limitent pas aux parties et font partie intégrante des rouages du système juridique lui-même » (je souligne).

[83] Il s’agit maintenant de savoir si une autre dimension centrale de la relation avocat-client — le devoir de l’avocat de se dévouer à la cause du client — nécessite également une certaine protection constitutionnelle contre l’ingérence de l’État. C’est le cas selon moi, pour bon nombre des mêmes raisons qui militent en faveur de la protection constitutionnelle du secret professionnel de l’avocat. « Le droit est un écheveau complexe d’intérêts, de rapports et de règles. L’intégrité de l’administration de la justice repose sur le rôle unique de l’avocat qui donne des conseils juridiques à des clients au sein de ce système complexe » (*McClure*, par. 2). Ces mots, écrits dans le contexte du secret professionnel de l’avocat, décrivent tout aussi bien l’importance capitale, pour l’administration de la justice, du devoir de l’avocat de se dévouer à la cause du client. Ce dernier doit pouvoir placer « toute sa confiance » en son avocat; cette confiance, qui est au cœur de leur relation, fait partie du système juridique lui-même et n’y est pas simplement accessoire (*Smith*

*Anderson v. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.); *McClure*. The lawyer's duty of commitment to the client's cause, along with the protection of the client's confidences, is central to the lawyer's role in the administration of justice.

[84] We should, in my view, recognize as a principle of fundamental justice that the state cannot impose duties on lawyers that undermine their duty of commitment to their clients' causes. Subject to justification being established, it follows that the state cannot deprive someone of life, liberty or security of the person otherwise than in accordance with this principle.

[85] The analysis leading me to this conclusion addresses three questions: (1) How do we recognize a principle of fundamental justice? (2) Is the principle of commitment to the client's cause such a principle? (3) If so, is the limitation on lawyers' liberty in this legislative scheme in accordance with that principle?

[86] Before addressing those questions, I should make clear what is *not* in issue. While the Court of Appeal and the Federation place great stress on independence of the bar as it relates to self-regulation of the legal profession, I do not find it necessary or desirable in this appeal to address the extent, if at all, to which self-regulation of the legal profession is a principle of fundamental justice. As LeBel J. pointed out in *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, self-regulation is certainly *the means* by which legislatures have chosen in this country to protect the independence of the bar: para. 1. But we do not have to decide here whether that legislative choice is in any respect constitutionally required. Nor does the appeal require us to consider whether other constitutional protections may exist in relation to the place of lawyers in the administration of justice.

*c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 45, où est cité avec approbation *Anderson c. Bank of British Columbia* (1876), 2 Ch. D. 644 (C.A.); *McClure*). Le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client ainsi que la protection des confidences de ce dernier sont au cœur du rôle joué par l'avocat dans l'administration de la justice.

[84] À mon avis, nous devrions reconnaître comme principe de justice fondamentale l'impossibilité pour l'État d'imposer aux avocats des obligations qui minent leur devoir de se dévouer à la cause de leurs clients. Il s'ensuit que, sous réserve d'une justification établie, l'État ne peut priver quelqu'un de la vie, de la liberté ou de la sécurité de sa personne qu'en conformité avec ce principe.

[85] L'analyse qui m'amène à cette conclusion porte sur les trois questions suivantes : (1) Comment peut-on reconnaître un principe de justice fondamentale? (2) Le principe du dévouement à la cause du client constitue-t-il un tel principe? (3) Dans l'affirmative, la restriction apportée à la liberté des avocats par ce régime législatif est-elle conforme à ce principe?

[86] Avant d'aborder ces questions, je dois préciser ce qui *n'est pas* en jeu. Bien que la Cour d'appel et la Fédération tablent fortement sur l'« indépendance » du barreau en ce qui concerne l'autoréglementation de la profession juridique, j'estime qu'il n'est ni nécessaire ni même souhaitable en l'espèce de se pencher sur la mesure, s'il en est, dans laquelle l'autoréglementation de la profession juridique constitue un principe de justice fondamentale. Tel que l'a souligné le juge LeBel dans *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, l'autoréglementation est de toute évidence *le moyen* choisi par le législateur au Canada pour protéger l'indépendance du barreau (par. 1). Nous n'avons cependant pas à décider dans la présente affaire si ce choix du législateur est dicté d'une quelconque manière par la Constitution. Le pourvoi ne nous oblige pas non plus à nous demander s'il existe d'autres protections constitutionnelles en ce qui concerne la place occupée par les avocats dans l'administration de la justice.



(c) *Recognizing Principles of Fundamental Justice*

[87] Principles of fundamental justice have three characteristics. They must be legal principles, there must be “significant societal consensus” that they are “fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate” and they must be sufficiently precise so as “to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person”: *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113, per Gonthier and Binnie JJ.; *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3, at para. 46, per Abella J.; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at para. 29, per Moldaver J.

(d) *Is the Duty of Commitment to the Client’s Cause Such a Principle?*(i) Legal Principle and Sufficient Precision

[88] These two elements of the test are conveniently treated together.

[89] Turning first to the definition of a legal principle, the distinction is between, on one hand, a description of “an important state interest” and “the realm of general public policy” and, on the other, a “normative ‘legal’ principle” and “the basic tenets of our legal system”: see *Malmo-Levine*, at paras. 112 and 114; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. Some examples help flesh out this distinction.

[90] The “harm principle”, unsuccessfully advanced as a principle of fundamental justice in *Malmo-Levine*, was Mill’s theory to the effect that “the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others”: J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 8. However, the “best interests of the child” principle and the presumption of reduced

c) *Reconnaissance des principes de justice fondamentale*

[87] Le principe de justice fondamentale présente trois caractéristiques. Il doit s’agir d’un principe juridique à l’égard duquel il existe « un consensus substantiel dans la société » sur le fait que ce principe est « essentiel au bon fonctionnement du système de justice », et ce principe doit être suffisamment précis pour « constituer une norme fonctionnelle permettant d’évaluer l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113, les juges Gonthier et Binnie; *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, par. 46, la juge Abella; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 29, le juge Moldaver).

d) *Le devoir de dévouement à la cause du client constitue-t-il un tel principe?*(i) Principe juridique et précision suffisante

[88] Ces deux éléments du test sont commodément examinés ensemble.

[89] Pour ce qui est tout d’abord de la définition du principe juridique, il faut faire la distinction, d’une part, entre la description d’un « intérêt important de l’État » et « du domaine de l’ordre public en général » et, d’autre part, un « principe “juridique” normatif » et « les préceptes fondamentaux de notre système juridique » (voir *Malmo-Levine*, par. 112 et 114; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 503). Certains exemples permettront de mieux illustrer cette distinction.

[90] Le « principe du préjudice », invoqué sans succès en tant que principe de justice fondamentale dans *Malmo-Levine*, est la théorie de Mill suivant laquelle [TRADUCTION] « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l’empêcher de nuire aux autres » (J. S. Mill, *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), p. 8). Toutefois, le principe de l’« intérêt supérieur

moral culpability of young persons were found to be legal principles because they were not legal generalizations, but rather recognized legal principles in both domestic and international law: see *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 9. Their manifestation in various legal instruments, coupled with their longstanding use by various legal institutions, qualified them as legal principles: *ibid.*; see also *D.B.*, at paras. 47-60.

[91] An important indicator that a proposed rule or principle is a legal principle is that it is used as a rule or test in common law, statutory law or international law. The duty of commitment to the client's cause has been recognized by the Court as a distinct element of the broader common law duty of loyalty and thus unquestionably is a legal principle: *McKercher*, at paras. 19 and 43-44; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, at para. 19.

[92] While this standard is far from self-applying, it has proven to be sufficiently precise to enable the courts to apply it in widely divergent fact situations: see, e.g., *McKercher*, at paras. 43-44 and 55-56; *Neil*, at para. 19. This body of jurisprudence demonstrates that this principle of commitment to the client's cause is sufficiently precise to provide a workable standard in that it can be applied in a manner that provides guidance as to the appropriate result: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 590-91, per Sopinka J.; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 11, per McLachlin C.J.; H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 108.

[93] Of course the duty of commitment to the client's cause must not be confused with being the client's dupe or accomplice. It does not countenance a lawyer's involvement in, or facilitation of, a client's illegal activities. Committed representation does not, for example, permit let alone require a

de l'enfant » et la présomption de culpabilité morale moins élevée des adolescents ont été considérés comme des principes juridiques parce qu'ils étaient non pas des généralisations juridiques, mais plutôt des principes juridiques reconnus tant en droit interne qu'en droit international (voir *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 9). Comme ces principes sont consacrés par divers textes de loi et qu'ils sont appliqués depuis longtemps par diverses institutions juridiques, on les qualifie de principes juridiques (*ibid.*; voir aussi *D.B.*, par. 47-60).

[91] L'utilisation de la règle ou du principe proposé comme règle ou critère en common law, dans la législation ou en droit international constitue un indice important qu'il s'agit d'un principe juridique. Le devoir de dévouement à la cause du client a été reconnu par la Cour comme un élément distinct du devoir général de loyauté en common law et il constitue donc indéniablement un principe juridique (*McKercher*, par. 19 et 43-44; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, par. 19).

[92] Bien que cette norme ne s'applique pas du tout automatiquement, elle s'est avérée suffisamment précise pour que les tribunaux puissent l'appliquer dans des situations factuelles fort différentes (voir, p. ex., *McKercher*, par. 43-44 et 55-56; *Neil*, par. 19). Cette jurisprudence démontre que le principe de dévouement à la cause du client est assez précis pour constituer une norme pratique en ce qu'on peut l'appliquer de manière à donner des indications sur le résultat approprié (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591, le juge Sopinka; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 11, la juge en chef McLachlin; H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 108).

[93] Bien sûr, il ne faut pas confondre le devoir de dévouement à la cause du client et le fait d'être dupé par le client ou d'en être le complice. Ce devoir ne permet pas à l'avocat de participer aux activités illégales d'un client ou de les faciliter. Une représentation dévouée, par exemple, ne l'autorise

lawyer to assert claims that he or she knows are unfounded or to present evidence that he or she knows to be false or to help the client to commit a crime. The duty is perfectly consistent with the lawyer taking appropriate steps with a view to ensuring that his or her services are not being used for improper ends.

[94] I conclude that the lawyer’s duty of commitment to the client’s cause is well entrenched as a sufficiently precise legal principle and therefore satisfies the first and the third requirements of a principle of fundamental justice.

(ii) Sufficient Consensus That the Duty Is Fundamental

[95] Principles of fundamental justice find their “meaning in the cases and traditions that have long detailed the basic norms for how the state deals with its citizens”: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, at para. 8, per McLachlin C.J. The duty of commitment to the client’s cause is fundamental to how the state and the citizen interact in legal matters.

[96] Clients — and the broader public — must justifiably feel confident that lawyers are committed to serving their clients’ legitimate interests free of other obligations that might interfere with that duty. Otherwise, the lawyer’s ability to do so may be compromised and the trust and confidence necessary for the solicitor-client relationship may be undermined. This duty of commitment to the client’s cause is an enduring principle that is essential to the integrity of the administration of justice. In *Neil*, the Court underlined the fundamental importance of the duty of loyalty to the administration of justice. The duty of commitment to the client’s cause is an essential component of that broader fiduciary obligation. On behalf of the Court, Binnie J. emphasized the ancient pedigree of the duty and wrote that it endures “because it is essential to the integrity of the administration of justice and it is of high public importance that public confidence in that integrity

pas, et l’oblige encore moins, à présenter des demandes qu’il sait dénuées de fondement, à produire une preuve qu’il sait fausse ou à aider le client à commettre un crime. Le devoir s’accorde parfaitement avec la prise, par l’avocat, des mesures qui s’imposent pour éviter que ses services soient utilisés à des fins illégitimes.

[94] Je conclus que le devoir de l’avocat de se dévouer à la cause du client est bien établi comme principe juridique suffisamment précis et qu’il satisfait donc aux première et troisième exigences d’un principe de justice fondamentale.

(ii) Consensus suffisant sur le caractère fondamental du devoir

[95] Les principes de justice fondamentale trouvent leur « sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l’État » (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, par. 8, la juge en chef McLachlin). Le devoir de dévouement à la cause du client est un aspect fondamental de l’interaction entre l’État et le citoyen dans des dossiers juridiques.

[96] Les clients — et le public en général — doivent avoir, à juste titre, la conviction que les avocats se dévouent au service des intérêts légitimes de leurs clients en étant libres de toute obligation susceptible de nuire à l’accomplissement de ce devoir. Sinon, la capacité des avocats d’agir ainsi risque d’être compromise et la confiance nécessaire à la relation avocat-client risque d’être sapée. Ce devoir de dévouement à la cause du client est un principe qui subsiste et est essentiel à l’intégrité de l’administration de la justice. Dans *Neil*, la Cour a souligné l’importance fondamentale que revêt le devoir de loyauté pour l’administration de la justice. Le devoir de dévouement à la cause du client constitue un élément essentiel de cette obligation fiduciaire plus large. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a insisté sur les origines lointaines du devoir et dit qu’il subsiste « parce qu’il est essentiel à l’intégrité de l’administration de la justice et il

be maintained”: para. 12 (emphasis added). This unequivocal and recent affirmation seems to me to demonstrate that the duty of commitment to the client’s cause is both generally accepted and fundamental to the administration of justice as we understand it.

[97] The duty of commitment to the client’s cause is thus not only concerned with justice for individual clients but is also deemed essential to maintaining public confidence in the administration of justice. Public confidence depends not only on fact but also on reasonable perception. It follows that we must be concerned not only with whether the duty is in fact interfered with but also with the perception of a reasonable person, fully apprised of the relevant circumstances and having thought the matter through. The fundamentality of this duty of commitment is supported by many more general and broadly expressed pronouncements about the central importance to the legal system of lawyers being free from government interference in discharging their duties to their clients. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. put it this way:

... in the absence of an independent legal profession, skilled and qualified to play its part in the administration of justice and the judicial process, the whole legal system would be in a parlous state. [p. 187]

[98] In *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, Estey J. wrote:

The independence of the Bar from the state in all its pervasive manifestations is one of the hallmarks of a free society. Consequently, regulation of these members of the law profession by the state must, so far as by human ingenuity it can be so designed, be free from state interference, in the political sense, with the delivery of services to the individual citizens in the state, particularly in fields of public and criminal law. The public interest in a free society knows no area more sensitive than the independence, impartiality and availability to the general

est primordial de préserver la confiance du public dans cette intégrité » (par. 12 (je souligne)). Cette affirmation sans équivoque et récente me semble démontrer que le devoir de dévouement à la cause du client est à la fois généralement reconnu et fondamental pour l’administration de la justice au sens où nous l’entendons.

[97] Le devoir de dévouement à la cause du client ne s’attache donc pas seulement à la justice pour les clients; il est aussi réputé nécessaire pour préserver la confiance du public dans l’administration de la justice. Cette confiance est tributaire non seulement des faits, mais aussi d’une perception raisonnable. Par conséquent, nous devons nous préoccuper non seulement de savoir s’il y a effectivement entorse au devoir, mais aussi de la perception d’une personne raisonnable et bien informée des circonstances pertinentes qui étudierait la question en profondeur. Le caractère fondamental de ce devoir de dévouement trouve appui dans de nombreuses affirmations plus larges et générales au sujet de l’importance primordiale, pour le système juridique, du fait que les avocats soient à l’abri de l’ingérence de l’État lorsqu’ils s’acquittent de leurs obligations envers leurs clients. Dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre s’est exprimé en ces termes :

... en l’absence d’une profession juridique indépendante, possédant l’expérience et les compétences nécessaires à l’exercice de son rôle dans l’administration de la justice et le processus judiciaire, le système juridique en entier serait dans un état précaire. [p. 187]

[98] Dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, le juge Estey a écrit :

L’une des marques d’une société libre est l’indépendance du barreau face à un État de plus en plus envahissant. En conséquence, la réglementation des membres du barreau par l’État, doit, dans la mesure où cela est humainement possible, être exempte de toute ingérence politique dans la fourniture de services aux citoyens, surtout dans les domaines du droit public et du droit pénal. Du point de vue de l’intérêt public dans une société libre, il est des plus importants que les membres du barreau soient indépendants, impartiaux et accessibles et que le grand public

public of the members of the Bar and through those members, legal advice and services generally. [Emphasis added; pp. 335-36.]

[99] Similarly, in *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, the Court took up the theme in these words:

Stress was rightly laid on the high value that free societies have placed historically on . . . an independent bar, free to represent citizens without fear or favour in the protection of individual rights and civil liberties against incursions from any source, including the state. [p. 887]

(Citing the Ministry of the Attorney General of Ontario, *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980), at p. 26.)

[100] In *Finney*, the Court said this:

An independent bar composed of lawyers who are free of influence by public authorities is an important component of the fundamental legal framework of Canadian society. [Emphasis added; para. 1.]

[101] Various international bodies have also broadly affirmed the fundamental importance of preventing state interference with legal representation. The *Basic Principles on the Role of Lawyers* adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders state that “adequate protection of the human rights and fundamental freedoms to which all persons are entitled . . . requires that all persons have effective access to legal services provided by an independent legal profession”: U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1 (1991), at p. 119. Similarly, the Council of Bars and Law Societies of Europe’s *Charter of Core Principles of the European Legal Profession* emphasizes lawyers’ “freedom . . . to pursue the client’s case”, including it as the first of 10 “core principles” (p. 5 (online)). The International Bar Association’s *International Principles on Conduct for the Legal Profession*, adopted in 2011, also emphasize committed client representation as the first principle governing lawyers’ conduct: “A lawyer shall maintain independence and be afforded

ait, par leur intermédiaire, accès aux conseils et aux services juridiques en général. [Je souligne; p. 335-336.]

[99] De même, dans *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, la Cour a repris ainsi ce thème :

On a insisté à juste titre sur la grande importance qu’a revêtu pour les sociétés libres, au cours de l’histoire, l’existence [. . .] d’un barreau indépendant, dont les membres sont libres de représenter les citoyens, sans craindre de représailles ni s’attendre à des faveurs, afin d’assurer la protection des droits individuels et des libertés civiles contre les attaques de toute origine, notamment celles de l’État. [p. 887]

(Citant le ministère du Procureur général de l’Ontario, *The Report of the Professional Organizations Committee* (1980), p. 26.)

[100] Dans l’arrêt *Finney*, la Cour a dit :

Un barreau indépendant, composé d’avocats libres vis-à-vis des pouvoirs publics, constitue un élément important de l’ordre juridique fondamental de la société canadienne. [Je souligne; par. 1.]

[101] Divers organismes internationaux ont également confirmé de façon générale l’importance fondamentale d’empêcher l’État de nuire à la représentation par avocat. Les *Principes de base relatifs au rôle du barreau* adoptés par le Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants indiquent que « la protection adéquate des libertés fondamentales et des droits de l’homme [. . .] dont toute personne doit pouvoir jouir, exige que chacun ait effectivement accès à des services juridiques fournis par des avocats indépendants » (Doc. N.U. A/CONF.144/28/Rév.1 (1991), p. 127). Dans le même ordre d’idées, la *Charte des principes essentiels de l’avocat européen* du Conseil des barreaux européens insiste sur « la liberté [de l’avocat] d’assurer la défense de son client » en en faisant le premier de 10 « principes essentiels » (p. 5 (en ligne)). Les *principes internationaux de déontologie de la profession juridique* de l’Association internationale du barreau, qui ont été adoptés en 2011, soulignent également la représentation dévouée du client comme

the protection such independence offers in giving clients unbiased advice and representation” (p. 5 (online)).

[102] I conclude that there is overwhelming evidence of a strong and widespread consensus concerning the fundamental importance in democratic states of protection against state interference with the lawyer’s commitment to his or her client’s cause.

[103] The duty of commitment to the client’s cause ensures that “divided loyalty does not cause the lawyer to ‘soft peddle’ his or her [representation]” and prevents the solicitor-client relationship from being undermined: *Neil*, at para. 19; *McKercher*, at paras. 43-44. In the context of state action engaging s. 7 of the *Charter*, this means at least that (subject to justification) the state cannot impose duties on lawyers that undermine the lawyer’s compliance with that duty, either in fact or in the perception of a reasonable person, fully apprised of all of the relevant circumstances and having thought the matter through. The paradigm case of such interference would be state-imposed duties on lawyers that conflict with or otherwise undermine compliance with the lawyer’s duty of commitment to serving the client’s legitimate interests.

(e) *Is the Scheme Consistent With This Principle?*

[104] The scheme limits lawyers’ liberty by punishing with imprisonment the failure to comply with its requirements. Is this limitation of liberty in accordance with the principle of fundamental justice in relation to the lawyer’s duty of committed representation? In other words, does this regime impose duties on lawyers, the performance of which in fact or in the perception of a reasonable person undermines the lawyers’ ability to comply with the duty of commitment to the clients’ cause?

[105] To answer this question, we must look at the scheme as a whole and in light of my conclusion

premier principe régissant la conduite des avocats : « L’avocat doit préserver son indépendance et pouvoir bénéficier de la protection qu’offre cette indépendance lorsqu’il représente ses clients et qu’il leur fournit des conseils impartiaux » (p. 5 (en ligne)).

[102] Je conclus qu’une preuve abondante établit l’existence d’un vaste et solide consensus au sujet de l’importance fondamentale, dans les États démocratiques, d’empêcher que l’État nuise au dévouement de l’avocat à la cause de son client.

[103] Le devoir de dévouement à la cause du client fait en sorte qu’« une situation de loyauté partagée n’incite pas l’avocat à “mettre une sourdine” à [sa représentation] » et empêche que la relation avocat-client soit minée (*Neil*, par. 19; *McKercher*, par. 43-44). Dans le cas d’une mesure de l’État qui met en jeu l’art. 7 de la *Charte*, cela veut dire tout au moins que l’État ne peut (sous réserve d’une justification) imposer aux avocats des obligations qui entravent leur respect de ce devoir, soit dans les faits, soit aux yeux d’une personne raisonnable et bien informée de toutes les circonstances pertinentes qui étudierait la question en profondeur. L’exemple type d’une telle ingérence serait des obligations imposées aux avocats par l’État qui entrent en conflit avec le devoir de l’avocat de se dévouer au service des intérêts légitimes du client ou qui nuisent autrement au respect de ce devoir.

e) *Le régime est-il compatible avec ce principe?*

[104] Le régime restreint la liberté des avocats en sanctionnant par l’emprisonnement le non-respect de ses exigences. La restriction de cette liberté est-elle conforme au principe de justice fondamentale concernant le devoir de représentation dévouée qui incombe à l’avocat? Autrement dit, le présent régime impose-t-il à l’avocat des obligations dont l’acquiescement, dans les faits ou aux yeux d’une personne raisonnable, nuit à la capacité de l’avocat à respecter le devoir de se dévouer à la cause du client?

[105] Pour répondre à cette question, nous devons examiner le régime dans son ensemble et

that the search aspects of the scheme inadequately protect solicitor-client privilege.

[106] The profession has developed practice standards relating to the subjects addressed by the scheme. The profession's own activity in this area recognizes that lawyers should take care that they not unknowingly assist in, or turn a blind eye to, money laundering or terrorism financing. These professional standards also underline the point that the lawyer's duty of commitment to the client's cause cannot extend to in any way furthering the client's unlawful purposes.

[107] The scheme requires lawyers to make and retain records that the profession does not think are necessary for effective and ethical representation of clients. The Federation's *Model Rule on Client Identification and Verification Requirements* (online), which has been adopted by all law societies in Canada, contains a number of verification and record keeping provisions similar to the requirements of the Act and Regulations. However, the Model Rule is narrower in scope. A few illustrative examples will make this point. The Model Rule does not impose verification requirements when the lawyer is engaged in or gives instructions in respect of an electronic funds transfer: r. 4. The lawyer is not always required to identify the third party when engaged in or giving instructions in respect of a funds transfer, as r. 6 provides that this should be done "where appropriate". There is no obligation under the Model Rule to establish an internal compliance program, as is required under s. 9.6 of the Act. As a final example, the Model Rule contains no equivalent of the scheme's obligation to produce and retain a "receipt of funds record" under s. 33.4 of the Regulations.

compte tenu de ma conclusion que les aspects du régime relatifs aux fouilles et aux perquisitions ne protègent pas suffisamment le secret professionnel de l'avocat.

[106] La profession a établi des normes de pratique relatives aux thèmes visés par le régime. De par ses propres activités exercées dans ce domaine, la profession reconnaît que les avocats doivent prendre garde de favoriser involontairement le recyclage des produits de criminalité ou le financement des activités terroristes, ou de fermer les yeux sur ces activités. Ces normes professionnelles font également ressortir que le devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client ne saurait aller jusqu'à contribuer d'une quelconque manière à la réalisation de ses desseins illicites.

[107] Le régime oblige les avocats à établir et à conserver des documents qui, d'après la profession, ne sont pas nécessaires à la représentation efficace et éthique des clients. Le *Règlement type sur les exigences d'identification et de vérification de l'identité des clients* de la Fédération (en ligne), qui a été adopté par tous les barreaux du Canada, renferme un certain nombre de dispositions concernant la vérification de l'identité et la tenue de documents qui s'apparentent aux exigences de la Loi et du Règlement. La portée du Règlement type est cependant plus étroite. Quelques exemples l'illustreront. Le Règlement type n'impose pas au juriste l'obligation de vérifier l'identité de ses clients lorsqu'il procède à un virement de fonds électronique ou donne des directives à cet égard (art. 4). Le juriste n'est pas toujours tenu d'identifier un tiers lorsqu'il effectue un virement de fonds ou donne des directives à cet égard, étant donné qu'aux termes de l'art. 6, cette mesure ne doit être prise que « le cas échéant ». Le Règlement type n'oblige pas à établir un programme interne de conformité, contrairement à ce que prévoit l'art. 9.6 de la Loi. À titre de dernier exemple, le Règlement type ne renferme aucun équivalent de l'obligation prévue par le régime de produire et de conserver un « relevé de réception de fonds » conformément à l'art. 33.4 du Règlement.

[108] Professional ethical standards such as these cannot dictate to Parliament what the public interest requires or set the constitutional parameters for legislation. But these ethical standards do provide evidence of a strong consensus in the profession as to what ethical practice in relation to these issues requires. Viewed in this light, the legislation requires lawyers to gather and retain considerably more information than the profession thinks is needed for ethical and effective client representation. This, coupled with the inadequate protection of solicitor-client privilege, undermines the lawyer's ability to comply with his or her duty of commitment to the client's cause. The lawyer is required to create and preserve records which are not required for ethical and effective representation. The lawyer is required to do this in the knowledge that any solicitor-client confidences contained in these records are not adequately protected against searches and seizures authorized by the scheme. This may, in the lawyer's correctly formed opinion, be contrary to the client's legitimate interests and therefore these duties imposed by the scheme may directly conflict with the lawyer's duty of committed representation.

[109] I also conclude that a reasonable and informed person, thinking the matter through, would perceive that these provisions in combination significantly undermine the capacity of lawyers to provide committed representation. The reasonable and well-informed client would see his or her lawyer being required by the state to collect and retain information that, in the view of the legal profession, is not required for effective and ethical representation and with respect to which there are inadequate protections for solicitor-client privilege. Clients would thus reasonably perceive that lawyers were, at least in part, acting on behalf of the state in collecting and retaining this information in circumstances in which privileged information might well be disclosed to the state without the client's consent. This would reduce confidence to an unacceptable degree in the lawyer's ability to provide committed representation.

[108] De telles normes de déontologie ne sauraient dicter au législateur ce qu'exige l'intérêt public ou fixer les paramètres constitutionnels d'une loi. Mais ces normes déontologiques témoignent effectivement d'un solide consensus au sein de la profession en ce qui a trait aux normes déontologiques que commandent ces enjeux. Vue sous cet angle, la législation oblige les avocats à recueillir et à conserver beaucoup plus de renseignements que ce que la profession estime nécessaire pour la représentation éthique et efficace du client. Ce fait, conjugué à la protection insuffisante du secret professionnel de l'avocat, mine la capacité de ce dernier à respecter son devoir de se dévouer à la cause du client. L'avocat est tenu de créer et de conserver des documents qui ne sont pas nécessaires à une représentation éthique et efficace tout en sachant que les renseignements visés par son secret professionnel qui figurent dans ces documents ne bénéficient pas d'une protection convenable contre les perquisitions et saisies autorisées par le régime. Cela peut, comme le penserait à juste titre l'avocat, être contraire aux intérêts légitimes du client et, par conséquent, ces obligations imposées par le régime peuvent entrer directement en conflit avec le devoir de représentation dévouée de l'avocat.

[109] Je conclus en outre que la personne raisonnable et bien informée examinant la question en profondeur estimerait que la combinaison de ces dispositions mine sensiblement la capacité des avocats de représenter leurs clients avec dévouement. Le client raisonnable et bien informé verrait son avocat tenu par l'État de recueillir et de conserver des renseignements qui, de l'avis de la profession juridique, ne sont pas nécessaires pour le représenter de manière efficace et éthique et à l'égard desquels le secret professionnel de l'avocat ne bénéficie pas d'une protection suffisante. Il serait donc raisonnable pour les clients de penser que les avocats agissent, du moins en partie, pour le compte de l'État lorsqu'ils recueillent et conservent ces renseignements dans une situation où des renseignements confidentiels pourraient fort bien être communiqués à l'État sans le consentement du client. On assisterait ainsi à une érosion inacceptable de la confiance en la capacité de l'avocat de représenter ses clients avec dévouement.



[110] I conclude that the scheme taken as a whole limits the liberty of lawyers in a manner that is not in accordance with the principle of fundamental justice relating to the lawyer's duty of committed representation.

[111] I emphasize, however, that this holding does not place lawyers above the law. It is only when the state's imposition of duties on lawyers undermines, in fact or in the perception of a reasonable person, the lawyer's ability to comply with his or her duty of commitment to the client's cause that there will be a departure from what is required by this principle of fundamental justice.

[112] In light of my holding in relation to s. 8 of the *Charter*, the scheme requires significant modification in order to comply with the requirements of the right to be free from unreasonable searches and seizures. Given that there are a number of ways in which the scheme could be made compliant with s. 8, I do not want to venture into speculation about how a modified scheme could appropriately respond to the requirements of s. 7. However, it seems to me that if, for example, the scheme were to provide the required constitutional protections for solicitor-client privilege as well as meaningful derivative use immunity of the required records for the purposes of prosecuting clients, it would be much harder to see how it would interfere with the lawyer's duty of commitment to the client's cause.

[113] The information gathering and record retention provisions of this scheme serve important public purposes. They help to ensure that lawyers take significant steps so that when they act as financial intermediaries, they are not assisting money laundering or terrorist financing. The scheme also serves the purpose of requiring lawyers to be able to demonstrate to the competent authorities that this is the case. In order to pursue these objectives, Parliament is entitled, within proper limits which I have outlined, to impose obligations beyond those which the legal profession considers essential to effective and ethical representation. Lawyers have a duty to give and clients are entitled to receive committed legal representation as well as to have their

[110] Je conclus que, pris dans son ensemble, le régime restreint la liberté des avocats d'une manière qui n'est pas conforme au principe de justice fondamentale concernant le devoir de représentation dévouée de l'avocat.

[111] Je tiens toutefois à souligner que cette conclusion n'a pas pour effet de placer les avocats au-dessus des lois. Ce n'est qu'au moment où l'État impose à l'avocat des obligations qui minent, dans les faits ou aux yeux d'une personne raisonnable, la capacité de ce dernier à respecter son devoir de se dévouer à la cause du client qu'il y a dérogation à ce que requiert ce principe de justice fondamentale.

[112] Compte tenu de ma conclusion relative à l'art. 8 de la *Charte*, le régime doit être considérablement remanié pour respecter les exigences du droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Puisqu'il existe plusieurs façons de rendre le régime conforme à l'art. 8, je ne veux pas me hasarder à conjecturer la manière dont un régime modifié pourrait répondre convenablement aux exigences de l'art. 7. Par contre, il me semble que si, par exemple, le régime prévoyait les protections constitutionnelles dont a besoin le secret professionnel de l'avocat et une immunité utile contre l'utilisation dérivée des documents nécessaires à la poursuite des clients, il serait beaucoup plus difficile de voir comment le régime nuirait à l'accomplissement du devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client.

[113] Les dispositions du présent régime relatives à la cueillette de renseignements et à la conservation de documents servent à des fins importantes d'ordre public. En effet, elles tendent à faire en sorte que les avocats prennent d'importantes mesures pour éviter de faciliter le recyclage des produits de criminalité ou le financement des activités terroristes lorsqu'ils agissent en tant qu'intermédiaire financier. Le régime sert également à exiger des avocats qu'ils soient à même d'en faire la démonstration aux autorités compétentes. Afin de poursuivre ces objectifs, le législateur peut, dans les limites appropriées que j'ai exposées, imposer d'autres obligations que celles que la profession juridique juge essentielles à une représentation efficace et éthique.

privileged communications with their lawyer protected. Clients are not, however, entitled to make unwitting accomplices of their lawyers let alone enlist them in the service of their unlawful ends.

(f) *Justification*

[114] I agree with the conclusion reached by the application judge and the Court of Appeal (which was unanimous on this point) that the scheme fails the proportionality test under s. 1 and is therefore not a limitation that is demonstrably justified in a free and democratic society. My conclusion is based on my view that it is the combination of the inadequate protection of solicitor-client privilege and the information gathering and retention aspects of the scheme that results in the s. 7 violation.

(4) Conclusion

[115] I would agree with the application judge's decision that ss. 33.3, 33.4, 33.5 and 59.4 of the Regulations are of no force and effect and that s. 11.1 of the Regulations should be read down so that it does not apply to documents in the possession of legal counsel or in law office premises.

IV. Disposition

[116] To summarize, I conclude that the search provisions of the Act infringe s. 8 of the *Charter* and that the information gathering and retention provisions, in combination with the search provisions, infringe s. 7 of the *Charter*. Sections 5(i) and 5(j) of the Act provide that Part 1 of the Act applies to persons and entities described in the Regulations and, in my view, do not on their own infringe either s. 7 or s. 8 of the *Charter*.

Les avocats sont tenus, et les clients ont droit, à une représentation dévouée ainsi qu'à la protection des communications confidentielles entre eux. Les clients n'ont cependant pas le droit de faire de leurs avocats des complices involontaires et encore moins de faire appel à eux pour réaliser leurs desseins illécites.

f) *Justification*

[114] Je souscris à la conclusion de la juge de première instance et de la Cour d'appel (unanime sur ce point) selon laquelle le régime ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'examen fondé sur l'article premier et ne constitue donc pas une limite dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ma conclusion repose sur mon avis que c'est la combinaison de la protection insuffisante du secret professionnel de l'avocat et des aspects du régime relatifs à la cueillette et à la conservation de renseignements qui se traduit par la violation de l'art. 7.

(4) Conclusion

[115] Je suis d'accord avec la décision de la juge de première instance que les art. 33.3, 33.4, 33.5 et 59.4 du Règlement sont inopérants et que l'art. 11.1 du Règlement doit recevoir une interprétation atténuée pour qu'il ne s'applique pas aux documents en la possession d'un conseiller juridique ou se trouvant dans un cabinet d'avocats.

IV. Dispositif

[116] Pour résumer, j'estime que les dispositions de la Loi en matière de fouille et de perquisition violent l'art. 8 de la *Charte* et que les dispositions relatives à la cueillette et à la conservation de renseignements, combinées à celles applicables aux fouilles et aux perquisitions, contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Les alinéas 5*i*) et 5*j*) de la Loi prévoient que la partie 1 de la Loi s'applique aux personnes et aux entités visées par le Règlement et, à mon avis, ils ne violent pas à eux seuls l'art. 7 ou l'art. 8 de la *Charte*.

[117] I would allow the appeal in part with costs of the appeal and the proceedings below to the Federation. I would set aside that part of the application judge's order declaring that ss. 5(i) and 5(j) of the Act are inconsistent with the Constitution of Canada and are of no force and effect to the extent that the reference in those subsections to "persons and entities" includes legal counsel and law firms. I would strike ss. 5(i) and 5(j) from that part of her order declaring that ss. 5(i), 5(j), 62, 63 and 63.1 of the Act are read down to exclude legal counsel and law firms from the operation of those sections. I would otherwise dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 5(i), 5(j), 62, 63, 63.1 or 64 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to ss. 62, 63, 63.1 and 64 of the Act, it is not necessary to answer this question given the answer to question 5. With respect to ss. 5(i) and 5(j) of the Act, the answer is no.

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

3. Do ss. 11.1, 33.3, 33.4 or 59.4 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: With respect to s. 11.1 of the Regulations, to the extent that it applies to legal counsel and legal firms, the answer is yes. With respect to ss. 33.3, 33.4 and 59.4 of the Regulations, the answer is yes.

[117] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'accorder à la Fédération ses dépens relatifs au présent pourvoi et aux procédures devant les juridictions inférieures. J'annulerais la partie de l'ordonnance où la juge de première instance déclare les al. 5i) et 5j) de la Loi incompatibles avec la Constitution du Canada et inopérants dans la mesure où les « personnes et les entités » mentionnées à ces alinéas comprennent les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats. Je retirerais les al. 5i) et 5j) de la partie de l'ordonnance donnant à ces alinéas de même qu'aux art. 62, 63 et 63.1 de la Loi une interprétation atténuée pour soustraire à leur application les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats. Pour le reste, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Les alinéas 5i) et 5j) et les art. 62, 63, 63.1 ou 64 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, violent-ils l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : En ce qui concerne les art. 62, 63, 63.1 et 64 de la Loi, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question compte tenu de la réponse donnée à la question 5. En ce qui concerne les al. 5i) et 5j) de la Loi, la réponse est non.

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Les articles 11.1, 33.3, 33.4 ou 59.4 du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, violent-ils l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : En ce qui concerne l'art. 11.1 du Règlement, dans la mesure où il s'applique aux conseillers juridiques et aux cabinets d'avocats, la réponse est oui. En ce qui concerne les art. 33.3, 33.4 et 59.4 du Règlement, la réponse est oui.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 5(i), 5(j), 62, 63, 63.1 or 64 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: To the extent that ss. 62, 63 and 63.1 of the Act apply to documents in the possession of legal counsel and legal firms, the answer is yes. With respect to s. 64, the answer is yes. With respect to ss. 5(i) and 5(j), the answer is no.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 11.1, 33.3, 33.4 or 59.4 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations*, SOR/2002-184, infringe s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

[118] THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J. — We have read the decision of Cromwell J. and we

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les alinéas 5*i*) et 5*j*) et les art. 62, 63, 63.1 ou 64 de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, c. 17, violent-ils l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Dans la mesure où les art. 62, 63 et 63.1 de la Loi s'appliquent aux documents se trouvant en la possession d'un conseiller juridique ou d'un cabinet d'avocats, la réponse est oui. En ce qui concerne l'art. 64, la réponse est oui. En ce qui concerne les al. 5*i*) et 5*j*), la réponse est non.

6. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 11.1, 33.3, 33.4 ou 59.4 du *Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, DORS/2002-184, violent-ils l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

8. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

[118] LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER — Nous avons pris connaissance de la décision du

agree with his reasons insofar as they relate to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[119] However, we respectfully disagree with the approach taken by our colleague in his analysis of s. 7 of the *Charter*. To the extent that the s. 7 interests of the lawyer are engaged, we do not share our colleague's view that the principle of fundamental justice that would be offended is the lawyer's commitment to the client's cause. In our view, this "principle" lacks sufficient certainty to constitute a principle of fundamental justice: see *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 113. The lawyer's commitment to the client's interest will vary with the nature of the retainer between the lawyer and client, as well as with other circumstances. It does not, in our respectful opinion, provide a workable constitutional standard.

[120] Rather, we are inclined to the view that the s. 7 analysis would be better resolved relying on the principle of fundamental justice which recognizes that the lawyer is required to keep the client's confidences — solicitor-client privilege. This duty, as our colleague explains in his discussion of s. 8, has already been recognized as a constitutional norm. We note that in applying the norm of commitment to the client's cause, our colleague relies on breach of solicitor-client privilege. In our view, breach of this principle is sufficient to establish that the potential deprivation of liberty would violate s. 7.

[121] For these reasons, we would allow the appeal in part in accordance with the disposition of our colleague.

## APPENDIX

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17

2. The definitions in this section apply in this Act.

juge Cromwell et nous faisons nôtres ses motifs portant sur l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[119] Toutefois, nous sommes en désaccord avec la manière dont notre collègue analyse l'art. 7 de la *Charte*. Dans la mesure où les droits garantis à l'avocat par l'art. 7 entrent en jeu, nous ne partageons pas l'avis de notre collègue que le principe de justice fondamentale auquel il serait contrevenu est le dévouement de l'avocat à la cause du client. Nous estimons que ce « principe » n'est pas suffisamment certain pour constituer un principe de justice fondamentale (voir *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 113). Le dévouement de l'avocat à l'intérêt du client varie selon la nature du mandat conclu entre eux ainsi que d'autres facteurs. À notre humble avis, ce dévouement ne fournit pas une norme constitutionnelle pratique.

[120] Nous sommes plutôt enclins à penser qu'il vaudrait mieux résoudre l'analyse relative à l'art. 7 sur la base du principe de justice fondamentale qui reconnaît l'obligation de l'avocat de garder secrètes les confidences du client, soit le secret professionnel de l'avocat. Comme l'explique notre collègue dans son examen de l'art. 8, ce devoir a déjà été reconnu comme une norme constitutionnelle. Signalons qu'en appliquant la norme du dévouement à la cause du client, notre collègue se fonde sur une violation du secret professionnel de l'avocat. Selon nous, la transgression de ce principe suffit pour établir que la privation potentielle de liberté violerait l'art. 7.

[121] Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi en partie conformément au dispositif de notre collègue.

## ANNEXE

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“legal counsel” means, in Quebec, an advocate or a notary and, in any other province, a barrister or solicitor. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1862, eff. June 18, 2014]

« conseiller juridique » Un avocat et, au Québec, un avocat ou un notaire [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1862, entré en vigueur le 18 juin 2014]

### 3. The object of this Act is

(a) to implement specific measures to detect and deter money laundering and the financing of terrorist activities and to facilitate the investigation and prosecution of money laundering offences and terrorist activity financing offences, including

(i) establishing record keeping and client identification requirements for financial services providers and other persons or entities that engage in businesses, professions or activities that are susceptible to being used for money laundering or the financing of terrorist activities,

(ii) requiring the reporting of suspicious financial transactions and of cross-border movements of currency and monetary instruments, and

(iii) establishing an agency that is responsible for ensuring compliance with Parts 1 and 1.1 and for dealing with reported and other information;

(b) to respond to the threat posed by organized crime by providing law enforcement officials with the information they need to deprive criminals of the proceeds of their criminal activities, while ensuring that appropriate safeguards are put in place to protect the privacy of persons with respect to personal information about themselves;

(c) to assist in fulfilling Canada’s international commitments to participate in the fight against transnational crime, particularly money laundering, and the fight against terrorist activity; and

(d) to enhance Canada’s capacity to take targeted measures to protect its financial system and to facilitate Canada’s efforts to mitigate the risk that its financial system could be used as a vehicle for money

### 3. La présente loi a pour objet :

a) de mettre en œuvre des mesures visant à détecter et décourager le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes et à faciliter les enquêtes et les poursuites relatives aux infractions de recyclage des produits de la criminalité et aux infractions de financement des activités terroristes, notamment :

(i) imposer des obligations de tenue de documents et d’identification des clients aux fournisseurs de services financiers et autres personnes ou entités qui se livrent à l’exploitation d’une entreprise ou à l’exercice d’une profession ou d’activités susceptibles d’être utilisées pour le recyclage des produits de la criminalité ou pour le financement des activités terroristes,

(ii) établir un régime de déclaration obligatoire des opérations financières douteuses et des mouvements transfrontaliers d’espèces et d’effets,

(iii) constituer un organisme chargé du contrôle d’application des parties 1 et 1.1 et de l’examen de renseignements, notamment ceux portés à son attention au titre du sous-alinéa (ii);

b) de combattre le crime organisé en fournissant aux responsables de l’application de la loi les renseignements leur permettant de priver les criminels du produit de leurs activités illicites, tout en assurant la mise en place des garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes à l’égard des renseignements personnels les concernant;

c) d’aider le Canada à remplir ses engagements internationaux dans la lutte contre le crime transnational, particulièrement le recyclage des produits de la criminalité, et la lutte contre les activités terroristes.

d) de renforcer la capacité du Canada de prendre des mesures ciblées pour protéger son système financier et de faciliter les efforts qu’il déploie pour réduire le risque que ce système puisse servir de véhicule pour

laundering and the financing of terrorist activities. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1863, eff. June 18, 2014; am. S.C. 2014, c. 20, s. 255, eff. June 19, 2014]

**5.** This Part applies to the following persons and entities:

(i) persons and entities engaged in a business, profession or activity described in regulations made under paragraph 73(1)(a);

(j) persons and entities engaged in a business or profession described in regulations made under paragraph 73(1)(b), while carrying out the activities described in the regulations;

**6.** Every person or entity referred to in section 5 shall keep and retain prescribed records in accordance with the regulations.

**6.1** Every person or entity referred to in section 5 shall verify, in the prescribed circumstances and in accordance with the regulations, the identity of any person or entity.

**7.** Subject to section 10.1, every person or entity referred to in section 5 shall report to the Centre, in the prescribed form and manner, every financial transaction that occurs or that is attempted in the course of their activities and in respect of which there are reasonable grounds to suspect that

(a) the transaction is related to the commission or the attempted commission of a money laundering offence; or

(b) the transaction is related to the commission or the attempted commission of a terrorist activity financing offence.

**9.** (1) Subject to section 10.1, every person or entity referred to in section 5 shall report to the Centre, in the prescribed form and manner,

le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1863, entré en vigueur le 18 juin 2014; mod. par L.C. 2014, c. 20, art. 255, entré en vigueur le 19 juin 2014]

**5.** La présente partie s'applique aux personnes et entités suivantes :

i) les personnes et les entités qui se livrent à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession ou d'activités visées par un règlement pris en vertu de l'alinéa 73(1)a);

j) les personnes et les entités qui se livrent à l'exploitation d'une entreprise ou à l'exercice d'une profession visées par un règlement pris en vertu de l'alinéa 73(1)b) lorsqu'elles exercent les activités mentionnées aux règlements;

**6.** Il incombe à toute personne ou entité visée à l'article 5 de tenir et de conserver, conformément aux règlements, les documents prévus par règlement.

**6.1** Il incombe à toute personne ou entité visée à l'article 5 de vérifier, dans les cas prévus par les règlements et en conformité avec ceux-ci, l'identité de toute personne ou entité.

**7.** Il incombe, sous réserve de l'article 10.1, à toute personne ou entité visée à l'article 5 de déclarer au Centre, selon les modalités réglementaires, toute opération financière qu'on a effectuée ou tentée dans le cours de ses activités et à l'égard de laquelle il y a des motifs raisonnables de soupçonner qu'elle est liée à la pétration — réelle ou tentée —, selon le cas :

a) d'une infraction de recyclage des produits de la criminalité;

b) d'une infraction de financement des activités terroristes.

**9.** (1) Il incombe, sous réserve de l'article 10.1, à toute personne ou entité visée à l'article 5 de déclarer au Centre, selon les modalités réglementaires :

(a) any financial transaction, or any financial transaction within a class of financial transactions, specified in a directive issued under Part 1.1 that occurs or that is attempted in the course of their activities; and

(b) any prescribed financial transaction that occurs in the course of their activities.

(2) Subsection (1) does not apply to prescribed persons or entities, or prescribed classes of persons or entities, in respect of prescribed transactions, classes of transactions, clients or classes of clients, if the prescribed conditions are met.

(3) Every person or entity referred to in section 5 shall establish and maintain a list, in the prescribed form and manner, of their clients in respect of whom a report would have been required under subsection (1) were it not for subsection (2). However, a person or an entity may choose to report a client's transactions under subsection (1) instead of maintaining the list in respect of that client. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1864, eff. June 18, 2014]

**9.1** Subject to section 9, every person or entity that is required to make a report to the Centre under an Act of Parliament or any regulations under it shall make it in the form and manner prescribed under this Act for a report under that Act.

**9.6 (1)** Every person or entity referred to in section 5 shall establish and implement, in accordance with the regulations, a program intended to ensure their compliance with this Part and Part 1.1.

(2) The program shall include the development and application of policies and procedures for the person or entity to assess, in the course of their activities, the risk of a money laundering offence or a terrorist activity financing offence.

(3) If the person or entity considers that the risk referred to in subsection (2) is high, the person or entity shall take prescribed special measures for identifying clients, keeping records and monitoring financial transactions in respect of the activities that pose the high risk. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1865, eff. June 18, 2014]

**10.1** Sections 7 and 9 do not apply to persons or entities referred to in paragraph 5(i) or (j) who are, as the

a) les opérations financières — ou les opérations financières faisant partie d'une catégorie d'opérations financières — précisées dans les directives prévues par la partie 1.1 qui sont effectuées ou tentées dans le cours de ses activités;

b) les opérations financières visées par règlement qui sont effectuées dans le cours de ses activités.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas aux personnes ou entités — ou aux catégories de personnes ou entités — visées par règlement à l'égard d'opérations, de catégories d'opérations, de clients ou de catégories de clients visés par règlement, si les conditions réglementaires sont remplies.

(3) Il incombe à toute personne ou entité visée à l'article 5 de dresser et de maintenir, selon les modalités réglementaires, une liste des clients à l'égard desquels elle aurait été tenue, n'était le paragraphe (2), de faire une déclaration en application du paragraphe (1). Néanmoins, elle peut choisir de se conformer au paragraphe (1) à l'égard d'un client au lieu d'inscrire celui-ci sur une telle liste. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1864, entré en vigueur le 18 juin 2014]

**9.1** Sous réserve de l'article 9, il incombe à toute personne ou entité qui est tenue de faire une déclaration au Centre sous le régime d'une loi fédérale de la faire selon les modalités réglementaires prescrites pour cette loi.

**9.6 (1)** Il incombe à toute personne ou entité visée à l'article 5 d'établir et de mettre en œuvre, en conformité avec les règlements, un programme destiné à assurer l'observation de la présente partie et de la partie 1.1.

(2) Le programme doit notamment prévoir l'élaboration et la mise en application de principes et de mesures permettant à la personne ou à l'entité d'évaluer, dans le cours de ses activités, les risques de perpétration d'infractions de recyclage des produits de la criminalité et d'infractions de financement des activités terroristes.

(3) Si elle estime que les risques visés au paragraphe (2) sont élevés, la personne ou entité prend, relativement aux activités en cause, les mesures spéciales réglementaires relatives à l'identification des clients, à la tenue des documents et au contrôle des opérations financières. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1865, entré en vigueur le 18 juin 2014]

**10.1** Les articles 7 et 9 ne s'appliquent pas aux personnes ni aux entités visées aux alinéas 5*i*) ou *j*) qui



case may be, legal counsel or legal firms, when they are providing legal services.

**62.** (1) An authorized person may, from time to time, examine the records and inquire into the business and affairs of any person or entity referred to in section 5 for the purpose of ensuring compliance with Part 1 or 1.1, and for that purpose may

(a) at any reasonable time, enter any premises, other than a dwelling-house, in which the authorized person believes, on reasonable grounds, that there are records relevant to ensuring compliance with Part 1 or 1.1;

(b) use or cause to be used any computer system or data processing system in the premises to examine any data contained in or available to the system;

(c) reproduce any record, or cause it to be reproduced from the data, in the form of a printout or other intelligible output and remove the printout or other output for examination or copying; and

(d) use or cause to be used any copying equipment in the premises to make copies of any record.

(2) The owner or person in charge of premises referred to in subsection (1) and every person found there shall give the authorized person all reasonable assistance to enable them to carry out their responsibilities and shall furnish them with any information with respect to the administration of Part 1 or 1.1 or the regulations under it that they may reasonably require. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1882, eff. June 18, 2014]

**63.** (1) If the premises referred to in subsection 62(1) is a dwelling-house, the authorized person may not enter it without the consent of the occupant except under the authority of a warrant issued under subsection (2).

(2) A justice of the peace may issue a warrant authorizing the authorized person to enter a dwelling-house, subject to any conditions that may be specified in the warrant, if on *ex parte* application the justice is satisfied by information on oath that

(a) there are reasonable grounds to believe that there are in the premises records relevant to ensuring compliance with Part 1 or 1.1;

sont, selon le cas, des conseillers juridiques ou des cabinets juridiques, lorsqu'elles fournissent des services juridiques.

**62.** (1) La personne autorisée peut, à l'occasion, examiner les documents et les activités des personnes ou entités visées à l'article 5 afin de procéder à des contrôles d'application de la partie 1 ou 1.1 et, à cette fin, elle peut :

a) pénétrer à toute heure convenable dans tout local, autre qu'une habitation, lorsqu'elle a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent des documents utiles à l'application de la partie 1 ou 1.1;

b) avoir recours à tout système informatique se trouvant dans le local pour vérifier les données qu'il contient ou auxquelles il donne accès;

c) à partir de ces données, reproduire ou faire reproduire tout document sous forme d'imprimé ou toute autre forme intelligible qu'elle peut emporter pour examen ou reproduction;

d) utiliser ou faire utiliser les appareils de reprographie se trouvant sur place pour faire des copies de tout document.

(2) L'exploitant du local visité, ainsi que quiconque s'y trouve, est tenu de prêter à la personne autorisée toute l'assistance possible dans l'exercice de ses fonctions et lui donner les renseignements qu'elle peut valablement exiger quant à l'application de la partie 1 ou 1.1 ou de ses règlements. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1882, entré en vigueur le 18 juin 2014]

**63.** (1) Dans le cas d'une habitation, toutefois, la personne autorisée ne peut procéder à la visite sans l'autorisation de l'occupant que si elle est munie du mandat prévu au paragraphe (2).

(2) Sur demande *ex parte*, le juge de paix peut délivrer un mandat autorisant, sous réserve des conditions éventuellement fixées, la personne autorisée à procéder à la visite d'une habitation s'il est convaincu, sur la foi d'une dénonciation sous serment, que sont réunies les conditions suivantes :

a) il y a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent des documents utiles pour l'application de la partie 1 ou 1.1;

(b) entry to the dwelling-house is necessary for any purpose that relates to ensuring compliance with Part 1 or 1.1; and

(c) entry to the dwelling-house has been refused or there are reasonable grounds for believing that entry will be refused.

(3) For greater certainty, an authorized person who enters a dwelling-house under authority of a warrant may enter only a room or part of a room in which the person believes on reasonable grounds that a person or an entity referred to in section 5 is carrying on its business, profession or activity. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1882, eff. June 18, 2014]

**63.1** (1) For an examination under subsection 62(1), an authorized person may also serve notice to require that the person or entity provide, at the place and in accordance with the time and manner stipulated in the notice, any document or other information relevant to the administration of Part 1 or 1.1 in the form of electronic data, a printout or other intelligible output.

(2) The person or entity on whom the notice is served shall provide, in accordance with the notice, the documents or other information with respect to the administration of Part 1 or 1.1 that the authorized person may reasonably require. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1882, eff. June 18, 2014]

**64.** (1) In this section, “judge” means a judge of a superior court having jurisdiction in the province where the matter arises or a judge of the Federal Court.

(2) If an authorized person acting under section 62, 63 or 63.1 is about to examine or copy a document in the possession of a legal counsel who claims that a named client or former client of the legal counsel has a solicitor-client privilege in respect of the document, the authorized person shall not examine or make copies of the document.

(3) A legal counsel who claims privilege under subsection (2) shall

(a) place the document, together with any other document in respect of which the legal counsel at the same time makes the same claim on behalf of the same client, in a package and suitably seal and identify the package or, if the authorized person and the legal counsel agree,

b) la visite est nécessaire pour l’application de la partie 1 ou 1.1;

c) un refus a été opposé à la visite ou il y a des motifs raisonnables de croire que tel sera le cas.

(3) Il est entendu que, lors de la visite d’une habitation, la personne autorisée ne peut visiter que les parties d’une pièce où, à son avis, fondé sur des motifs raisonnables, la personne ou l’entité visée à l’article 5 exploite son entreprise ou exerce sa profession ou son activité. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1882, entré en vigueur le 18 juin 2014]

**63.1** (1) La personne autorisée peut en outre, dans le cadre d’un examen visé au paragraphe 62(1), par avis signifié, exiger de la personne ou entité qu’elle fournisse, au lieu et selon les modalités de temps ou autres qui sont précisés dans l’avis, tout document ou autre information utile à l’application de la partie 1 ou 1.1, sous forme de données électroniques ou d’imprimé, ou sous toute autre forme intelligible.

(2) La personne ou l’entité à qui l’avis est signifié doit fournir, en conformité avec celui-ci, les documents ou autre information que la personne autorisée peut valablement exiger quant à l’application de la partie 1 ou 1.1. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1882, entré en vigueur le 18 juin 2014]

**64.** (1) Au présent article, « juge » s’entend d’un juge d’une cour supérieure compétente de la province où l’affaire prend naissance ou d’un juge de la Cour fédérale.

(2) Il est interdit à la personne autorisée d’examiner ou reproduire un document se trouvant en la possession d’un conseiller juridique et à l’égard duquel celui-ci fait valoir le secret professionnel le liant à un client actuel ou antérieur, nommément désigné.

(3) Le conseiller juridique qui fait valoir le secret professionnel en vertu du paragraphe (2) doit :

a) d’une part, mettre sous scellés le document ainsi que tout autre document pour lequel il fait valoir, en même temps, le secret professionnel au nom du même client, bien sceller et marquer le tout, ou, si la personne autorisée et le conseiller juridique en conviennent,

allow the pages of the document to be initialled and numbered or otherwise suitably identified; and

(b) retain it and ensure that it is preserved until it is produced to a judge as required under this section and an order is issued under this section in respect of the document.

(4) If a document has been retained under subsection (3), the client or the legal counsel on behalf of the client may

(a) within 14 days after the day the document was begun to be so retained, apply, on three days notice of motion to the Deputy Attorney General of Canada, to a judge for an order

(i) fixing a day, not later than 21 days after the date of the order, and a place for the determination of the question whether the client has solicitor-client privilege in respect of the document, and

(ii) requiring the production of the document to the judge at that time and place;

(b) serve a copy of the order on the Deputy Attorney General of Canada; and

(c) if the client or legal counsel has served a copy of the order under paragraph (b), apply at the appointed time and place for an order determining the question.

(5) An application under paragraph (4)(c) shall be heard in private and, on the application, the judge

(a) may, if the judge considers it necessary to determine the question, inspect the document and, if the judge does so, the judge shall ensure that it is re-packaged and resealed;

(b) shall decide the question summarily and

(i) if the judge is of the opinion that the client has a solicitor-client privilege in respect of the document, order the release of the document to the legal counsel, or

(ii) if the judge is of the opinion that the client does not have a solicitor-client privilege in respect of the document, order that the legal counsel make the document available for examination or copying by the authorized person; and

faire en sorte que les pages du document soient paraphées et numérotées ou autrement bien marquées;

b) d'autre part, retenir le document et veiller à sa conservation jusqu'à ce que, conformément au présent article, le document soit produit devant un juge et une ordonnance rendue concernant le document.

(4) Lorsqu'un document a été placé sous scellés conformément au paragraphe (3), le client ou le conseiller juridique, au nom de celui-ci, peut :

a) dans un délai de quatorze jours à compter de la date où le document a été placé sous scellés, demander à un juge, moyennant un avis de présentation de trois jours adressé au sous-procureur général du Canada, de rendre une ordonnance :

(i) fixant une date, au plus tard vingt et un jours après la date de l'ordonnance, et un lieu, où sera tranchée la question de savoir si le client bénéficie du secret professionnel du conseiller juridique en ce qui concerne le document,

(ii) exigeant, en outre, la présentation du document au juge au moment et au lieu fixés;

b) faire signifier une copie de l'ordonnance au sous-procureur général du Canada;

c) s'il a effectué la signification conformément à l'alinéa b), demander, au moment et au lieu fixés, une ordonnance qui tranche la question.

(5) La demande prévue à l'alinéa (4)c) doit être entendue à huis clos et le juge qui en est saisi :

a) peut examiner le document, s'il l'estime nécessaire pour statuer sur la question; dans ce cas, il veille ensuite à ce que le document soit remis sous scellés;

b) statue sur la question de façon sommaire et, selon le cas :

(i) il ordonne la restitution du document au conseiller juridique s'il est d'avis que le client bénéficie du secret professionnel du conseiller juridique en ce qui concerne le document,

(ii) il ordonne au conseiller juridique de permettre à la personne autorisée d'examiner ou de reproduire le document, dans le cas contraire;

(c) at the same time as making an order under paragraph (b), deliver concise reasons that identify the document without divulging the details of it.

(6) If a document is being retained under subsection (3) and a judge, on the application of the Attorney General of Canada, is satisfied that no application has been made under paragraph (4)(a) or that after having made that application no further application has been made under paragraph (4)(c), the judge shall order that the legal counsel make the document available for examination or copying by the authorized person.

(7) If the judge to whom an application has been made under paragraph (4)(a) cannot act or continue to act in the application under paragraph (4)(c) for any reason, the application under paragraph (4)(c) may be made to another judge.

(8) No costs may be awarded on the disposition of an application under this section.

(9) The authorized person shall not examine or make copies of any document without giving a reasonable opportunity for a claim of solicitor-client privilege to be made under subsection (2).

(9.1) The authorized person shall not examine or make copies of a document in the possession of a person, not being a legal counsel, who contends that a claim of solicitor-client privilege may be made in respect of the document by a legal counsel, without giving that person a reasonable opportunity to contact that legal counsel to enable a claim of solicitor-client privilege to be made.

(10) If a legal counsel has made a claim that a named client or former client of the legal counsel has a solicitor-client privilege in respect of a document, the legal counsel shall at the same time communicate to the authorized person the client's latest known address so that the authorized person may endeavour to advise the client of the claim of privilege that has been made on their behalf and may by doing so give the client an opportunity, if it is practicable within the time limited by this section, to waive the privilege before the matter is to be decided by a judge.

**65.** (1) The Centre may disclose to the appropriate law enforcement agencies any information of which it

c) motive brièvement sa décision en indiquant de quel document il s'agit sans en révéler les détails.

(6) En cas de mise sous scellés d'un document en vertu du paragraphe (3) et, s'il est convaincu, sur requête du procureur général du Canada, que ni le client ni le conseiller juridique n'a présenté de demande en vertu de l'alinéa (4)a) ou que, en ayant présenté une, ni l'un ni l'autre n'a présenté de demande en vertu de l'alinéa (4)c), le juge saisi ordonne au conseiller juridique de permettre à la personne autorisée d'examiner ou de reproduire le document.

(7) Lorsque, pour quelque motif, le juge saisi d'une demande visée à l'alinéa (4)a) ne peut instruire ou continuer d'instruire la demande visée à l'alinéa (4)c), un autre juge peut être saisi de cette dernière.

(8) Il ne peut être adjugé de dépens pour la présentation d'une demande fondée sur le présent article.

(9) La personne autorisée ne doit examiner ou reproduire aucun document sans donner aux intéressés une occasion raisonnable de faire valoir le secret professionnel du conseiller juridique en vertu du paragraphe (2).

(9.1) Il est interdit à la personne autorisée d'examiner ou de reproduire un document en la possession d'une personne qui n'est pas un conseiller juridique mais qui soutient que le document pourrait être visé par le secret professionnel sans donner à celle-ci une occasion raisonnable de communiquer avec le conseiller juridique visé afin que celui-ci puisse faire valoir le secret professionnel.

(10) Le conseiller juridique qui fait valoir au nom d'un client actuel ou antérieur, nommément désigné, le secret professionnel du conseiller juridique en ce qui concerne un document doit en même temps communiquer la dernière adresse connue de ce client à la personne autorisée, afin que celle-ci puisse, d'une part, chercher à informer le client du secret professionnel qui est invoqué en son nom et, d'autre part, lui donner l'occasion, si la chose est matériellement possible dans le délai mentionné au présent article, de renoncer à faire valoir le secret professionnel avant que la question ne soit soumise à la décision d'un juge.

**65.** (1) Le Centre peut communiquer aux organismes compétents chargés de l'application de la loi tout

becomes aware under subsection (4) or section 62, 63 or 63.1 and that it suspects on reasonable grounds would be relevant to investigating or prosecuting an offence under this Act arising out of a contravention of Part 1 or 1.1.

(2) For the purpose of ensuring compliance with Part 1 or 1.1, the Centre may disclose to or receive from any agency or body that regulates or supervises persons or entities to whom Part 1 or 1.1 applies information relating to the compliance of those persons or entities with that Part.

(3) Any information disclosed by the Centre under subsection (1) may be used by an agency referred to in that subsection only as evidence of a contravention of Part 1 or 1.1, and any information disclosed by the Centre under subsection (2) may be used by an agency or body referred to in subsection (2) only for purposes relating to compliance with Part 1 or 1.1.

(4) For the purpose of ensuring compliance with Parts 1 and 1.1, the Centre shall receive information voluntarily provided to it by a person or entity — other than an agency or body referred to in subsection (2) — relating to the compliance with Part 1 or 1.1 of persons or entities referred to in section 5. [am. S.C. 2010, c. 12, s. 1882, eff. June 18, 2014; am. S.C. 2014, c. 20, s. 287, eff. June 19, 2014]

**65.1** (1) The Centre may enter into an agreement or arrangement, in writing, with an institution or agency of a foreign state that has powers and duties, similar to those of the Centre, with respect to verifying compliance with requirements to identify persons or entities, keep and retain records or make reports, or with an international organization made up of such institutions or agencies and established by the governments of states, that stipulates

(a) that the Centre and the institution, agency or organization may exchange information about the compliance of persons and entities with those requirements and about the assessment of risk related to their compliance;

(b) that the information may only be used for purposes relevant to ensuring compliance with the requirements and to assessing risk related to compliance; and

renseignement dont il prend connaissance au titre du paragraphe (4) ou des articles 62, 63 ou 63.1 et qu'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, seraient utiles aux fins d'enquête ou de poursuite relativement à une infraction prévue par la présente loi qui est liée à une contravention aux parties 1 ou 1.1.

(2) Afin d'assurer l'observation de la partie 1 ou 1.1, le Centre peut communiquer à tout organisme qui réglemente ou supervise des personnes ou entités assujetties à cette partie ou recevoir d'un tel organisme des renseignements relatifs à l'observation de cette partie par ces personnes ou entités.

(3) Les renseignements communiqués par le Centre au titre du paragraphe (1) ne peuvent être utilisés par un organisme visé à ce paragraphe qu'à titre de preuve de la contravention aux parties 1 ou 1.1 et les renseignements communiqués par le Centre au titre du paragraphe (2) ne peuvent être utilisés par un organisme visé à ce paragraphe qu'à des fins relatives à l'observation de ces parties.

(4) Afin d'assurer l'observation des parties 1 et 1.1, le Centre reçoit tout renseignement qui lui est communiqué volontairement par une personne ou entité — à l'exception des organismes visés au paragraphe (2) — et qui se rapporte à l'observation de l'une ou l'autre de ces parties par les personnes et entités visées à l'article 5. [mod. par L.C. 2010, c. 12, art. 1882, entré en vigueur le 18 juin 2014; mod. par L.C. 2014, c. 20, art. 287, entré en vigueur le 19 juin 2014]

**65.1** (1) Le Centre peut conclure avec tout organisme d'un État étranger ayant des attributions similaires aux siennes concernant la vérification de la conformité aux obligations portant sur l'identification de personnes ou d'entités, la tenue et la conservation de documents ou la production de déclarations ou avec toute organisation internationale regroupant de tels organismes, créée par les gouvernements de divers États, un accord écrit stipulant :

a) que le Centre peut échanger avec cet organisme ou cette organisation des renseignements relatifs au respect par une personne ou une entité de ces obligations et relatifs à l'évaluation des risques liés au respect de ces obligations;

b) que les renseignements doivent être utilisés uniquement en vue d'assurer la conformité à ces obligations et d'évaluer les risques liés au respect de ces obligations;

(c) that the information will be treated in a confidential manner and not be further disclosed without the express consent of the Centre.

(2) The Centre may, in accordance with the agreement or arrangement, provide the institution, agency or organization with information referred to in the agreement or arrangement.

(3) When the Centre receives information from an institution, agency or organization under an agreement or arrangement, the Centre may provide it with an evaluation of whether the information is useful to the Centre.

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002-184*

1. . . .

(2) The following definitions apply in these Regulations.

. . . .

“receipt of funds record” means, in respect of a transaction in which an amount of funds is received, a record that contains the following information:

(a) if the information is not readily obtainable from other records that the recipient keeps and retains under these Regulations, the name of the person or entity from whom the amount is in fact received and

(i) where the amount is received from a person, their address and date of birth and the nature of their principal business or their occupation, and

(ii) where the amount is received from an entity, their address and the nature of their principal business;

(b) the date of the transaction;

(c) the number of any account that is affected by the transaction, and the type of that account, the full name of the person or entity that is the account holder and the currency in which the transaction is conducted;

(d) the purpose and details of the transaction, including other persons or entities involved and the type and form of the transaction;

c) que les renseignements seront traités de manière confidentielle et ne seront pas autrement communiqués sans le consentement exprès du Centre.

(2) Il peut communiquer à l’organisme ou à l’organisation, en conformité avec l’accord, les renseignements qui y sont visés.

(3) Il peut fournir à l’organisme ou à l’organisation lui ayant communiqué des renseignements au titre de l’accord une évaluation de leur utilité pour lui.

*Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, DORS/2002-184*

1. . . .

(2) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

. . . .

« relevé de réception de fonds » Document comportant, à l’égard de la réception de fonds dans le cadre d’une opération, les renseignements suivants :

a) s’ils ne peuvent être facilement obtenus d’autres documents tenus et conservés en application du présent règlement par le destinataire, le nom de la personne ou de l’entité qui remet de fait la somme, ainsi que les renseignements suivants :

(i) s’il s’agit d’une somme reçue d’une personne, son adresse, sa date de naissance et la nature de son entreprise principale ou sa profession,

(ii) s’il s’agit d’une somme reçue d’une entité, son adresse et la nature de son entreprise principale;

b) la date de l’opération;

c) pour chaque compte touché par l’opération, le numéro du compte, le type de compte, le nom au complet de chaque titulaire du compte et la devise dans laquelle l’opération est effectuée;

d) le détail de l’opération et son objet, notamment le nom des autres personnes ou entités en cause et le type et le mode d’opération;

(e) if the funds are received in cash, whether the cash is received by armoured car, in person, by mail or in any other way; and

(f) the amount and currency of the funds received.

**11.1** (1) Every financial entity or securities dealer that is required to confirm the existence of an entity in accordance with these Regulations when it opens an account in respect of that entity, every life insurance company, life insurance broker or agent or legal counsel or legal firm that is required to confirm the existence of an entity in accordance with these Regulations and every money services business that is required to confirm the existence of an entity in accordance with these Regulations when it enters into an ongoing electronic funds transfer, fund remittance or foreign exchange service agreement with that entity, or a service agreement for the issuance or redemption of money orders, traveller's cheques or other similar negotiable instruments, shall, at the time the existence of the entity is confirmed, obtain the following information:

(a) in the case of a corporation, the names of all directors of the corporation and the names and addresses of all persons who own or control, directly or indirectly, 25 per cent or more of the shares of the corporation;

(b) in the case of a trust, the names and addresses of all trustees and all known beneficiaries and settlors of the trust;

(c) in the case of an entity other than a corporation or trust, the names and addresses of all persons who own or control, directly or indirectly, 25 per cent or more of the entity; and

(d) in all cases, information establishing the ownership, control and structure of the entity.

(2) Every person or entity that is subject to subsection (1) shall take reasonable measures to confirm the accuracy of the information obtained under that subsection.

(3) The person or entity shall keep a record that sets out the information obtained and the measures taken to confirm the accuracy of that information.

e) si les fonds sont reçus en espèces, la manière dont ils sont reçus, notamment par véhicule blindé, en personne ou par courrier;

f) le montant total de la somme reçue et la devise en cause.

**11.1** (1) Toute entité financière ou tout courtier en valeurs mobilières tenu de vérifier l'existence d'une entité conformément au présent règlement lorsqu'il ouvre un compte au nom de cette entité, toute société d'assurance-vie ou tout représentant d'assurance-vie ou tout conseiller juridique ou cabinet d'avocats tenu de vérifier l'existence d'une entité conformément au présent règlement et toute entreprise de transfert de fonds ou de vente de titres négociables tenue de vérifier l'existence d'une entité conformément au présent règlement lorsqu'elle conclut un accord de relation commerciale suivie avec cette entité pour le télévirement, la remise de fonds ou des opérations de change, ou un accord de relation commerciale pour l'émission ou le rachat de mandats-poste, chèques de voyage ou autres titres négociables semblables, doit, au moment de la vérification, obtenir les renseignements suivants à l'égard de cette entité :

a) s'agissant d'une personne morale, le nom de tous ses administrateurs de même que les nom et adresse de toutes les personnes qui détiennent ou contrôlent, directement ou indirectement, au moins vingt-cinq pour cent de ses actions;

b) s'agissant d'une fiducie, les nom et adresse de tous ses bénéficiaires et ses constituants connus de même que de tous ses fiduciaires;

c) s'agissant d'une entité autre qu'une personne morale ou une fiducie, les nom et adresse de toutes les personnes qui en détiennent ou contrôlent, directement ou indirectement, au moins vingt-cinq pour cent;

d) dans tous les cas, les renseignements permettant d'établir la propriété, le contrôle et la structure de l'entité.

(2) Toute personne ou entité assujettie au paragraphe (1) prend des mesures raisonnables pour confirmer l'exactitude des renseignements obtenus au titre de ce paragraphe.

(3) La personne ou l'entité conserve un document faisant état des renseignements obtenus et des mesures prises pour en confirmer l'exactitude.

(4) If the person or entity is not able to obtain the information referred to in subsection (1) or to confirm that information in accordance with subsection (2), the person or entity shall

(a) take reasonable measures to ascertain the identity of the most senior managing officer of the entity; and

(b) treat that entity as high risk for the purpose of subsection 9.6(3) of the Act and apply the prescribed special measures in accordance with section 71.1 of these Regulations.

(5) If the entity, the existence of which is being confirmed by a person or entity under subsection (1), is a not-for-profit organization, the person or entity shall determine, and keep a record that sets out, whether that entity is

(a) a charity registered with the Canada Revenue Agency under the *Income Tax Act*; or

(b) an organization, other than one referred to in paragraph (a), that solicits charitable donations from the public.

(6) This section does not apply in respect of a group plan account held within a dividend reinvestment plan or a distribution reinvestment plan, including a plan that permits purchases of additional shares or units by the member with contributions other than the dividends or distributions paid by the sponsor of the plan, if the sponsor of the plan is an entity whose shares or units are traded on a Canadian stock exchange, and that operates in a country that is a member of the Financial Action Task Force.

**33.3** (1) Subject to subsection (2), every legal counsel and every legal firm is subject to Part 1 of the Act when they engage in any of the following activities on behalf of any person or entity:

(a) receiving or paying funds, other than those received or paid in respect of professional fees, disbursements, expenses or bail; or

(b) giving instructions in respect of any activity referred to in paragraph (a).

(2) Subsection (1) does not apply in respect of legal counsel when they engage in any of the activities referred to in that subsection on behalf of their employer.

(4) Si la personne ou l'entité n'est pas en mesure d'obtenir les renseignements visés au paragraphe (1) ou d'en confirmer l'exactitude conformément au paragraphe (2), elle doit, à la fois :

a) prendre des mesures raisonnables pour vérifier l'identité du premier dirigeant de l'entité;

b) considérer que cette entité représente un risque élevé au titre du paragraphe 9.6(3) de la Loi et appliquer les mesures spéciales visées à l'article 71.1 du présent règlement.

(5) Dans le cas où la vérification visée au paragraphe (1) porte sur une entité qui est un organisme sans but lucratif, la personne ou l'entité qui est tenue d'effectuer la vérification doit déterminer auquel des types d'organisme ci-après celle-ci appartient et conserver ce renseignement dans un document :

a) organisme de bienfaisance enregistré auprès de l'Agence du revenu du Canada conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) organisme, autre que celui visé à l'alinéa a), qui sollicite des dons de bienfaisance du public.

(6) Le présent article ne s'applique pas à l'égard du compte de régime collectif détenu dans un régime de réinvestissement des dividendes ou des distributions, notamment dans un régime qui permet au membre d'acquérir des actions ou des unités supplémentaires au moyen de cotisations — qui ne sont pas des dividendes ou des distributions versés par le promoteur du régime —, si les actions ou les unités de ce promoteur sont cotées dans une bourse de valeurs au Canada et qu'il exerce ses activités dans un pays membre du Groupe d'action financière.

**33.3** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats sont assujettis à la partie 1 de la Loi lorsqu'ils exercent l'une ou l'autre des activités ci-après pour le compte d'une personne ou entité :

a) ils reçoivent ou paient des fonds autres que ceux reçus ou payés à titre d'honoraires, de débours, de dépenses ou de cautionnement;

b) ils donnent des instructions à l'égard de l'une ou l'autre des activités visées à l'alinéa a).

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'un conseiller juridique qui exerce une activité visée à ce paragraphe pour le compte de son employeur.



**33.4** Subject to subsection 62(2), every legal counsel and every legal firm shall, when engaging in an activity described in section 33.3, keep the following records:

- (a) a receipt of funds record in respect of every amount of \$3,000 or more that they receive in the course of a single transaction, unless the amount is received from a financial entity or a public body; and
- (b) where the receipt of funds record is in respect of a client that is a corporation, a copy of the part of official corporate records that contains any provision relating to the power to bind the corporation in respect of transactions with the legal counsel or legal firm.

**33.5** A legal counsel or legal firm that, in connection with a transaction, receives funds from the trust account of a legal firm or from the trust account of a legal counsel who is not acting on behalf of their employer,

- (a) must keep and retain a record of that fact; and
- (b) is not required to include in the receipt of funds record that is kept in respect of those funds
  - (i) the number and type of any account that is affected by the transaction, or
  - (ii) the full name of the person or entity that is the holder of the account.

**59.4** (1) Subject to subsections (2) and 62(2) and section 63, every legal counsel and every legal firm shall, in respect of a transaction for which a record is required to be kept under section 33.4,

- (a) in accordance with subsection 64(1), ascertain the identity of every person who conducts the transaction;
- (b) in accordance with section 65, confirm the existence of and ascertain the name and address of every corporation on whose behalf the transaction is conducted and the names of the corporation's directors; and
- (c) in accordance with section 66, confirm the existence of every entity, other than a corporation, on whose behalf the transaction is conducted.

**33.4** Sous réserve du paragraphe 62(2), les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats doivent, dans l'exercice d'une activité visée à l'article 33.3, tenir les documents suivants :

- a) un relevé de réception de fonds à l'égard de chaque somme de 3 000 \$ ou plus reçue au cours d'une seule opération, à moins que cette somme ne soit reçue d'une entité financière ou d'un organisme public;
- b) s'agissant d'un relevé de réception de fonds à l'égard d'un client qui est une personne morale, une copie de l'extrait des registres officiels de celle-ci où figure une disposition portant sur le pouvoir de lier la personne morale quant aux opérations effectuées avec le conseiller juridique ou le cabinet d'avocats.

**33.5** Le conseiller juridique ou le cabinet d'avocats qui, relativement à une opération, reçoit des fonds provenant du compte en fiducie d'un cabinet d'avocats ou d'un conseiller juridique qui n'agit pas pour le compte de son employeur :

- a) doit tenir et conserver un document indiquant ce fait;
- b) n'est pas tenu d'inclure les renseignements ci-après dans le relevé de réception de fonds tenu à l'égard de ces fonds :
  - (i) les numéro et type du compte, pour chaque compte touché par l'opération,
  - (ii) le nom au complet de chaque titulaire du compte.

**59.4** (1) Sous réserve des paragraphes (2) et 62(2) et de l'article 63, les conseillers juridiques et les cabinets d'avocats doivent prendre les mesures ci-après relativement à toute opération à l'égard de laquelle ils tiennent des documents en application de l'article 33.4 :

- a) conformément au paragraphe 64(1), vérifier l'identité de toute personne qui effectue l'opération;
- b) conformément à l'article 65, vérifier l'existence, la dénomination sociale et l'adresse de toute personne morale pour le compte de laquelle l'opération est effectuée, ainsi que les noms des administrateurs de la personne morale;
- c) conformément à l'article 66, vérifier l'existence de toute entité autre qu'une personne morale pour le compte de laquelle l'opération est effectuée.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of a transaction for which funds are received by a legal counsel or legal firm from the trust account of a legal firm or from the trust account of a legal counsel who is not acting on behalf of their employer.

**64.** (1) In the cases referred to in sections 53, 53.1, 54, 55, 56, 57, 59, 59.1, 59.2, 59.3, 59.4, 59.5, 60 and 61, the identity of a person shall be ascertained, at the time referred to in subsection (2) and in accordance with subsection (3),

(a) by referring to the person's birth certificate, driver's licence, provincial health insurance card (if such use of the card is not prohibited by the applicable provincial law), passport or other similar document; or

(b) if the person is not physically present when the account is opened, the credit card application is submitted, the trust is established, the client information record is created or the transaction is conducted,

(i) by obtaining the person's name, address and date of birth and

(A) confirming that one of the following entities has identified the person in accordance with paragraph (a), namely,

(I) an entity, referred to in any of paragraphs 5(a) to (g) of the Act, that is affiliated with the entity ascertaining the identity of the person,

(II) an entity that carries on activities outside Canada similar to the activities of a person or entity referred to in any of paragraphs 5(a) to (g) of the Act and that is affiliated with the entity ascertaining the identity of the person, or

(III) an entity that is subject to the Act and is a member of the same association as the entity ascertaining the identity of the person, and

(B) verifying that the name, address and date of birth in the record kept by that affiliated entity or that entity that is a member of the same association corresponds to the information provided in accordance with these Regulations by the person, or

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard d'une opération pour laquelle un conseiller juridique ou cabinet d'avocats reçoit des fonds provenant du compte en fiducie d'un cabinet d'avocats ou d'un conseiller juridique qui n'agit pas pour le compte de son employeur.

**64.** (1) Dans les cas prévus aux articles 53, 53.1, 54, 55, 56, 57, 59, 59.1, 59.2, 59.3, 59.4, 59.5, 60 et 61, l'identité de la personne est vérifiée, au moment prévu au paragraphe (2) et conformément au paragraphe (3) :

a) au moyen de son certificat de naissance, son permis de conduire, sa carte d'assurance-maladie provinciale (si un tel usage n'est pas interdit aux termes de la loi provinciale applicable), son passeport ou tout document semblable;

b) si la personne est absente à l'ouverture du compte, de la demande de carte de crédit, de la constitution de la fiducie, de la constitution du dossier-client ou de l'exécution de l'opération, par l'un des moyens suivants :

(i) une fois reçus les nom, adresse et date de naissance pour la personne :

(A) par la confirmation que l'une des entités ci-après a identifié la personne conformément à l'alinéa a) :

(I) une entité visée à l'un des alinéas 5a) à g) de la Loi qui est membre du même groupe que l'entité qui effectue la vérification,

(II) une entité qui exerce à l'étranger des activités similaires à celles d'une personne ou entité visée à l'un des alinéas 5a) à g) de la Loi et qui est membre du même groupe que l'entité qui effectue la vérification,

(III) une entité qui est assujettie à la Loi et qui est membre de la même association que l'entité qui effectue la vérification,

(B) par la vérification de la concordance entre les nom, adresse et date de naissance figurant au dossier de l'entité qui est membre du même groupe ou de la même association et les renseignements fournis par la personne conformément au présent règlement,

(ii) subject to subsection (1.3), by using one of the following combinations of the identification methods set out in Part A of Schedule 7, namely,

- (A) methods 1 and 3,
- (B) methods 1 and 4,
- (C) methods 1 and 5,
- (D) methods 2 and 3,
- (E) methods 2 and 4,
- (F) methods 2 and 5,
- (G) methods 3 and 4, or
- (H) methods 3 and 5.

(1.1) In the case referred to in paragraph 54.1(a), the identity of a person shall be ascertained by a person or entity, at the time referred to in subsection (2) and in accordance with subsection (3),

(a) by referring to the person's birth certificate, driver's licence, provincial health insurance card (if such use of the card is not prohibited by the applicable provincial law), passport or other similar document; or

(b) where the person is not physically present when the credit card application is submitted,

(i) by obtaining the person's name, address and date of birth and

(A) confirming that one of the following entities has identified the person in accordance with paragraph (a), namely,

(I) an entity, referred to in any of paragraphs 5(a) to (g) of the Act, that is affiliated with the entity ascertaining the identity of the person,

(II) an entity that carries on activities outside Canada similar to the activities of a person or entity referred to in any of paragraphs 5(a) to (g) of the Act and that is affiliated with the entity ascertaining the identity of the person, or

(III) an entity that is subject to the Act and is a member of the same association as the entity ascertaining the identity of the person, and

(ii) sous réserve du paragraphe (1.3), au moyen de l'une des combinaisons ci-après de méthodes d'identification figurant à la partie A de l'annexe 7 :

- (A) les méthodes 1 et 3,
- (B) les méthodes 1 et 4,
- (C) les méthodes 1 et 5,
- (D) les méthodes 2 et 3,
- (E) les méthodes 2 et 4,
- (F) les méthodes 2 et 5,
- (G) les méthodes 3 et 4,
- (H) les méthodes 3 et 5.

(1.1) Dans le cas prévu à l'alinéa 54.1(a), l'identité de la personne est vérifiée par une personne ou entité, au moment prévu au paragraphe (2) et conformément au paragraphe (3) :

a) au moyen de son certificat de naissance, son permis de conduire, sa carte d'assurance-maladie provinciale (si un tel usage n'est pas interdit aux termes de la loi provinciale applicable), son passeport ou tout document semblable;

b) si la personne est absente lors de la présentation de la demande de carte de crédit, par l'un des moyens suivants :

(i) une fois reçus les nom, adresse et date de naissance pour la personne :

(A) par la confirmation que l'une des entités ci-après a identifié la personne conformément à l'alinéa a) :

(I) une entité visée à l'un des alinéas 5a) à g) de la Loi qui est membre du même groupe que l'entité qui effectue la vérification,

(II) une entité qui exerce à l'étranger des activités similaires à celles d'une personne ou entité visée à l'un des alinéas 5a) à g) de la Loi et qui est membre du même groupe que l'entité qui effectue la vérification,

(III) une entité qui est assujettie à la Loi et qui est membre de la même association que l'entité qui effectue la vérification,

(B) verifying that the name, address and date of birth in the record kept by that affiliated entity or that entity that is a member of the same association corresponds to the information provided in accordance with these Regulations by the person,

(ii) subject to subsection (1.3), by using a combination of any two identification methods referred to in either Part A or Part B of Schedule 7, or

(iii) subject to subsection (1.3), where the person has no credit history in Canada and the credit limit on the card is not more than \$1,500, by using a combination of any two identification methods referred to in any of Parts A, B and C of Schedule 7.

(1.2) For the purposes of paragraphs (1)(b)(i) and (1.1)(b)(i), an entity is affiliated with another entity if one of them is wholly-owned by the other or both are wholly-owned by the same entity.

(1.21) For the purposes of subparagraphs (1)(b)(i) and (1.1)(b)(i),

(a) a financial services cooperative and each of its members that is a financial entity are considered to be members of the same association; and

(b) a credit union central and each of its members that is a financial entity are considered to be members of the same association.

(1.3) A combination of methods referred to in subparagraph (1)(b)(ii) or (1.1)(b)(ii) or (iii) shall not be relied on by a person or entity to ascertain the identity of a person unless

(a) the information obtained in respect of that person from each of the two applicable identification methods is determined by the person or entity to be consistent; and

(b) the information referred to in paragraph (a) is determined by the person or entity to be consistent with the information in respect of that person, if any, that is contained in a record kept by the person or entity under these Regulations.

(2) The identity shall be ascertained

(B) par la vérification de la concordance entre les nom, adresse et date de naissance figurant au dossier de l'entité qui est membre du même groupe ou de la même association et les renseignements fournis par la personne conformément au présent règlement,

(ii) sous réserve du paragraphe (1.3), au moyen de la combinaison de deux des méthodes d'identification figurant ou bien à la partie A ou bien à la partie B de l'annexe 7,

(iii) sous réserve du paragraphe (1.3), lorsque la personne n'a pas d'antécédents de crédit au Canada et que la limite de crédit applicable à la carte ne dépasse pas 1 500 \$, au moyen de la combinaison de deux des méthodes d'identification figurant aux parties A, B ou C de l'annexe 7.

(1.2) Pour l'application des sous-alinéas (1)b(i) et (1.1)b(i), sont du même groupe les entités dont l'une est entièrement propriétaire de l'autre ou les entités qui sont entièrement la propriété de la même entité.

(1.21) Pour l'application des sous-alinéas (1)b(i) et (1.1)b(i) :

a) toute coopérative de services financiers et chacun de ses membres qui est une entité financière sont réputés faire partie de la même association;

b) toute centrale de caisses de crédit et chacun de ses membres qui est une entité financière sont réputés faire partie de la même association.

(1.3) La personne ou l'entité qui vérifie l'identité d'une personne ne se fonde sur aucune combinaison de méthodes visées aux sous-alinéas (1)b(ii), (1.1)b(ii) ou (iii) sauf :

a) s'il est établi, par la personne ou l'entité, que les renseignements obtenus à l'égard de la personne au moyen de chacune des deux méthodes d'identification correspondent;

b) s'il est établi, par la personne ou l'entité, que les renseignements visés à l'alinéa a) correspondent aux renseignements, le cas échéant, consignés dans un document par la personne ou l'entité conformément au présent règlement, à l'égard de cette personne.

(2) Les vérifications sont effectuées :

(a) in the cases referred to in paragraph 54(1)(a), subsection 57(1) and paragraph 60(a), before any transaction other than an initial deposit is carried out on an account;

(b) in the cases referred to in section 53, paragraph 54(1)(b), subsection 59(1) and paragraphs 59.3(a), 59.4(1)(a), 59.5(a), 60(b) and 61(b), at the time of the transaction;

(b.1) in the case referred to in section 53.1, before the transaction is reported as required under section 7 of the Act;

(b.2) in the case referred to in paragraph 54.1(a), before any credit card is activated;

(c) in the cases referred to in paragraphs 55(a), (d) and (e), within 15 days after the trust company becomes the trustee;

(d) in the cases referred to in subsection 56(1) and paragraph 61(a), within 30 days after the client information record is created;

(e) in the cases referred to in paragraphs 59.1(a) and 59.2(1)(a), at the time of the transaction; and

(f) in the case referred to in subsection 62(3), at the time a contribution in respect of an individual member of the group plan is made to the plan, if

(i) the member's contribution is not made as described in paragraph 62(3)(a), or

(ii) the existence of the plan sponsor has not been confirmed in accordance with section 65 or 66.

(3) Unless otherwise specified in these Regulations, only original documents that are valid and have not expired may be referred to for the purpose of ascertaining identity in accordance with paragraph (1)(a) or (1.1)(a).

**64.1** (1) A person or entity that is required to take measures to ascertain identity under subsection 64(1) or (1.1) may rely on an agent or mandatary to take the identification measures described in that subsection only if that person or entity has entered into an agreement or arrangement, in writing, with that agent or mandatary for the purposes of ascertaining identity.

(2) A person or entity that enters into an agreement or arrangement referred to in subsection (1) must obtain

a) dans les cas prévus à l'alinéa 54(1)a), au paragraphe 57(1) et à l'alinéa 60a), avant toute opération effectuée à l'égard du compte, sauf le dépôt initial;

b) dans les cas prévus à l'article 53, à l'alinéa 54(1)b), au paragraphe 59(1) et aux alinéas 59.3a), 59.4(1)a), 59.5a), 60b) et 61b), au moment de l'opération;

b.1) dans le cas prévu à l'article 53.1, avant que l'opération ne fasse l'objet d'une déclaration en application de l'article 7 de la Loi;

b.2) dans le cas prévu à l'alinéa 54.1a), avant l'activation de toute carte de crédit;

c) dans les cas prévus aux alinéas 55a), d) et e), dans les quinze jours suivant la date où la société de fiducie commence à agir comme fiduciaire;

d) dans les cas prévus au paragraphe 56(1) et à l'alinéa 61a), dans les trente jours suivant la constitution du dossier-client;

e) dans les cas prévus aux alinéas 59.1a) et 59.2(1)a), au moment de l'opération;

f) dans le cas prévu au paragraphe 62(3), au moment où une contribution est faite à l'égard d'un membre du régime collectif, si, selon le cas :

(i) la contribution du membre n'est pas faite de la façon prévue à l'alinéa 62(3)a),

(ii) l'existence du promoteur du régime n'a pas été vérifiée conformément aux articles 65 ou 66.

(3) Sauf indication contraire du présent règlement, seuls les documents originaux valides et non échus peuvent servir à vérifier l'identité d'une personne conformément aux alinéas (1)a) ou (1.1)a).

**64.1** (1) La personne ou l'entité qui est tenue de prendre des mesures de vérification de l'identité en application des paragraphes 64(1) ou (1.1) ne peut confier cette responsabilité à un mandataire que si elle a conclu par écrit un accord ou une entente avec lui à cet égard.

(2) La personne ou l'entité qui conclut un tel accord ou une telle entente obtient du mandataire les

from the agent or mandatary the customer information obtained by the agent or mandatary under that agreement or arrangement.

**65.** (1) The existence of a corporation shall be confirmed and its name and address and the names of its directors shall be ascertained as of the time referred to in subsection (2), by referring to its certificate of corporate status, a record that it is required to file annually under the applicable provincial securities legislation or any other record that ascertains its existence as a corporation. The record may be in paper form or in an electronic version that is obtained from a source that is accessible to the public.

(2) The information referred to in subsection (1) shall be ascertained,

(a) in the case referred to in paragraphs 54(1)(d) and 60(e), before any transaction other than the initial deposit is carried out on the account;

(a.1) in the case referred to in paragraph 54.1(b), before any credit card is issued on the account;

(b) in the cases referred to in paragraphs 55(b) and (d), within 15 days after the trust company becomes the trustee;

(c) in the cases referred to in subsections 56(3) and 59(2) and paragraph 61(c), within 30 days after the client information record is created;

(d) in the case referred to in subsection 57(3), within 30 days after the opening of the account; and

(e) in the cases referred to in paragraphs 59.1(b), 59.2(1)(b), 59.3(b), 59.4(1)(b) and 59.5(b), within 30 days after the transaction.

(3) Where the information has been ascertained by referring to an electronic version of a record, the person or entity required to ascertain the information shall keep a record that sets out the corporation's registration number, the type of record referred to and the source of the electronic version of the record.

(4) Where the information has been ascertained by referring to a paper copy of a record, the person or entity required to ascertain the information shall retain the record or a copy of it.

renseignements relatifs au client que celui-ci doit se procurer aux termes de l'accord ou de l'entente.

**65.** (1) L'existence, la dénomination sociale et l'adresse d'une personne morale, ainsi que les noms de ses administrateurs, se vérifient, au moment prévu au paragraphe (2), au moyen d'une copie papier du certificat de constitution de la personne morale, de tout document qu'elle est tenue de déposer annuellement aux termes de la loi provinciale régissant les valeurs mobilières ou de tout autre document qui fait foi de son existence ou par consultation de la version électronique d'un de ces documents obtenue d'une source accessible au public.

(2) Les vérifications sont effectuées :

a) dans les cas prévus aux alinéas 54(1)d) et 60e), avant toute opération effectuée à l'égard du compte, sauf le dépôt initial;

a.1) dans le cas prévu à l'alinéa 54.1b), avant l'émission de toute carte de crédit sur le compte;

b) dans les cas prévus aux alinéas 55b) et d), dans les quinze jours suivant la date où la société de fiducie commence à agir comme fiduciaire;

c) dans les cas prévus aux paragraphes 56(3) et 59(2) et à l'alinéa 61c), dans les trente jours suivant la constitution du dossier-client;

d) dans le cas prévu au paragraphe 57(3), dans les trente jours suivant l'ouverture du compte;

e) dans les cas prévus aux alinéas 59.1b), 59.2(1)b), 59.3b), 59.4(1)b) et 59.5b), dans les trente jours suivant l'opération.

(3) Si la vérification est effectuée par consultation de la version électronique d'un document, la personne ou l'entité doit tenir un document comportant le numéro d'enregistrement de la personne morale, le type du document consulté et la provenance de la version électronique.

(4) Si la vérification est effectuée au moyen d'une copie papier d'un document, la personne ou l'entité doit conserver le document ou une copie de celui-ci.

**66.** (1) The existence of an entity, other than a corporation, shall be confirmed as of the time referred to in subsection (2), by referring to a partnership agreement, articles of association or other similar record that ascertains its existence. The record may be in paper form or in an electronic version that is obtained from a source that is accessible to the public.

(2) The existence of the entity shall be confirmed

(a) in the case referred to in paragraphs 54(1)(e) and 60(f), before any transaction other than the initial deposit is carried out on the account;

(a.1) in the case referred to in paragraph 54.1(c), before any credit card is issued on the account;

(b) in the cases referred to in paragraphs 55(c) and (d), within 15 days after the trust company becomes the trustee;

(c) in the cases referred to in subsections 56(4) and 59(3) and paragraph 61(d), within 30 days after the client information record is created;

(d) in the case referred to in subsection 57(4), within 30 days after the account is opened; and

(e) in the cases referred to in paragraphs 59.1(c), 59.2(1)(c), 59.3(c), 59.4(1)(c) and 59.5(c), within 30 days after the transaction.

(3) Where the existence of the entity has been confirmed by referring to an electronic version of a record, the person or entity required to confirm that information shall keep a record that sets out the registration number of the entity whose existence is being confirmed, the type of record referred to and the source of the electronic version of the record.

(4) Where the existence of the entity has been confirmed by referring to a paper copy of a record, the person or entity required to confirm that information shall retain the record or a copy of it.

**66.1** (1) The prescribed persons or entities for the purpose of section 9.5 of the Act are every financial entity, money services business and casino that is required to keep a record under these Regulations in respect of an electronic funds transfer referred to in subsection (2).

(2) Subject to subsection (3), the prescribed electronic funds transfers to which section 9.5 of the Act applies are

**66.** (1) L'existence d'une entité qui n'est pas une personne morale se vérifie, au moment prévu au paragraphe (2), au moyen d'une copie papier de la convention de société, de l'acte d'association ou de tout autre document qui fait foi de son existence ou par consultation de la version électronique d'un de ces documents obtenue d'une source accessible au public.

(2) La vérification est effectuée :

a) dans les cas prévus aux alinéas 54(1)e) et 60f), avant toute opération effectuée à l'égard du compte, sauf le dépôt initial;

a.1) dans le cas prévu à l'alinéa 54.1c), avant l'émission de toute carte de crédit pour le compte;

b) dans les cas prévus aux alinéas 55c) et d), dans les quinze jours suivant la date où la société de fiducie commence à agir comme fiduciaire;

c) dans les cas prévus aux paragraphes 56(4) et 59(3) et à l'alinéa 61d), dans les trente jours suivant la constitution du dossier-client;

d) dans le cas prévu au paragraphe 57(4), dans les trente jours suivant l'ouverture du compte;

e) dans les cas prévus aux alinéas 59.1c), 59.2(1)c), 59.3c), 59.4(1)c) et 59.5c), dans les trente jours suivant l'opération.

(3) Si la vérification est effectuée par consultation de la version électronique d'un document, la personne ou l'entité doit tenir un document comportant le numéro d'enregistrement de la l'entité, le type du document consulté et la provenance de la version électronique.

(4) Si la vérification est effectuée au moyen d'une copie papier d'un document, la personne ou l'entité doit conserver le document ou une copie de celui-ci.

**66.1** (1) Pour l'application de l'article 9.5 de la Loi, les personnes ou entités sont les entités financières, les entreprises de transfert de fonds ou de vente de titres négociables et les casinos qui tiennent un document en application du présent règlement à l'égard d'un télévirement visé au paragraphe (2).

(2) Sous réserve du paragraphe (3), les télévirements visés par l'article 9.5 de la Loi s'entendent au sens du

those as defined in subsection 1(2), but including transfers within Canada that are SWIFT MT 103 messages.

(3) For greater certainty, subsection (2) does not apply in respect of

(a) a transfer carried out using a credit or debit card, if the recipient has an agreement with the payment service provider permitting payment by such means for the provision of goods and services;

(b) a transfer where the recipient withdraws cash from their account;

(c) a transfer carried out by means of a direct deposit or a pre-authorized debit; or

(d) a transfer carried out using cheque imaging and presentment.

**67.** Every person or entity that is required by these Regulations to ascertain the identity of a person in connection with a record that the person or entity has created and is required to keep under these Regulations, or a transaction that they have carried out and in respect of which they are required to keep a record under these Regulations or under section 12.1 of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Suspicious Transaction Reporting Regulations*, shall set out on or in or include with that record the name of that person and

(a) if a birth certificate, driver's licence, provincial health insurance card (if such use of the card is not prohibited by the applicable provincial law), passport or any other similar record is relied on to ascertain the person's identity, the type and reference number of the record and the place where it was issued;

(b) if a confirmation of a cleared cheque from a financial entity is relied on to ascertain the person's identity, the name of the financial entity and the account number of the deposit account on which the cheque was drawn;

(c) if the person's identity is ascertained by confirming that they hold a deposit account with a financial entity, the name of the financial entity where the account is held and the number of the account and the date of the confirmation;

paragraphe 1(2), sauf qu'ils comprennent également les téléversements effectués à l'intérieur du Canada qui sont des messages SWIFT MT 103.

(3) Il est entendu que le paragraphe (2) ne s'applique pas :

a) si le destinataire conclut un accord avec le fournisseur de services de paiement permettant le paiement par ce moyen des biens et services fournis, au téléversement effectué au moyen d'une carte de crédit ou de débit;

b) au téléversement où le destinataire retire de l'argent de son compte;

c) au téléversement effectué au moyen d'un dépôt direct ou d'un débit pré-autorisé;

d) au téléversement effectué par imagerie et présentation de chèques.

**67.** Toute personne ou entité qui est tenue de vérifier l'identité d'une personne en application du présent règlement relativement à un document que la personne ou l'entité a constitué et qu'elle est tenue de conserver en application du présent règlement, ou à une opération financière qu'elle a effectuée et à l'égard de laquelle elle doit tenir un document en application du présent règlement ou de l'article 12.1 du *Règlement sur la déclaration des opérations douteuses — recyclage des produits de la criminalité et financement des activités terroristes*, doit indiquer dans le document, ou joindre à celui-ci le nom de la personne ainsi que les renseignements suivants :

a) si l'identité est vérifiée au moyen du certificat de naissance de la personne, de son permis de conduire, de sa carte d'assurance-maladie provinciale (si un tel usage n'est pas interdit aux termes de la loi provinciale applicable), de son passeport ou d'un document semblable, les type et numéro de référence du document utilisé, de même que le lieu où il a été délivré;

b) si l'identité est vérifiée par la confirmation qu'un chèque tiré par la personne sur un compte de dépôt auprès d'une entité financière a été compensé, le nom de l'entité et le numéro du compte duquel le chèque a été tiré;

c) si l'identité est vérifiée par la confirmation que la personne est titulaire d'un compte de dépôt ouvert à son nom auprès d'une entité financière, le nom de l'entité où le compte est ouvert, le numéro du compte et la date de la confirmation;



(d) if the person's identity is ascertained by relying on a previous confirmation of their identity by an entity that is affiliated with the entity ascertaining the identity of the person or an entity that is a member of the same association — being a central cooperative credit society as defined in section 2 of the *Cooperative Credit Associations Act* — as the entity ascertaining the identity of the person, the name of that entity and the type and reference number of the record that entity previously relied on to ascertain the person's identity;

(e) if an identification product is used to ascertain the person's identity, the name of the identification product, the name of the entity offering the product, the search reference number and the date the product was used to ascertain the person's identity;

(f) if the person's identity is ascertained by consulting a credit file kept by an entity in respect of the person, the name of the entity and the date of the consultation;

(g) if the person's identity is ascertained from an attestation signed by a commissioner of oaths in Canada or a guarantor in Canada, the attestation;

(h) if the person's identity is ascertained by consulting an independent data source, the name of the data source, the date of the consultation and the information provided by the data source;

(i) if the person's identity is ascertained by relying on a utility invoice issued in the person's name, the invoice or a legible photocopy or electronic image of the invoice;

(j) if the person's identity is ascertained by relying on a photocopy or electronic image of a document provided by the person, that photocopy or electronic image; and

(k) if the person's identity is ascertained by relying on a deposit account statement issued in the person's name by a financial entity, a legible photocopy or electronic image of the statement.

**68.** Where any record is required to be kept under these Regulations, a copy of it may be kept

(a) in a machine-readable form, if a paper copy can be readily produced from it; or

(b) in an electronic form, if a paper copy can be readily produced from it and an electronic signature of the

d) si l'identité est vérifiée par la confirmation préalable de l'identité par une entité du même groupe que l'entité qui effectue la vérification ou par une entité qui est membre de la même association — soit une coopérative de crédit centrale au sens de l'article 2 de la *Loi sur les associations coopératives de crédit* — que l'entité qui effectue la vérification, le nom de l'entité et les type et numéro de référence du document utilisé précédemment par l'entité pour vérifier l'identité de la personne;

e) si l'identité est vérifiée au moyen d'un produit d'identification, le nom de celui-ci et de l'entité qui l'offre, le numéro de référence de la recherche et la date où le produit a été utilisé pour la vérification;

f) si l'identité est vérifiée par la consultation du dossier de crédit de la personne tenu par une entité, le nom de l'entité et la date de la consultation;

g) si l'identité est vérifiée au moyen d'une attestation signée par un commissaire à l'assermentation au Canada ou par un répondant au Canada, l'attestation;

h) si l'identité est vérifiée par la consultation d'une source de données indépendante, le nom de celle-ci, la date à laquelle elle a été consultée et les renseignements obtenus;

i) si l'identité est vérifiée au moyen d'une facture de services publics établie au nom de la personne, la facture ou une photocopie lisible ou image électronique de celle-ci;

j) si l'identité est vérifiée au moyen d'une photocopie ou image électronique d'un document fourni par la personne, cette photocopie ou image électronique;

k) si l'identité est vérifiée au moyen d'un relevé de compte de dépôt établi au nom de la personne par une entité financière, la photocopie lisible du relevé.

**68.** Il peut être conservé, au lieu des documents exigés aux termes du présent règlement :

a) soit une copie de ceux-ci qui est lisible par machine, pourvu qu'un imprimé puisse facilement être produit;

b) soit une copie électronique de ceux-ci, pourvu qu'un imprimé puisse facilement être produit et que la

person who must sign the record in accordance with these Regulations is retained.

**69.** (1) Subject to subsection (2), every person or entity that is required to obtain, keep or create records under these Regulations shall retain those records for a period of at least five years following

(a) in respect of signature cards, account operating agreements, account application forms, credit card applications and records setting out the intended use of the account, the day on which the account to which they relate is closed;

(a.1) in respect of client credit files that are required to be kept under paragraph 14(i) and records that are required to be kept under paragraph 14(n), 14.1(g) or 23(1)(f), the day on which the account to which they relate is closed;

(b) in respect of client information records, certificates of corporate status, records that are required to be filed annually under the applicable provincial securities legislation or other similar records that ascertain the existence of a corporation, and records that ascertain the existence of an entity, other than a corporation, including partnership agreements and articles of association, the day on which the last business transaction is conducted;

(b.1) in respect of client credit files that are required to be kept under paragraph 30(a), records that are required to be kept under section 11.1, paragraph 14(o), subsection 15.1(2) or section 20.1 or 31, lists that are required to be kept under section 32 and records, other than client information records, that are required to be kept under that section, the day on which the last business transaction is conducted; and

(c) in respect of all other records, the day on which they were created.

(2) Where records that an individual keeps under these Regulations are the property of the individual's employer or a person or entity with which the individual is in a contractual relationship, the individual is not required to retain the records after the end of the individual's employment or contractual relationship.

**70.** Every record that is required to be kept under these Regulations shall be retained in such a way that it

signature électronique de la personne qui est tenue de signer le document aux termes du présent règlement soit également conservée.

**69.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la personne ou l'entité à qui incombe l'obligation d'obtenir, de tenir ou de constituer des documents aux termes du présent règlement doit les conserver pendant au moins cinq ans suivant :

a) la date de clôture du compte auquel les documents se rapportent, dans le cas de fiches-signature, de conventions de tenue de compte, de formules de demande d'ouverture de compte, de demandes de cartes de crédit et de documents indiquant l'utilisation prévue du compte;

a.1) la date de clôture du compte auquel les documents se rapportent, dans le cas de dossiers de crédit tenus en vertu de l'alinéa 14*i*) et de documents tenus en vertu des alinéas 14*n*), 14.1*g*) ou 23(1)*f*);

b) la date à laquelle la dernière opération commerciale est effectuée, dans le cas de dossiers-clients, de certificats de constitution, de documents à déposer annuellement aux termes de la loi provinciale régissant les valeurs mobilières ou de documents semblables qui font foi de l'existence d'une personne morale, de conventions de société, d'actes d'association ou de documents semblables faisant foi de l'existence d'une entité autre qu'une personne morale;

b.1) la date à laquelle la dernière opération commerciale est effectuée, dans le cas de dossiers de crédit tenus en vertu de l'alinéa 30*a*), de documents tenus en vertu de l'article 11.1, de l'alinéa 14*o*), du paragraphe 15.1(2) ou des articles 20.1 ou 31 et de documents, autres que des dossiers-clients, ou listes tenus en vertu de l'article 32;

c) la date d'établissement des documents, dans les autres cas.

(2) Si les documents qu'un individu tient aux termes du présent règlement appartiennent à son employeur ou à la personne ou l'entité avec laquelle il est lié par contrat, l'individu n'est pas tenu de conserver ces documents une fois que le lien d'emploi ou le lien contractuel est rompu.

**70.** Tout document à tenir aux termes du présent règlement doit être conservé de manière à pouvoir être

can be provided to an authorized person within 30 days after a request is made to examine it under section 62 of the Act.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

*Appeal allowed in part with costs.*

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

*Solicitors for the respondent: Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

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

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Lawson Lundell, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Stern Landesman Clark, Toronto; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the interveners Barreau du Québec and Chambre des notaires du Québec: Lavery, de Billy, Montréal.*

produit auprès d'une personne autorisée dans les trente jours suivant la date où il est demandé en vertu de l'article 62 de la Loi.

*Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens.*

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

*Procureurs de l'intimée : Hunter Litigation Chambers, Vancouver; Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

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

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Law Society of British Columbia : McCarthy Tétrault, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Stern Landesman Clark, Toronto; Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec : Lavery, de Billy, Montréal.*

**Cladinoro Perrone** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent***INDEXED AS: R. v. PERRONE****2015 SCC 8**

File No.: 36021.

2015: February 19.

Present: McLachlin C.J., Abella, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Sexual assault — Evidence — Assessment — Credibility and reliability — Court of Appeal correct in finding that trial judge gave proper consideration to issue of reliability and issue of credibility, when assessing complainant’s evidence.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Steel, MacInnes and Monnin JJ.A.), 2014 MBCA 74, 306 Man. R. (2d) 299, 604 W.A.C. 299, 313 C.C.C. (3d) 399, [2014] M.J. No. 217 (QL), 2014 CarswellMan 349 (WL Can.), upholding the accused’s conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

*Josh A. Weinstein, Lisa LaBossière and Amanda Sansregret*, for the appellant.

*Rekha Malaviya and Renée Lagimodière*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal must be dismissed. We agree with Justice Monnin of the Court of Appeal, for the majority, when he stated at para. 48:

I am of the view that the trial judge, through her reasons, has confirmed that she assessed both the credibility

**Cladinoro Perrone** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. PERRONE****2015 CSC 8**

N° du greffe : 36021.

2015 : 19 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Appréciation — Crédibilité et fiabilité — La Cour d’appel a eu raison de conclure que la juge du procès avait adéquatement considéré la question de la crédibilité et celle de la fiabilité en appréciant le témoignage de la plaignante.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Manitoba (les juges Steel, MacInnes et Monnin), 2014 MBCA 74, 306 Man. R. (2d) 299, 604 W.A.C. 299, 313 C.C.C. (3d) 399, [2014] M.J. No. 217 (QL), 2014 CarswellMan 349 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

*Josh A. Weinstein, Lisa LaBossière et Amanda Sansregret*, pour l’appelant.

*Rekha Malaviya et Renée Lagimodière*, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d’avis de rejeter l’appel. Nous souscrivons aux propos suivants qu’a exprimés le juge Monnin de la Cour d’appel, au nom de la majorité, au par. 48 :

[TRADUCTION] Je suis d’avis que les motifs de la juge du procès confirment que celle-ci a apprécié à la fois la

and reliability of the witness taking into account the areas of concerns which she outlined.

[2] The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Legal Aid Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitor for the respondent: Manitoba Prosecution Service, Winnipeg.*

crédibilité du témoin et la fiabilité de son témoignage en tenant compte des aspects préoccupants qu'elle avait soulignés.

[2] L'appel est par conséquent rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant : Aide juridique Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l'intimée : Service des poursuites du Manitoba, Winnipeg.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Mark Edward Grant** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. GRANT**

**2015 SCC 9**

File No.: 35664.

2014: November 14; 2015: March 5.

Present: Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Criminal law — Defences — Evidence — Admissibility — Unknown third party suspect — Accused denied involvement in abduction-murder case — Accused sought to adduce evidence at trial that unknown third party suspect involved in similar alleged abduction which accused could not have committed — Trial judge found on balance of probabilities that alleged abduction had not happened and refused to admit evidence — Appropriate framework for determining admissibility of defence-led evidence concerning unknown third party suspect — To what extent framework requires trial judge to assess and weigh evidence of unknown third party suspect.*

In 2007, G was charged with the first degree murder of D, a notorious cold-case, on the basis of newly-tested DNA evidence. G denied any involvement in the murder, and sought to adduce evidence to suggest that, based on the *modus operandi* and other physical evidence, D's abductor had also abducted W while G was in custody.

Having found that the same legal test applied to the admissibility of known third party suspect evidence and unknown third party suspect evidence, the trial judge concluded on a balance of probabilities that the alleged abduction of W had not happened. He refused to admit the evidence. G was convicted of second degree murder by the jury. The Manitoba Court of Appeal concluded that G should have been permitted to lead the evidence, allowed his appeal and ordered a new trial.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Mark Edward Grant** *Intimé*

**RÉPERTORIÉ : R. c. GRANT**

**2015 CSC 9**

N° du greffe : 35664.

2014 : 14 novembre; 2015 : 5 mars.

Présents : Les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Droit criminel — Moyens de défense — Preuve — Admissibilité — Tiers suspect inconnu — Participation à l'enlèvement et au meurtre niée par l'accusé — Demande de l'accusé en vue de produire au procès la preuve qu'un tiers suspect inconnu aurait participé à un présumé enlèvement similaire que l'accusé n'aurait pas pu commettre — Conclusion du juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que le présumé enlèvement n'avait pas été commis, et refus par le juge d'admettre la preuve — Cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu — Mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve de l'existence d'un tiers suspect inconnu.*

En 2007, G a été accusé, sur la foi d'une preuve génétique récente, du meurtre au premier degré de D, un meurtre notoire non résolu. G a nié toute participation au meurtre et a cherché à produire une preuve portant à croire, du fait du *modus operandi* et d'autres éléments de preuve matérielle, que la personne qui avait enlevé D avait aussi enlevé W alors que G se trouvait sous garde.

Le juge du procès a estimé que le même critère juridique s'appliquait à l'admissibilité de la preuve d'un tiers suspect inconnu et à celle de la preuve d'un tiers suspect connu; il a donc conclu selon la prépondérance des probabilités que le présumé enlèvement de W n'avait pas été commis. Il a refusé d'admettre la preuve. Le jury a déclaré G coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que G aurait dû être autorisé à produire la preuve; elle a accueilli son appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Held:* The appeal should be dismissed.

While the tests governing known third party suspect evidence and similar fact evidence may provide useful insights into the underlying concerns and principles, they should not be stretched beyond the particular circumstances that they were designed to address. Instead, first principles governing the admissibility of evidence properly balance the competing interests that arise when the defence seeks to lead evidence of an unknown third party suspect.

Defence-led evidence is admissible where (1) the evidence is relevant to a fact in issue, and (2) the probative value of the evidence is not substantially outweighed by its prejudicial effects. The trial judge must therefore first determine whether the evidence is logically relevant to an available defence. Where the defence's theory is that an unknown third party committed the indicted crime, this factual foundation will be established by a sufficient connection between the crime for which the accused is charged and the allegedly similar incident(s) suggesting that the crimes were committed by the same person, coupled with evidence that the accused could not have committed the other offence. Once a sufficient connection is shown, the evidence will be admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value. This assessment is inherently individualized, and is capable of responding to various levels and forms of prejudice. It does not require the accused to satisfy a higher admissibility threshold or require the trial judge to engage in an enhanced evaluation of the evidence. The trial judge may not invade the province of the jury and determine the strength of the evidence.

In this case, the trial judge erred in law in treating the evidence relating to the alleged abduction of W as known third party suspect evidence and in requiring G to establish on a balance of probabilities that the alleged abduction of W took place. These errors entitled the Court of Appeal to conduct its own assessment of the evidence. It was entitled to conclude that there was evidence upon which the jury could find that the alleged crime against W had occurred and, having regard to the similarities, that it had been committed by the same person who killed D. The evidence that G could not have committed the offence against W and the evidence of similarities between the two offences would have provided some evidence capable of giving the unknown third party suspect defence an air of reality. While an appellate court is entitled to step into the shoes of the trial judge if the record permits, in this case, the Court of Appeal was not in the

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les critères qui régissent la preuve d'un tiers suspect connu et la preuve de faits similaires peuvent donner un bon aperçu des préoccupations et des principes sous-jacents, mais ils devraient se limiter aux circonstances particulières auxquelles ils étaient censés s'appliquer. En fait, les premiers principes régissant l'admissibilité de la preuve établissent un juste équilibre entre les intérêts opposés qui sont soulevés lorsque la défense cherche à produire la preuve d'un tiers suspect inconnu.

La preuve présentée par la défense est admissible lorsque (1) cette preuve est pertinente à un fait en cause, et (2) ses effets préjudiciables ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Le juge du procès doit donc tout d'abord déterminer si la preuve est logiquement pertinente à l'égard d'un moyen de défense pouvant être invoqué. Lorsque la défense prétend qu'un tiers inconnu a commis le crime reproché, ce fondement factuel sera établi par l'existence d'un lien suffisant entre le crime pour lequel l'accusé est inculpé et l'incident que l'on dit être similaire et qui porte à croire que les crimes ont été commis par la même personne, conjugué à la preuve que l'accusé n'aurait pas pu commettre l'autre infraction. Une fois démontrée l'existence d'un lien suffisant, la preuve sera admissible à moins que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante. Cette évaluation est intrinsèquement individualisée et permet de répondre aux divers degrés et aux diverses formes de préjudice. Elle n'exige pas que l'accusé satisfasse à un seuil d'admissibilité plus élevé ou que le juge entreprenne un exercice d'examen approfondi de la preuve. Le juge du procès ne doit pas s'immiscer dans la fonction du jury et déterminer la force probante de la preuve.

En l'espèce, le juge du procès a commis des erreurs de droit en considérant la preuve en lien avec le présumé enlèvement de W comme une preuve d'un tiers suspect connu et en obligeant G à établir selon la prépondérance des probabilités que W avait été enlevée. Ces erreurs autorisaient la Cour d'appel à effectuer sa propre appréciation de la preuve. La Cour d'appel pouvait conclure à l'existence d'éléments de preuve susceptibles d'amener le jury à conclure que le présumé crime contre W avait été commis et, compte tenu des similitudes, qu'il avait été commis par la même personne qui avait tué D. La preuve que G n'aurait pas pu commettre le crime contre W et la preuve des similitudes entre les deux infractions auraient fourni une preuve susceptible de donner de la vraisemblance au moyen de défense fondé sur un tiers suspect inconnu. Bien qu'une cour d'appel soit autorisée à se substituer au juge du procès si le dossier le

position to assess and weigh the extent of the probative value and the extent of prejudicial effect of the unknown third party suspect evidence. The trial judge's legal errors were clearly not minor, and do not attract the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The verdict would not necessarily have been the same had the trial judge applied the correct principles in determining the test for the admissibility of this defence evidence. As this case must be re-tried in any event, the balancing of the probative value and the prejudicial effect of the evidence is best left for the trial judge.

### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; **distinguished:** *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; **referred to:** *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824, aff'g (1975), 7 O.R. (2d) 750; *State v. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999); *United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (1991); *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (2002); *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (1998); *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (2011); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (2013); *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. v. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213; *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. v. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231; *R. v. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. v. Brousseau*, 2006 QCCA 858; *State v. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998); *R. v. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281; *R. v. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500; *R. v. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, aff'd 2014 SCC 30, [2014] 1 S.C.R. 672; *R. v. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473; *R. v. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

permet, en l'espèce, la Cour d'appel n'était pas en mesure d'examiner et d'apprécier la portée de la valeur probante et la portée des effets préjudiciables de la preuve d'un tiers suspect inconnu. Les erreurs de droit du juge du procès n'étaient manifestement pas mineures et ne commandent pas l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le verdict n'aurait pas forcément été le même si le juge du procès avait appliqué les bons principes pour déterminer le critère d'admissibilité de cette preuve de la défense. Puisqu'un nouveau procès doit avoir lieu de toute façon, il est préférable de laisser au juge du procès le soin de mettre en balance la valeur probante et l'effet préjudiciable de la preuve.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; **arrêts mentionnés :** *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824, conf. (1975), 7 O.R. (2d) 750; *State c. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999); *United States c. Stevens*, 935 F.2d 1380 (1991); *Wiley c. State*, 74 S.W.3d 399 (2002); *United States c. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (1998); *Caldwell c. State*, 356 S.W.3d 42 (2011); *Davis c. State*, 413 S.W.3d 816 (2013); *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717; *R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *R. c. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213; *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105; *R. c. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231; *R. c. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. c. Brousseau*, 2006 QCCA 858; *State c. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998); *R. c. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281; *R. c. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500; *R. c. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, conf. par 2014 CSC 30, [2014] 1 R.C.S. 672; *R. c. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473; *R. c. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.



**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91, 686(1)(b)(iii).  
*Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 100(1)(b), (3)(c), (d).

**Authors Cited**

*Cross on Evidence*, 9th Australian ed. by John D. Heydon. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2013.  
*Phipson on Evidence*, 18th ed. by Hodge M. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2013.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (Chartier C.J.M. and Monnin and Hamilton J.J.A.), 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202, 590 W.A.C. 202, 302 C.C.C. (3d) 491, [2014] 2 W.W.R. 239, [2013] M.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellMan 525 (WL Can.), setting aside a conviction for second degree murder entered by Joyal A.C.J. and ordering a new trial. Appeal dismissed.

*Amiram Kotler and Rekha Malaviya*, for the appellant.

*Saul B. Simmonds, Vanessa Hébert and Laura Robinson*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

KARAKATSANIS J. —

**I. Introduction**

[1] In 2007, the respondent, Mark Edward Grant, was charged with the first degree murder of Candace Derksen, a notorious cold-case murder that occurred in Winnipeg, Manitoba, almost 23 years earlier. The Crown's case depended substantially on the recent analysis of small quantities of DNA found at the scene of the crime. Mr. Grant challenged the DNA evidence and sought to lead evidence suggesting that an unknown third party suspect had committed the crime. The trial judge refused to admit the evidence of an allegedly similar offence committed

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 278.1 à 278.91, 686(1)(b)(iii).  
*Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, c. 44, art. 100(1)(b), (3)(c), (d).

**Doctrine et autres documents cités**

*Cross on Evidence*, 9th Australian ed. by John D. Heydon, Chatswood (N.S.W.), LexisNexis Butterworths, 2013.  
*Phipson on Evidence*, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., London, Sweet & Maxwell, 2013.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (le juge en chef Chartier et les juges Monnin et Hamilton), 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202, 590 W.A.C. 202, 302 C.C.C. (3d) 491, [2014] 2 W.W.R. 239, [2013] M.J. No. 322 (QL), 2013 CarswellMan 525 (WL Can.), annulant une déclaration de culpabilité pour meurtre au deuxième degré prononcée par le juge en chef adjoint Joyal et ordonnant la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Amiram Kotler et Rekha Malaviya*, pour l'appelante.

*Saul B. Simmonds, Vanessa Hébert et Laura Robinson*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

**I. Introduction**

[1] En 2007, l'intimé, Mark Edward Grant, a été accusé du meurtre au premier degré de Candace Derksen, un meurtre notoire non résolu commis à Winnipeg, au Manitoba, presque 23 ans auparavant. La preuve du ministère public reposait principalement sur l'analyse récente de petites quantités d'ADN trouvées sur les lieux du crime. Monsieur Grant a contesté la preuve génétique et a demandé à produire une preuve qui porterait à croire qu'un tiers suspect inconnu avait commis le crime. Le juge du procès a refusé d'admettre la preuve d'une

within months of the Derksen murder, while Mr. Grant was in custody on an unrelated matter.<sup>1</sup> Mr. Grant was subsequently convicted of second degree murder by the jury. The Manitoba Court of Appeal concluded that Mr. Grant should have been permitted to lead the evidence. It allowed his conviction appeal and ordered a new trial.

[2] The issues before this Court are the appropriate framework for determining the admissibility of defence-led evidence concerning an unknown third party suspect, and to what extent this framework requires the trial judge to assess and weigh the evidence.

[3] Obviously, the identification of an accused as the perpetrator of the crime charged is essential to establishing criminal liability. The burden to prove beyond a reasonable doubt that the person before the court is the guilty party rests squarely on the Crown. In accordance with the presumption of innocence, the accused is never required to prove her innocence. An accused person's *Charter*-protected right to make full answer and defence entitles her to challenge the Crown's case and lead evidence to raise a reasonable doubt about whether the accused committed the crime.

[4] However, the accused's rights are not the only interests at stake. The integrity of the administration of justice requires that the proceedings stay focused on the indicted crime and not devolve into trials within a trial about matters that may not be sufficiently connected to the case. Such tangents risk causing delays, confusion and distractions that undermine the trial's truth-seeking function. This risk is especially heightened where the defence seeks to introduce other alleged suspects or crimes into the trial.

<sup>1</sup> Transcript of oral reasons for judgment of the Honourable Associate Chief Justice Joyal (as he then was) of the Court of Queen's Bench of Manitoba, dated January 19, 2011, A.R., vol. I, at p. 90.

infraction prétendument similaire commise quelques mois après le meurtre de M<sup>lle</sup> Derksen, alors que M. Grant était sous garde en lien avec une autre affaire<sup>1</sup>. Par la suite, le jury a déclaré M. Grant coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel du Manitoba a conclu que M. Grant aurait dû être autorisé à produire la preuve. Elle a accueilli son appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

[2] En l'espèce, la Cour doit établir le cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu; elle doit aussi établir la mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve.

[3] De toute évidence, l'identification d'un accusé comme auteur du crime reproché est essentielle pour établir la responsabilité criminelle. Il incombe directement au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que le coupable est la personne traduite devant la cour. Conformément à la présomption d'innocence, l'accusé n'est jamais tenu de prouver son innocence. Le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, garanti par la *Charte*, l'autorise à contester la preuve du ministère public et à produire des éléments de preuve afin de soulever un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé a commis le crime.

[4] Toutefois, les droits de l'accusé ne sont pas les seuls intérêts en jeu. L'intégrité de l'administration de la justice exige que l'instance demeure axée sur le crime reproché et qu'elle ne se fractionne pas en plusieurs procès à l'intérieur d'un procès concernant des questions qui ne sont peut-être pas suffisamment reliées à l'affaire. Pareilles digressions risquent de causer des retards, de la confusion et des distractions qui minent la fonction de recherche de la vérité du procès. Ce risque est particulièrement élevé lorsque la défense cherche à introduire dans le procès d'autres présumés suspects ou crimes.

<sup>1</sup> Transcription des motifs de jugements rendus de vive voix par le juge en chef adjoint Joyal (maintenant Juge en chef) de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba, le 19 janvier 2011, d.a., vol. I, p. 90.

[5] The parties agree that balancing these interests requires the trial judge to evaluate the probative value of defence-led evidence of an unknown third party suspect against the elevated risks it poses to the integrity of the trial, but disagree about what this evaluation entails. The appellant the Manitoba Prosecution Service (the Crown) says that the trial judge must apply the stringent admissibility tests developed for known third party suspect and similar fact evidence. The defence maintains that these tests place an unfair burden on the accused and that the general rules of admissibility adequately address the issues of relevance, probative value and prejudicial effects.

[6] In my view, it is not helpful to slot evidence concerning an unknown third party suspect into categories that were not designed to accommodate it. While the tests governing known third party suspect evidence and similar fact evidence may provide useful insights into the underlying concerns and principles, they should not be stretched beyond the particular circumstances that they were designed to address.

[7] Instead, first principles governing the admissibility of evidence properly balance the competing interests that arise when the defence seeks to lead evidence of an unknown third party suspect. In such cases, the defence must first establish the logical relevance of the evidence. This may be done by demonstrating a sufficient connection — or similarity — between the crime charged and another crime the accused could not possibly have committed to support the logical inference that the same person committed both crimes. Once this threshold is met, the evidence will be admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577).

[8] In this case, I conclude that the trial judge erred in evaluating and assessing the credibility of the unknown third party suspect evidence on a balance of probabilities. I agree with the Court of Appeal that a new trial is required.

[5] Les parties conviennent que la mise en balance de ces intérêts oblige le juge du procès à apprécier la valeur probante de la preuve d'un tiers suspect inconnu produite par la défense au regard des risques élevés que cette preuve présente pour l'intégrité du procès, mais ne s'entendent pas sur les implications de cette appréciation. L'appelant, le service des poursuites du Manitoba (le ministère public), affirme que le juge du procès doit appliquer les critères stricts d'admissibilité élaborés à l'égard de la preuve d'un tiers suspect connu et de la preuve de faits similaires. La défense soutient que ces critères imposent un fardeau injuste à l'accusé et que les règles générales d'admissibilité traitent adéquatement de la pertinence, de la valeur probante et des effets préjudiciables.

[6] À mon sens, il est inutile de classer la preuve concernant un tiers suspect inconnu dans des catégories qui n'ont pas été adaptées pour elle. Les critères qui régissent la preuve d'un tiers suspect connu et la preuve de faits similaires peuvent donner un bon aperçu des préoccupations et des principes sous-jacents, mais ils devraient se limiter aux circonstances particulières auxquelles ils étaient censés s'appliquer.

[7] En fait, les premiers principes régissant l'admissibilité de la preuve établissent un juste équilibre entre les intérêts opposés qui sont soulevés lorsque la défense cherche à produire la preuve d'un tiers suspect inconnu. Dans de tels cas, la défense doit d'abord établir la pertinence logique de la preuve. Pour ce faire, elle peut établir entre le crime reproché et un autre crime que l'accusé n'aurait pas pu commettre un lien suffisant — ou une similitude — qui permet de déduire logiquement que la même personne a commis les deux crimes. Une fois cette condition préliminaire satisfaite, la preuve sera admissible à moins que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577).

[8] En l'espèce, je conclus que le juge du procès a commis une erreur en évaluant et appréciant selon la prépondérance des probabilités la crédibilité de la preuve du tiers suspect inconnu. Je conviens avec la Cour d'appel que la tenue d'un nouveau procès est nécessaire.

## II. Facts

[9] Candace Derksen, a 13-year-old girl, went missing after leaving school on Friday, November 30, 1984. Her body was discovered tied up in a shed in an industrial yard on January 17, 1985. She had died of hypothermia resulting from exposure.

[10] In May 2007, Mr. Grant was arrested and charged with first degree murder on the basis of newly tested DNA evidence.

[11] Mr. Grant denied any involvement in the abduction-murder, and sought to adduce evidence of the alleged involvement of an unknown third party suspect. That evidence related to the alleged abduction of a 12-year-old girl (P.W.) after she left school on Friday, September 6, 1985, at a time when Mr. Grant was in custody. Mr. Grant argued that the *modus operandi* and other physical evidence indicated that the same person had abducted both Candace Derksen and P.W.

### A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

[12] In reviewing the applicable legal framework, Joyal A.C.J.Q.B. concluded that the legal test set out in *R. v. Grandinetti*, 2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27, applies equally to admissibility of both unknown third party suspect evidence and known third party suspect evidence. Thus, evidence of an unknown third party suspect could be “admitted only after some threshold evidence ha[d] been demonstrated respecting a link between the third party, known or unknown, and the crime before the court” (trial transcript, A.R., vol. III, at p. 48). The trial judge also referred to this Court’s jurisprudence for similar fact evidence and, specifically, to *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908.

[13] After reviewing the documentary and testimonial evidence adduced on the *voir dire*, the trial judge found that he was “not, even on a balance of probabilities, able to conclude that the alleged offence [against P.W.] happened” (A.R., vol. I, at pp. 8-9). As a result, he found there could be no

## II. Les faits

[9] Candace Derksen, une fille de 13 ans, a été portée disparue après avoir quitté l’école le vendredi 30 novembre 1984. Le 17 janvier 1985, son corps a été retrouvé ligoté dans une remise dans une cour d’usine. Elle est morte de froid.

[10] Au mois de mai 2007, M. Grant a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré sur la foi d’une preuve génétique récente.

[11] Monsieur Grant a nié toute participation à l’enlèvement et au meurtre et a cherché à produire la preuve qu’un tiers suspect inconnu aurait pu commettre le crime. La preuve était liée au présumé enlèvement d’une fille de 12 ans (P.W.) après qu’elle eût quitté l’école le vendredi 6 septembre 1985, alors que M. Grant était sous garde. Monsieur Grant a fait valoir que le *modus operandi* et d’autres éléments de preuve matérielle portaient à croire que la même personne avait enlevé Candace Derksen et P.W.

### A. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

[12] En examinant le cadre juridique applicable, le juge en chef adjoint Joyal de la Cour du Banc de la Reine a conclu que le critère juridique énoncé dans l’arrêt *R. c. Grandinetti*, 2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27, s’applique autant à l’admissibilité de la preuve d’un tiers suspect inconnu qu’à celle de la preuve d’un tiers suspect connu. Ainsi, la preuve d’un tiers suspect inconnu pourrait être [TRADUCTION] « admise uniquement après qu’une preuve préliminaire ait établi un lien entre le tiers, connu ou non, et le crime soumis à l’examen du tribunal » (transcription du procès, d.a., vol. III, p. 48). Le juge du procès a également renvoyé à des arrêts de notre Cour portant sur la preuve de faits similaires et, spécifiquement, à *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908.

[13] Après examen de la preuve documentaire et testimoniale produite dans le cadre du voir-dire, le juge du procès a conclu qu’il n’était [TRADUCTION] « pas, même selon la prépondérance des probabilités, en mesure de conclure que la présumée infraction [à l’endroit de P.W.] a été commise » (d.a.,

unknown third party suspect and thus “no useable similarities” (p. 9). The trial judge concluded that the evidence was not sufficiently probative to justify the impact its admission would have on the length and complexity of the trial, and ordered that the defence not make any reference to the P.W. incident.

B. *Manitoba Court of Appeal, 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202*

[14] Before the Manitoba Court of Appeal, Mr. Grant appealed his conviction and brought a motion to adduce fresh evidence relating to DNA analysis and juror bias. After rejecting several grounds relating to the conviction, Monnin J.A., writing for the court, held that the trial judge erred in not allowing Mr. Grant to lead evidence relating to an alleged unknown third party suspect (paras. 9-10, 78).

[15] The Court of Appeal concluded that the trial judge made factual and credibility findings that “he was not entitled to make” in determining admissibility and that he relied “almost exclusively on the *viva voce* evidence of P.W. to the exclusion of all of the other evidence before him, including P.W.’s two prior statements” (para. 68). The trial judge erred in applying the balance of probabilities standard to determine whether the P.W. incident occurred; he should have instead applied the *Seaboyer* test that broadly governs the admissibility of defence-led evidence (paras. 73-74). Furthermore, in determining whether the defence theory had an air of reality, all that was required was “some evidence” that could leave a jury with a reasonable doubt as to the accused’s guilt (para. 68).

[16] The Court of Appeal characterized the evidence tendered in this case as “more akin to similar-fact evidence” than to known third party suspect

vol. I, p. 8-9). Par conséquent, il a conclu qu’il ne pouvait y avoir de tiers suspect inconnu et qu’il n’y avait donc « aucune similitude utile » (p. 9). Le juge a conclu que la preuve n’était pas suffisamment probante pour justifier les effets que son admission aurait sur la durée et la complexité du procès et a ordonné que la défense ne fasse aucune mention de l’incident signalé par P.W.

B. *La Cour d’appel du Manitoba, 2013 MBCA 95, 299 Man. R. (2d) 202*

[14] Devant la Cour d’appel du Manitoba, M. Grant a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité et a présenté une requête en production d’une nouvelle preuve liée à l’analyse génétique et à la partialité d’un juré. Après avoir rejeté plusieurs moyens d’appel liés à la déclaration de culpabilité, le juge Monnin, s’exprimant au nom de la cour, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en empêchant M. Grant de produire une preuve en lien avec un présumé tiers suspect inconnu (par. 9-10, 78).

[15] La Cour d’appel a conclu que le juge du procès avait tiré concernant les faits et la crédibilité des conclusions [TRADUCTION] « qu’il n’était pas habilité à tirer » lorsqu’il a déterminé l’admissibilité, et qu’il s’est fondé « presque exclusivement sur le témoignage de vive voix de P.W. en excluant tous les autres éléments de preuve à sa disposition, dont les deux déclarations antérieures de P.W. » (par. 68). Le juge du procès a commis une erreur en appliquant la norme de la prépondérance des probabilités pour déterminer si l’incident signalé par P.W. a eu lieu; il aurait dû plutôt appliquer le critère de l’arrêt *Seaboyer* qui régit de façon générale l’admissibilité de la preuve produite par la défense (par. 73-74). De plus, pour déterminer si la thèse de la défense était vraisemblable, il suffisait seulement de démontrer « l’existence d’une preuve » susceptible de semer dans l’esprit du jury un doute raisonnable quant à la culpabilité de l’accusé (par. 68).

[16] La Cour d’appel a indiqué que la preuve présentée en l’espèce [TRADUCTION] « ressemblait davantage à une preuve de faits similaires » qu’à

evidence (para. 72). However, the court concluded that the test applicable to Crown-led similar fact evidence does not apply when such evidence is advanced by an accused; rather, defence-led similar fact evidence is admissible unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value, in accordance with *Seaboyer*.

[17] The Court of Appeal concluded that the evidence pertaining to the P.W. incident was “very relevant” and “pointed to the possibility that the same person who killed Candace Derksen abducted P.W., if the jury so found that to have occurred” (para. 70). As Mr. Grant was in custody at the time of the P.W. incident, this evidence “could provide the basis upon which a reasonable, properly instructed jury could acquit” (*ibid.*). The court concluded that, since the prejudicial effects of the evidence did not substantially outweigh its probative value, Mr. Grant should have been permitted to place the evidence of the P.W. incident before the jury (para. 78). The court noted that this evidence was also relevant in assessing the evidence of the defence DNA expert that excluded Mr. Grant as a suspect. The accused was denied his opportunity to make full answer, and this legal error was sufficient to set aside the conviction and order a new trial.

### III. Analysis

#### A. *Principles Governing the Admission of Defence Evidence in Criminal Proceedings*

[18] The truth-seeking function of the trial creates a starting premise that all relevant evidence is admissible (*R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). Evidence is logically relevant where it has any tendency to prove or disprove a fact in issue (*Corbett*, at p. 715).

[19] However, not all relevant evidence is admissible. The trial judge must also balance the probative

une preuve d’un tiers suspect connu (par. 72). Toutefois, la cour a conclu que le critère applicable à la preuve de faits similaires présentée par le ministère public ne s’applique pas lorsque cette preuve est présentée par un accusé; en fait, la preuve de faits similaires présentée par la défense est admissible à moins que ses effets préjudiciables l’emportent sensiblement sur sa valeur probante, conformément à l’arrêt *Seaboyer*.

[17] La Cour d’appel a conclu que la preuve en lien avec l’incident signalé par P.W. était [TRADUCTION] « très pertinente » et « indiquait la possibilité que la même personne qui a assassiné Candace Derksen ait enlevé P.W., si le jury estime que cet enlèvement a eu lieu » (par. 70). Comme M. Grant était sous garde au moment de l’incident signalé par P.W., cette preuve « pouvait permettre à un jury raisonnable et adéquatement informé de prononcer l’acquittement » (*ibid.*). La cour a conclu que, puisque les effets préjudiciables de la preuve ne l’emportaient pas sensiblement sur sa valeur probante, M. Grant aurait dû être autorisé à présenter au jury la preuve de l’incident signalé par P.W. (par. 78). La cour a indiqué que cette preuve était également pertinente pour apprécier la preuve de l’expert de la défense en matière d’ADN qui écartait M. Grant comme suspect. L’accusé n’a pas eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière, et cette erreur de droit était suffisante pour annuler la déclaration de culpabilité et ordonner la tenue d’un nouveau procès.

### III. Analyse

#### A. *Les principes régissant l’admission d’une preuve présentée par la défense dans un procès criminel*

[18] La fonction de recherche de la vérité du procès introduit un principe de base selon lequel tous les éléments de preuve pertinents sont admissibles (*R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). La preuve est logiquement pertinente lorsqu’elle tend à établir ou à réfuter un fait en cause (*Corbett*, p. 715).

[19] Toutefois, les éléments de preuve pertinents ne sont pas tous admissibles. Le juge du procès doit

value of the evidence against the prejudicial effects of its admission (*R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *Corbett; Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *Seaboyer; R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562). Evidence led by the Crown will be excluded where its prejudicial effects outweigh its probative value (*Seaboyer*). The presumption of the accused's innocence leads us to strike a different balance where defence-led evidence is concerned. As this Court explained in *Seaboyer*, "the prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law" (p. 611; see also *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Arcangioli*, [1994] 1 S.C.R. 129).

[20] In order for the judge to put a defence to the jury, the accused must point to evidence on the record that gives the defence an air of reality (*R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3). The trial judge must determine whether there is some evidence that is "reasonably capable of supporting the inferences required for the defence to succeed" (*ibid.*, at para. 83). The air of reality test applies to all defences, and acts as a threshold to ensure that "fanciful or far-fetched" defences are not put before the trier of fact (para. 84). When applying this test, the trial judge must take the evidence to be true and must not assess credibility or make other findings of fact (para. 54).

[21] These principles are distinct, but may be interrelated. In most cases, where the defence evidence relates to the facts underlying the offence charged, the logical relevance and the admissibility of the evidence will be obvious. However, where the evidence refers to a factual matrix beyond the offence charged, its relevance to a fact in issue or an available defence may be less clear. In such circumstances, the gate-keeping role of the trial judge may require her to determine whether the evidence

également mettre en balance la valeur probante de l'élément de preuve et les effets préjudiciables qui pourraient découler de son admission (*R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *Corbett; Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *Seaboyer; R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562). La preuve présentée par le ministère public sera exclue si ses effets préjudiciables l'emportent sur sa valeur probante (*Seaboyer*). Lorsque la preuve est présentée par la défense, la présomption d'innocence de l'accusé amène la Cour à établir un équilibre différent. Comme notre Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Seaboyer*, « [l]e juge ne pourra [...] écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante » (p. 611; voir aussi *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129).

[20] Pour que le juge puisse soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, l'accusé doit signaler les éléments de preuve au dossier indiquant que le moyen de défense est vraisemblable (*R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3). Le juge du procès doit déterminer s'il existe une preuve « raisonnablement susceptible d'étayer les inférences requises pour que le moyen de défense invoqué soit retenu » (*ibid.*, par. 83). Le critère de la vraisemblance s'applique à tous les moyens de défense et agit comme condition préliminaire pour assurer que les moyens de défense « farfelus ou tirés par les cheveux » soient soustraits à l'appréciation du juge des faits (par. 84). Lorsqu'il applique ce critère, le juge du procès doit admettre la véracité de la preuve et s'abstient d'examiner la crédibilité ou de tirer des conclusions de fait (par. 54).

[21] Ces principes sont distincts mais peuvent être interreliés. Dans la plupart des cas, lorsque la preuve que soulève la défense a trait aux faits sur lesquels repose l'infraction reprochée, la pertinence de la preuve au plan de la logique et son admissibilité seront évidentes. Toutefois, lorsque la preuve a trait à un cadre factuel sans lien avec l'infraction reprochée, sa pertinence en rapport avec un fait en cause ou un moyen de défense possible peut s'avérer moins évidente. Dans ces cas, le rôle du juge du

is logically relevant and connected to a defence that has an air of reality. For example, while the degree of similarity may be logically relevant to whether the same person committed the offence, it will not relate to a fact in issue at trial unless the defence has an air of reality. In this case, the unknown third party suspect defence will not have an air of reality unless there is evidence that the accused could not have committed the other offence. Thus, logical relevance will sometimes be assessed with reference to whether the defence for which the evidence is tendered is available. That said, the air of reality test set out in *Cinous* does not displace the *Seaboyer* admissibility test. The air of reality test and the *Seaboyer* admissibility test remain two distinct inquiries.

[22] These principles are firmly established in this Court’s jurisprudence and are not generally challenged by the parties to this appeal. Instead, the dispute concerns their proper application to evidence concerning an unknown third party suspect.

[23] The Crown argues that a modified version of *Seaboyer* must be applied, incorporating aspects of the tests governing similar fact and known third party suspect evidence. I disagree. As I discuss below, these tests are designed to respond to the particular risks and benefits presented by particular types of evidence. Where evidence does not fit within these categories — where it does not present these specific risks and benefits — its admission is governed directly by the general principles of admissibility set out in *Corbett* and *Seaboyer*.

**B. *The Known Third Party Suspect Test Does Not Provide the Proper Template for Determining the Relevance of Unknown Third Party Suspect Evidence***

[24] In order for evidence relating to a known third party suspect to have any probative value, the

procès à titre de gardien peut l’obliger à déterminer si la preuve présentée est logiquement pertinente et reliée à un moyen de défense vraisemblable. Par exemple, bien que le degré de similitude puisse être logiquement pertinent à la question de savoir si la même personne a commis l’infraction, il n’aura pas de lien avec un fait en cause au procès sauf si le moyen de défense soulevé est vraisemblable. En l’espèce, la défense fondée sur l’existence d’un tiers suspect inconnu ne sera pas vraisemblable sans une preuve que l’accusé n’aurait pas pu commettre l’autre infraction. Ainsi, la pertinence au plan de la logique sera parfois examinée en rapport avec la question de savoir si la défense qu’appuie l’élément de preuve présenté peut être invoquée. Cela dit, le critère de la vraisemblance établi dans l’arrêt *Cinous* n’écarte pas le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer*. Le critère de la vraisemblance et le critère d’admissibilité de l’arrêt *Seaboyer* demeurent deux examens distincts.

[22] Ces principes sont fermement établis dans la jurisprudence de notre Cour et ne sont généralement pas contestés par les parties en l’espèce. Le différend concerne plutôt leur juste application à la preuve relative à un tiers suspect inconnu.

[23] Le ministère public fait valoir qu’il faut appliquer une version modifiée du cadre d’analyse retenu dans l’arrêt *Seaboyer*, qui incorpore divers aspects des critères régissant la preuve de faits similaires et la preuve d’un tiers suspect connu. Je ne suis pas d’accord. Comme je l’indique plus loin, ces critères sont conçus pour répondre aux risques et aux avantages précis que présentent des types de preuve en particulier. Lorsque la preuve n’entre pas dans ces catégories — lorsqu’elle ne présente pas ces risques et avantages précis —, son admission est régie directement par les principes généraux d’admissibilité établis dans les arrêts *Corbett* et *Seaboyer*.

**B. *Le critère du tiers suspect connu ne fournit pas le bon cadre d’analyse pour déterminer la pertinence de la preuve d’un tiers suspect inconnu***

[24] Pour que la preuve relative à un tiers suspect connu ait une quelconque valeur probante, elle



evidence must show a sufficient connection between the third person and the crime for which the accused is charged (*Grandinetti*, at para. 47; *McMillan v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 824). The defence points to such evidence to raise a reasonable doubt that someone else committed the crime in question. Evidence that this third person had the motive, the means, or the propensity to commit the crime will often establish this sufficient connection.

[25] As this Court recognized in *McMillan*, the sufficient connection test is nothing more than an elaboration of the logical relevance analysis applied in the particular context of allegations that another, known individual committed the crime (pp. 828-29). Abella J. affirmed this point in *Grandinetti*, where she wrote:

The requirement that there be a sufficient connection between the third party and the crime is essential. Without this link, the third party evidence is neither relevant nor probative. The evidence may be inferential, but the inferences must be reasonable, based on the evidence, and not amount to speculation. [para. 47]

Without a sufficient connection between the third party and the crime, the evidence of a known third party suspect is simply not logically relevant.

[26] There is no principled reason to require that the connection be established by evidence relating directly to the third party where that individual is unknown. Such an articulation of the test — designed, for example, to capture the motive, propensity or opportunity of a known third party to commit the crime — would place an unrealistic burden on the accused. How could an accused establish the motive, propensity or opportunity of an unknown individual? (See, on this point, *State v. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999), at paras. 24-27.)

[27] Where the third party's identity is unknown, the nature of the connection must reflect a different factual matrix. In such circumstances, the sufficient connection — to anchor the relevance and probative

doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre le tiers et le crime pour lequel l'accusé est inculpé (*Grandinetti*, par. 47; *McMillan c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 824). La défense invoque une telle preuve pour soulever un doute raisonnable qu'une autre personne a commis le crime en question. La preuve que cette autre personne avait le mobile et les moyens pour commettre le crime, ou qu'elle y était prédisposée, établira souvent ce lien suffisant.

[25] Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *McMillan*, le critère du lien suffisant n'est rien de plus qu'une explication de l'analyse de la pertinence logique appliquée dans le contexte particulier d'allégations selon lesquelles une autre personne connue a commis le crime (p. 828-829). La juge Abella a confirmé ce point dans l'arrêt *Grandinetti*, où elle a écrit ce qui suit :

L'exigence d'un lien suffisant entre l'autre personne et le crime est essentielle. Faute d'un tel lien, l'élément de preuve offert n'a aucune pertinence ou valeur probante. L'élément peut reposer sur des inférences, mais celles-ci doivent être raisonnables au regard de la preuve et ne pas être spéculatives. [par. 47]

Faute d'un lien suffisant entre le tiers et le crime, la preuve d'un tiers suspect connu n'est tout simplement pas logiquement pertinente.

[26] Il n'existe aucun motif rationnel d'exiger que le lien soit établi par une preuve directement liée au tiers lorsque celui-ci est inconnu. Énoncer ainsi le critère — conçu par exemple pour démontrer qu'un tiers connu avait un mobile, a eu l'occasion de commettre le crime et y était prédisposé — imposerait à l'accusé un fardeau irréaliste. Comment l'accusé pourrait-il établir qu'une personne inconnue avait un mobile, qu'elle a eu l'occasion de commettre le crime ou qu'elle y était prédisposée? (Voir à ce sujet l'arrêt *State c. Scheidell*, 227 Wis.2d 285 (1999), par. 24-27.)

[27] Lorsque l'identité du tiers est inconnue, la nature du lien doit refléter un cadre factuel différent. Dans de telles circonstances, le lien suffisant — pour ancrer la pertinence et la valeur probante

value of the evidence — generally arises from similarities between the crime charged and another crime that the accused could not possibly have committed.

[28] This focus on the similarities between the offences is not a formulation of a new, categorical test. Rather, it reflects the principles underlying *Grandinetti* which play out differently in different factual contexts. Like known third party suspect evidence, “in the absence of some nexus with the alleged offence”, unknown third party suspect evidence will constitute mere speculation (*R. v. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), at p. 758, aff’d [1977] 2 S.C.R. 824). Unless the circumstances and similarities to the other offence are sufficient to suggest that the same individual committed both crimes, unknown third party suspect evidence will not be logically relevant.

[29] This is consistent with the approaches taken by other common law jurisdictions in assessing defence-led evidence of similar acts.<sup>2</sup>

[30] A finding of logical relevance does not end the admissibility inquiry. Even the *Grandinetti* sufficient connection test speaks only to the probative

<sup>2</sup> Australian law requires the defence to show “a sufficient similarity between the two acts as to allow the jury to conclude that there is a real possibility that the same person was involved” (J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (9th Aust. 2013), at p. 713). In the United Kingdom, evidence of the bad character of someone other than the defendant is admissible where the similarities give the evidence “substantial probative value” (*Criminal Justice Act 2003* (U.K.), 2003, c. 44, s. 100(1)(b), (3)(c) and (d); H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at paras. 22-04, 22-24 to 22-27). Similarly, in the United States, some federal and state jurisprudence holds that defence-led evidence of similar acts will be admissible where it is “sufficiently similar to the crime at bar so that it is relevant” (*United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (3rd Cir. 1991), at p. 1384; *Scheidell*, at paras. 39-41; *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (Tex. Crim. App. 2002), at p. 406; *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir. 1998), at p. 1191; *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (Tex. Ct. App. 2011), at p. 47 (citing *Wiley* and *McVeigh*); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (Tex. Ct. App. 2013), at p. 833 (citing *Wiley*)).

de la preuve — découle généralement des similitudes entre le crime reproché et un autre crime que l’accusé n’aurait pas pu commettre.

[28] Cette importance accordée aux similitudes entre les infractions ne constitue pas une formulation d’un critère catégorique nouveau. Elle reflète plutôt les principes sur lesquels repose l’arrêt *Grandinetti* qui s’appliquent de manière différente dans des contextes factuels différents. Tout comme la preuve d’un tiers suspect connu, [TRADUCTION] « en l’absence d’un quelconque lien avec l’infraction alléguée », la preuve d’un tiers suspect inconnu constituera de la pure spéculation (*R. c. McMillan* (1975), 7 O.R. (2d) 750 (C.A.), p. 758, conf. par [1977] 2 R.C.S. 824). À moins que les circonstances de l’autre infraction et les similitudes présentes soient suffisantes pour donner à penser que la même personne a commis les deux crimes, la preuve d’un tiers suspect inconnu ne sera pas logiquement pertinente.

[29] Cela concorde avec les méthodes adoptées par d’autres pays de common law pour examiner la preuve de faits similaires présentée par la défense<sup>2</sup>.

[30] Le fait de conclure à la pertinence logique de la preuve ne met pas fin à l’examen de l’admissibilité. Même le critère du lien suffisant établi dans

<sup>2</sup> En droit australien, la défense doit démontrer [TRADUCTION] « une similitude suffisante entre les deux actes pour permettre au jury de conclure qu’il est réellement possible que la même personne ait commis le crime » (J. D. Heydon, *Cross on Evidence* (9th Aust. 2013), p. 713). Au Royaume-Uni, la preuve de la mauvaise moralité d’une personne autre que le défendeur est admissible lorsque les similitudes donnent à la preuve une [TRADUCTION] « grande valeur probante » (*Criminal Justice Act 2003* (R.-U.), 2003, c. 44, al. 100(1)(b), (3)(c) et (d); H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18<sup>e</sup> éd. 2013), par. 22-04, 22-24 à 22-27). De même, aux États-Unis, la jurisprudence fédérale et de certains États indique qu’une preuve d’actes similaires présentée par la défense sera admissible lorsqu’elle est [TRADUCTION] « suffisamment similaire au crime en question, de sorte qu’elle est pertinente » (*United States v. Stevens*, 935 F.2d 1380 (3rd Cir. 1991), p. 1384; *Scheidell*, par. 39-41; *Wiley v. State*, 74 S.W.3d 399 (Tex. Crim. App. 2002), p. 406; *United States v. McVeigh*, 153 F.3d 1166 (10th Cir. 1998), p. 1191; *Caldwell v. State*, 356 S.W.3d 42 (Tex. Ct. App. 2011), p. 47 (citant *Wiley* et *McVeigh*); *Davis v. State*, 413 S.W.3d 816 (Tex. Ct. App. 2013), p. 833 (citant *Wiley*)).

value side of the *Seaboyer* equation. Once the relevance threshold is met, the trial judge must still be satisfied that the probative value of the evidence tendered by the defence is not substantially outweighed by its prejudicial effects.

C. *The Admissibility Test for Crown-led Similar Fact Evidence Does Not Apply to Defence-led Evidence of the Similar Acts of a Non-accused*

[31] Similar fact evidence is, most commonly, evidence of the accused's prior bad acts led by the Crown. Such evidence is presumptively inadmissible, as its highly prejudicial effects generally outweigh its probative value (*R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Handy*). As this Court noted in *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717, at p. 732, putting evidence of the accused's "prior immoral or illegal acts" before the jury inevitably results in a "heavy prejudice" to the accused. The presumptive inadmissibility of this evidence is tied to both the moral aspect of this prejudice — the danger that the trier of fact will wrongfully convict the accused simply to condemn her for her prior bad acts — and the reasoning aspect of this prejudice — the danger that the trier of fact will become distracted by the similar bad act evidence and accord it more weight than it merits (*Handy*, at paras. 139-47). Exceptionally, similar fact evidence will be admitted where, based on the similarity of the alleged acts, the Crown "satisf[ies] the trial judge on a balance of probabilities that . . . the probative value of the evidence in relation to a particular issue outweighs its potential prejudice and thereby justifies its reception" (*Handy*, at para. 55). Where the Crown leads similar fact evidence to establish the *identity of the perpetrator*, the Crown must satisfy the trial judge that, on a balance of probabilities, "the same person committed the alleged similar acts" (*Arp*, at para. 48).

l'arrêt *Grandinetti* ne porte que sur l'aspect relatif à la valeur probante du critère établi dans l'arrêt *Seaboyer*. Une fois le critère de la pertinence satisfait, le juge du procès doit encore être convaincu que les effets préjudiciables de la preuve présentée par la défense ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante.

C. *Le critère d'admissibilité de la preuve de faits similaires présentée par le ministère public ne s'applique pas à la preuve d'actes similaires d'une personne non accusée présentée par la défense*

[31] La preuve de faits similaires est, le plus souvent, une preuve d'actes antérieurs répréhensibles de l'accusé présentée par le ministère public. La preuve de cette nature est présumée inadmissible, puisque ses effets très préjudiciables l'emportent généralement sur sa valeur probante (*R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Handy*). Comme l'a observé notre Cour dans l'arrêt *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717, p. 732, présenter au jury la preuve que l'accusé a commis des « actes immoraux ou illégaux antérieurs » cause inévitablement un « préjudice grave » à l'accusé. La présomption d'inadmissibilité de cette preuve est liée tant à l'aspect moral de ce préjudice — le danger que le juge des faits déclare l'accusé coupable à tort simplement afin de le condamner pour avoir commis des actes antérieurs répréhensibles — qu'à l'aspect lié au raisonnement de ce préjudice — le danger que le juge des faits se laisse influencer par la preuve d'actes répréhensibles similaires et lui accorde plus de poids qu'elle n'en mérite (*Handy*, par. 139-147). Exceptionnellement, la preuve de faits similaires sera admise lorsque, compte tenu de la similitude entre les actes présumés, le ministère public « convain[c] le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que [. . .] la valeur probante de la preuve relative à une question donnée l'emporte sur le préjudice qu'elle peut causer et justifie ainsi sa réception » (*Handy*, par. 55). Lorsque le ministère public présente une preuve de faits similaires pour établir l'*identité de l'auteur du crime*, il doit convaincre le juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que « les actes similaires reprochés ont été commis par la même personne » (*Arp*, par. 48).

[32] In addition to applying the *Grandinetti* test for known third party suspects, the trial judge in the present case applied a “balance of probabilities” threshold test to determine whether the P.W. incident actually occurred. In so doing, he referred to the admissibility test for Crown-led similar fact evidence, as set out in *Handy*. The Court of Appeal found that the evidence in question was “akin to similar-fact evidence”, but noted that, because this is defence-led evidence, *Seaboyer*, not *Handy*, governs its admissibility (paras. 73-74).

[33] This conclusion is consistent with the approach taken by Canadian appellate courts where evidence of a non-accused’s similar acts is sought to be introduced. Appellate courts faced with this issue have consistently found that such evidence is not governed by the test applicable to evidence of an accused’s similar acts (see, for example, *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.); *R. v. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213 (Ont. C.A.), at para. 104; *R. v. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *R. v. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231 (B.C.C.A.); *R. v. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. v. Brousseau*, 2006 QCCA 858).

[34] Defence-led evidence concerning an unknown third party suspect is only similar fact evidence in the sense that its probative value is derived from the similarity between the incidents where it is impossible for the accused to have committed the uncharged offence. An onus requiring proof on a balance of probabilities is *not* consistent with the lower evidential burden of the accused to put a defence in issue by adducing sufficient evidence “upon which a properly instructed jury acting reasonably could acquit” (*Cinous*, at para. 49). Rendering such defence-led evidence presumptively inadmissible would effectively impose a persuasive burden on the accused to prove her innocence. As this Court noted in *Seaboyer*, the test governing defence-led evidence must be accountable to “the fundamental

[32] En plus d’appliquer le critère établi dans l’arrêt *Grandinetti* concernant les tiers suspects connus, le juge du procès en l’espèce a appliqué la norme de la « prépondérance des probabilités » pour déterminer si l’incident signalé par P.W. a vraiment eu lieu. Pour ce faire, il a fait référence au critère d’admissibilité applicable à la preuve de faits similaires présentée par le ministère public établi dans l’arrêt *Handy*. La Cour d’appel a conclu que la preuve en question était semblable [TRADUCTION] « à une preuve de faits similaires », mais a indiqué que, comme cette preuve est présentée par la défense, l’arrêt *Seaboyer*, et non l’arrêt *Handy*, régit son admissibilité (par. 73-74).

[33] Cette conclusion concorde avec la méthode retenue par les tribunaux d’appel canadiens lorsque l’on cherche à présenter une preuve de faits similaires d’une personne non accusée. Les tribunaux d’appel saisis de cette question ont systématiquement conclu qu’une telle preuve n’est pas régie par le critère applicable à la preuve d’actes similaires d’un accusé (voir, par exemple, *R. c. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.); *R. c. Pollock* (2004), 187 C.C.C. (3d) 213 (C.A. Ont.), par. 104; *R. c. Kendall* (1987), 35 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *R. c. Sims* (1994), 28 C.R. (4th) 231 (C.A. C.-B.); *R. c. Hamilton*, 2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80; *R. c. Brousseau*, 2006 QCCA 858).

[34] La preuve présentée par la défense concernant un tiers suspect inconnu constitue une preuve de faits similaires uniquement dans le sens où sa valeur probante découle de la similitude entre les incidents lorsqu’il est impossible que l’accusé ait commis l’infraction pour laquelle il n’est pas accusé. Un fardeau exigeant une preuve selon la prépondérance des probabilités n’est *pas* compatible avec le fardeau de présentation moins lourd qui incombe à l’accusé de soumettre un moyen de défense en présentant une preuve suffisante « [qui] permettrait à un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement de prononcer l’acquittement » (*Cinous*, par. 49). Présumer l’inadmissibilité d’une telle preuve présentée par la défense imposerait à l’accusé le fardeau de prouver

tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted” (p. 611).

[35] Moreover, unknown third party suspect evidence does not risk causing moral prejudice to the accused. Such evidence is intended to be exculpatory when raised by an accused, as it was in this case. Although the evidence engages some of the same reasoning prejudice concerns as does evidence of the prior bad acts of the accused (*Arp*, at para. 40; *Handy*, at para. 37), this prejudice can be addressed directly under *Seaboyer*.

[36] To conclude, the balance of probabilities test governing the admissibility of similar fact evidence does not apply to unknown third party suspect evidence proffered by the accused. The similarity of the acts goes to the relevance of the evidence, but imposing the onus of the *Handy* test on the accused is neither consistent with the presumption of innocence nor necessary to protect the accused from moral prejudice. Any reasoning prejudice or risks to the integrity of the trial process engaged by this evidence are better addressed directly within the *Seaboyer* framework.

#### D. *The Seaboyer Test Applies to the Admission of Unknown Third Party Suspect Evidence*

[37] In my view, the admissibility of evidence concerning an unknown third party suspect is best determined in accordance with the broader, principled approach to the admission of evidence found in *Seaboyer*. Evaluating the admissibility of this evidence under *Seaboyer*, rather than under disparate tests not designed for its particularities, allows the trial judge to tailor her evaluation and weighing of the probative value and prejudicial effects of the

son innocence. Comme l’a relevé notre Cour dans l’arrêt *Seaboyer*, le critère applicable à la preuve présentée par la défense doit être assujéti au « principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable » (p. 611).

[35] De plus, la preuve d’un tiers suspect inconnu ne risque pas de causer un préjudice moral à l’accusé. Pareille preuve se veut disculpatoire lorsqu’elle est invoquée par un accusé, comme c’était le cas en l’espèce. Bien que cette preuve suscite quelques-unes des mêmes préoccupations à l’égard du préjudice par raisonnement que la preuve d’actes antérieurs répréhensibles de l’accusé (*Arp*, par. 40; *Handy*, par. 37), on peut redresser ce préjudice en appliquant directement le critère établi dans l’arrêt *Seaboyer*.

[36] En conclusion, la norme de la prépondérance des probabilités régissant l’admissibilité d’une preuve de faits similaires ne s’applique pas à la preuve d’un tiers suspect inconnu présentée par l’accusé. La similitude entre les actes démontre la pertinence de la preuve, mais le fait d’imposer à l’accusé le fardeau de satisfaire au critère établi dans l’arrêt *Handy* n’est ni conforme à la présomption d’innocence, ni nécessaire pour protéger l’accusé d’un préjudice moral. Il convient d’examiner la question du préjudice par raisonnement ou du risque à l’intégrité du procès que suscite cette preuve en appliquant directement le cadre d’analyse prévu dans l’arrêt *Seaboyer*.

#### D. *Le critère établi dans l’arrêt Seaboyer s’applique à l’admission de la preuve d’un tiers suspect inconnu*

[37] À mon sens, le meilleur moyen pour déterminer l’admissibilité de la preuve concernant un tiers suspect inconnu consiste à l’examiner en suivant la démarche plus large, fondée sur des principes, adoptée dans l’arrêt *Seaboyer*. Le fait d’évaluer l’admissibilité de cette preuve sur le fondement de l’arrêt *Seaboyer*, plutôt que par l’application de critères disparates qui ne tiennent pas compte de ses particularités, permet au juge du procès d’adapter

evidence to the specific facts presented. In accordance with *Seaboyer*, once the evidence has been found to be relevant, unknown third party suspect evidence will be admitted unless its prejudicial effects substantially outweigh its probative value.

[38] As noted above, there are two components to the *Seaboyer* analysis. First, in applying *Seaboyer*, the trial judge must assess the potential probative value of the evidence. Where the evidence relates to an unknown third party suspect, probative value will depend in part on the strength of the connection or nexus between the two events — that is, the degree of similarity between the indicted crime and the allegedly similar incident. As the Supreme Court of Wisconsin noted in *Scheidell*, “the greater the similarity, complexity, and distinctiveness of the events, as well as the relative frequency of the event, the stronger the case for admission” (para. 41, citing *State v. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998), at para. 54).

[39] Second, the *Seaboyer* test is concerned with the potential prejudicial effects of the evidence. Unknown third party suspect evidence, like Crowned similar fact evidence, poses a particular risk of reasoning prejudice. Introducing evidence of other crimes that are sufficiently similar to the crime charged may risk “the distraction of members of the jury from their proper focus on the charge itself aggravated by the consumption of time” (*Handy*, at para. 144).

[40] However, these significant prejudicial effects must nonetheless be evaluated in accordance with the fundamental principles governing criminal proceedings. In giving constitutional protection to the accused’s rights to make full answer and defence and to be presumed innocent until proven guilty, we must accept a certain amount of complexity, length, and distraction from the Crown’s case as a necessary concession to the actualization of those rights. (See,

au cadre factuel précis son évaluation et son appréciation de la valeur probante et des effets préjudiciables de la preuve. Conformément à l’arrêt *Seaboyer*, une fois qu’elle a été jugée pertinente, la preuve relative à un tiers suspect inconnu sera admise à moins que ses effets préjudiciables l’emportent sensiblement sur sa valeur probante.

[38] Comme je l’ai déjà dit, l’analyse fondée sur l’arrêt *Seaboyer* comporte deux volets. Premièrement, en appliquant l’arrêt *Seaboyer*, le juge du procès doit évaluer la valeur probante potentielle de la preuve. Lorsque la preuve a trait à un tiers suspect inconnu, la valeur probante dépendra en partie de la force du lien entre les deux événements — c’est-à-dire le degré de similitude entre le crime dont la personne est accusée et l’incident que l’on dit être similaire. Comme la Cour suprême du Wisconsin l’a indiqué dans l’arrêt *Scheidell*, [TRADUCTION] « plus la similitude entre les événements est grande, et plus la complexité, la particularité et la fréquence relative des événements sont grandes, plus la balance penchera en faveur de l’admission » (par. 41, citant *State c. Sullivan*, 216 Wis.2d 768 (1998), par. 54).

[39] Deuxièmement, le critère fondé sur l’arrêt *Seaboyer* traite des effets préjudiciables potentiels de la preuve. La preuve d’un tiers suspect inconnu, comme la preuve de faits similaires présentée par le ministère public, présente un risque particulier de préjudice par raisonnement. Le fait d’introduire une preuve d’autres crimes suffisamment similaires au crime reproché peut risquer « d’empêcher les membres du jury de bien se concentrer sur l’accusation elle-même, [fait qui est] aggravé par le temps » (*Handy*, par. 144).

[40] Toutefois, ces effets préjudiciables importants doivent néanmoins être évalués conformément aux principes fondamentaux qui régissent les poursuites criminelles. En conférant la protection constitutionnelle au droit de l’accusé à une défense pleine et entière, ainsi qu’à son droit d’être présumé innocent tant qu’il n’est pas déclaré coupable, nous devons accepter que le procès soit relativement complexe et long et que l’attention du jury risque d’être

for example, *Scheidell*, at para. 65, per Abrahamson C.J., dissenting in the result.)

[41] Contrary to the Crown's submissions, applying *Seaboyer* does not "mak[e] the test for admissibility turn on whether or not the third party is named" (A.F., at para. 44). Known third party suspect evidence is already subject to the *Seaboyer* admissibility test: do the prejudicial effects substantially outweigh the probative value? (See, for example, *R. v. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 (third party suspect evidence); *R. v. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 (hearsay evidence of a third party suspect).) Indeed, defence-led evidence is generally subject to *Seaboyer* (*Shearing* (defence cross-examination of a complainant); *R. v. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1 (complainant's credibility); *R. v. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, aff'd 2014 SCC 30, [2014] 1 S.C.R. 672 (deceased victim's criminal convictions); *R. v. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473 (Ont. C.A.) (third party records in the possession of the accused); *Pollock* (character evidence of a co-accused); *R. v. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347 (Ont. C.A.) (defence hearsay evidence); *Hamilton* (bad character evidence of the deceased)). Thus, while the principles in *Seaboyer* will always apply, they play out differently in different situations.

[42] As this discussion demonstrates, many of the concerns animating the specific tests governing the admissibility of known third party suspect and similar fact evidence are also addressed in the *Seaboyer* analysis. In all cases, the evidence must be beyond mere speculation and conjecture. The value of the evidence must be balanced against the risks posed to the integrity of the trial when a party seeks to expand the ambit of the trial to individuals or events not directly related to the crime indicted.

détournée de la preuve du ministère public. Il s'agit d'un compromis nécessaire à la matérialisation de ces droits. (Voir, par exemple, l'arrêt *Scheidell*, par. 65, le juge en chef Abrahamson, dissident quant au résultat.)

[41] Contrairement à ce qu'affirme le ministère public, appliquer l'arrêt *Seaboyer* ne fait pas [TRA-DUCTION] « reposer le critère d'admissibilité sur la question de savoir si le tiers est nommé ou non » (m.a., par. 44). La preuve d'un tiers suspect connu est déjà assujettie au critère d'admissibilité établi dans l'arrêt *Seaboyer* : les effets préjudiciables l'emportent-ils sensiblement sur la valeur probante? (Voir, par exemple, *R. c. Murphy*, 2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 (preuve d'un tiers suspect); *R. c. Underwood*, 2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 (preuve par ouï-dire d'un tiers suspect).) Certes, la preuve présentée par la défense est généralement assujettie à l'arrêt *Seaboyer* (*Shearing* (contre-interrogatoire de la plaignante par la défense); *R. c. Clarke* (1998), 129 C.C.C. (3d) 1 (crédibilité de la plaignante); *R. c. Jackson*, 2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358, conf. par 2014 CSC 30, [2014] 1 R.C.S. 672 (condamnations criminelles de la victime décédée); *R. c. C. (T.)* (2004), 189 C.C.C. (3d) 473 (C.A. Ont.) (documents d'un tiers en la possession de l'accusé); *Pollock* (preuve de moralité d'un coaccusé); *R. c. Humaid* (2006), 37 C.R. (6th) 347 (C.A. Ont.) (preuve par ouï-dire de la défense); *Hamilton* (preuve de mauvaise moralité de la personne décédée)). Ainsi, alors que les principes de l'arrêt *Seaboyer* s'appliquent toujours, ils s'appliquent de manière différente dans des situations différentes.

[42] Comme le démontre cette analyse, bon nombre des préoccupations à l'origine des critères précis régissant l'admissibilité d'une preuve d'un tiers suspect connu et d'une preuve de faits similaires sont également examinées dans l'analyse fondée sur l'arrêt *Seaboyer*. Dans tous les cas, la preuve doit constituer plus que de simples spéculations ou conjectures. La valeur de la preuve doit être pondérée au regard des risques posés à l'intégrité du procès lorsqu'une partie cherche à élargir la portée du procès en y introduisant des personnes ou des événements qui ne sont pas directement liés au crime reproché.

E. *The Trial Judge's Role as Evidentiary Gatekeeper and the Seaboyer Test*

[43] The Crown argues that the trial judge, as gatekeeper, must assess the quality and reliability of evidence as part of the admissibility inquiry. In light of the elevated risks posed by unknown third party suspect evidence, the Crown submits that the Court of Appeal dangerously lowered the threshold for third party suspect evidence by applying the “some evidence” standard articulated in *Cinous*. For the reasons that follow, I do not accept this submission.

[44] The trial judge plays a fundamentally important role as evidentiary gatekeeper, tasked with preserving both the right of the accused to make full answer and defence and the integrity of the trial process. To fulfill this mandate, the trial judge engages in a limited weighing of the evidence to ensure that the jury only considers evidence (1) that is relevant to a fact in issue, including an available defence; and (2) whose probative value is not substantially outweighed by its prejudicial effects. These inquiries often overlap. However, the trial judge is not permitted to invade the province of the jury and determine the strength of the evidence (*R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 98).

[45] The trial judge must determine whether the evidence is logically relevant to an available defence — one that can be put to the jury. The air of reality test requires the trial judge, taking the proposed evidence at its greatest strength, to determine whether the record would contain “a sufficient factual foundation for a properly instructed jury to give effect to the defence” (*R. v. Buzizi*, 2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248, at para. 16). Where the defence’s theory is that an unknown third party committed the indicted crime, this factual foundation will be established by a sufficient connection between the crime for which the accused is charged and the allegedly similar incident(s), coupled with

E. *Le rôle du juge du procès à titre de gardien de la preuve et le critère établi dans l’arrêt Seaboyer*

[43] Le ministère public soutient que le juge du procès, à titre de gardien, doit examiner la qualité et la fiabilité de la preuve lorsqu’il évalue son admissibilité. Compte tenu des risques élevés que présente la preuve d’un tiers suspect inconnu, le ministère public plaide que la Cour d’appel a imprudemment imposé une condition préliminaire moins exigeante envers la preuve d’un tiers suspect en appliquant la norme de « l’existence d’une preuve » énoncée dans l’arrêt *Cinous*. Pour les motifs qui suivent, je ne saurais accepter cette affirmation.

[44] À titre de gardien de la preuve, le juge du procès joue un rôle fondamentalement important : il doit préserver tant le droit de l’accusé à une défense pleine et entière que l’intégrité du procès. Pour remplir cette mission, le juge du procès se livre à une appréciation limitée de la preuve pour s’assurer que le jury n’examine que la preuve (1) qui est pertinente à l’égard d’un fait en cause, y compris un moyen de défense pouvant être invoqué; et (2) dont les effets préjudiciables ne l’emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Ces examens se chevauchent souvent. Toutefois, le juge du procès n’est pas autorisé à s’immiscer dans la fonction du jury et à déterminer la force probante de la preuve (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 98).

[45] Le juge du procès doit déterminer si la preuve est logiquement pertinente à l’égard d’un moyen de défense pouvant être invoqué — un moyen qui peut être soumis à l’appréciation du jury. Le critère de la vraisemblance oblige le juge du procès, tenant pour acquis le caractère très solide de la preuve proposée, à déterminer s’il pourrait exister au dossier « un fondement factuel qui permettrait à un jury convenablement instruit d’accueillir la défense » (*R. c. Buzizi*, 2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248, par. 16). Lorsque la défense prétend qu’un tiers inconnu a commis le crime reproché, ce fondement factuel sera établi par l’existence d’un lien suffisant entre le crime pour lequel l’accusé est inculpé



the impossibility that the accused committed the other offence.

[46] The trial judge must also assess and balance the extent of the probative value and prejudicial effects of the evidence in accordance with *Seaboyer*. Like the air of reality test, the *Seaboyer* admissibility test does not permit the trial judge to decide how much weight to give the evidence or to make findings of fact. Doing so would usurp the role of the jury and would place a persuasive burden on the accused inconsistent with the presumption of innocence.

[47] The Crown argues that the substantial prejudice arising from evidence concerning an unknown third party suspect requires a higher threshold for both admissibility and putting the defence to the jury. However, substantial prejudice does not require a higher threshold; it simply weighs heavier in the balance. The *Seaboyer* admissibility test does not presuppose a particular level of prejudice or probative value for certain categories of evidence; instead, it requires a trial judge to conduct the balancing process contextually, based on the particularities of the evidence before her. As an inherently individualized assessment, it is capable of responding to various levels and forms of prejudice. No other test or higher threshold is required to protect the integrity of the trial process.

[48] The same is true of the “some evidence” threshold in the air of reality test, which the Crown argues the Court of Appeal erred in applying in this case. This standard does not indirectly lower the threshold for unknown third party suspect evidence. Rather, this standard, when used in conjunction with the requirement for a sufficient connection between the crimes, respects the requirements of *Corbett*, *Seaboyer* and *Cinous*, and properly balances the integrity of the trial process with the accused’s right to make full answer and defence.

et l’incident que l’on dit être similaire, conjugué à l’impossibilité que l’accusé ait commis l’autre infraction.

[46] Le juge du procès doit également examiner et pondérer l’étendue de la valeur probante et des effets préjudiciables de la preuve conformément à l’arrêt *Seaboyer*. Tout comme le critère de la « vraisemblance », le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer* ne permet pas au juge du procès de déterminer le poids qu’il convient d’accorder à la preuve ou de tirer des conclusions de fait. Il usurperait alors le rôle du jury et imposerait à l’accusé un fardeau de persuasion incompatible avec la présomption d’innocence.

[47] Le ministère public plaide que le préjudice important qui découle de la preuve relative à un tiers suspect inconnu exige que l’admissibilité du moyen de défense et sa présentation au jury soient assujetties à un seuil plus élevé. Cependant, le préjudice important n’exige pas un seuil plus élevé; il pèse simplement plus lourd dans la balance. Le critère d’admissibilité établi dans l’arrêt *Seaboyer* ne suppose pas que les effets préjudiciables ou la valeur probante de certaines catégories de preuve doivent atteindre un degré particulier; il oblige plutôt le juge du procès à effectuer une mise en balance contextuelle, fondée sur les particularités de la preuve dont il dispose. En tant qu’évaluation intrinsèquement individualisée, cette mise en balance permet de répondre aux divers degrés et aux diverses formes de préjudice. Aucun autre critère ni seuil plus élevé n’est requis pour protéger l’intégrité du procès.

[48] Il en est de même pour la condition préliminaire de « l’existence d’une preuve » utilisée dans le critère de la vraisemblance, laquelle, selon le ministère public, aurait été mal appliquée par la Cour d’appel en l’espèce. Cette norme n’impose pas indirectement une condition préliminaire moins exigeante relativement à la preuve d’un tiers suspect inconnu. En fait, lorsqu’appliquée conjointement avec l’exigence d’un lien suffisant entre les crimes, cette norme respecte les exigences des arrêts *Corbett*, *Seaboyer* et *Cinous* et établit un juste équilibre entre l’intégrité du procès et le droit de l’accusé à une défense pleine et entière.

[49] This conclusion does not, as the Crown submits it would, increase the scope of the Crown's potential disclosure obligations such that compliance becomes impossible. The Crown continues to be required to disclose all relevant evidence to the defence (*R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, at pp. 336-40). The application of the *Stinchcombe* test obviously depends on the circumstances of each case and each disclosure request.

[50] In this case, the disclosure request was based on notes by the lead investigator in the police file on the Derksen murder concerning a similar crime (the P.W. incident) that was "very probably" connected to the Derksen murder (A.R., vol. II, at p. 135). The evidence for which disclosure was sought was clearly relevant.

[51] Where the similarities or the temporal or geographic connections between the charged crime and the crime(s) for which disclosure is sought are insufficient, the evidence will not be relevant, and disclosure will not be required. Allowing the defence to establish a sufficient connection with reference to the crimes, rather than to the suspect, does not extend the Crown's duty of disclosure.

[52] Nor does this conclusion jeopardize the Crown's ability to protect the privacy interests of individuals implicated in unrelated criminal matters or the confidentiality of ongoing investigations. The disclosure test remains one of relevancy, and the legislative measures that restrict disclosure to protect the privacy interests of individuals implicated in criminal matters continue to apply (see, for example, *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 278.1 to 278.91; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390). Moreover, the Crown exercises discretion with respect to the manner and timing of disclosure, thus allowing the Crown to delay disclosure to ensure the safety of individuals involved in an ongoing investigation (*Stinchcombe*, at pp. 339-40). This discretionary decision, like all other exercises of Crown discretion in disclosure

[49] Contrairement à ce qu'affirme le ministère public, cette conclusion n'élargit pas la portée de ses éventuelles obligations de communication de la preuve, de sorte que le respect de ces obligations devienne impossible. Le ministère public reste tenu de communiquer à la défense tous les éléments de preuve pertinents (*R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, p. 336-340). L'application du critère établi dans l'arrêt *Stinchcombe* dépend évidemment des circonstances de chaque cas et de chaque demande de communication.

[50] En l'espèce, la demande de communication était fondée sur les notes que l'enquêteur principal avait inscrites dans le dossier de la police sur le meurtre de M<sup>lle</sup> Derksen concernant un crime similaire (l'incident signalé par P.W.) qui avait [TRADUCTION] « fort probablement » un lien avec le meurtre de M<sup>lle</sup> Derksen (d.a., vol. II, p. 135). La preuve visée par la demande de communication était manifestement pertinente.

[51] Lorsque les similitudes ou les liens temporels ou géographiques entre le crime reproché et les crimes visés par la demande de communication sont insuffisants, la preuve ne sera pas pertinente et la communication ne sera pas requise. Permettre à la défense d'établir l'existence d'un lien suffisant en faisant référence aux crimes plutôt qu'au suspect n'élargit pas la portée de l'obligation de communication du ministère public.

[52] Cette conclusion ne compromet pas non plus la possibilité pour le ministère public de protéger les intérêts en matière de vie privée des personnes impliquées dans d'autres affaires criminelles ou la confidentialité des enquêtes en cours. Le critère de la communication demeure un critère de pertinence, et les mesures législatives qui limitent la communication pour protéger les intérêts en matière de vie privée des personnes impliquées dans des affaires criminelles continuent de s'appliquer (voir, par exemple, les art. 278.1 à 278.91 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390). De plus, le ministère public exerce un pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au moment de la communication, ce qui lui permet de retarder la communication afin d'assurer la sécurité des personnes impliquées dans

matters, must be justified on review (*Stinchcombe*, at p. 340).

#### F. *Summary of Analysis*

[53] To summarize, any elevated risks of prejudice that arise when an accused seeks to introduce evidence of an unknown third party suspect do not require the accused to satisfy a higher admissibility threshold or require the judge to engage in an enhanced evaluation of the evidence. Existing rules achieve the appropriate balance of maintaining the integrity of the trial process while protecting the right of an accused to make full answer and defence to the charges against her.

[54] Thus, defence evidence is admissible where (1) the evidence is relevant to a fact in issue; and (2) the probative value of the evidence is not substantially outweighed by its prejudicial effects. Where the connection between the evidence and a fact in issue at trial is not obvious, the air of reality test may help a trial judge in determining if the evidence tends to prove a defence that may become available. Relevant evidence concerning an unknown third party suspect will only be excluded where its prejudicial effects substantially outweigh its probative value.

#### G. *Application to the Facts*

[55] The trial judge erred in law in treating the evidence relating to the P.W. incident as known third party suspect evidence. The connections tying a known third party to the charged crime — generally motive, opportunity or propensity — do not fit the context of an unknown third party suspect. He also erred in requiring the accused to establish on a balance of probabilities that the alleged abduction took place. There is no such evidentiary burden on the accused where he seeks to rely on the defence that an unknown third party committed the crime in question. To the extent that the trial judge made findings of probative value and prejudicial effects, those

une enquête en cours (*Stinchcombe*, p. 339-340). Cette décision discrétionnaire, comme tous les autres exercices du pouvoir discrétionnaire du ministère public en matière de communication, doit être justifiée dans le cadre d'un contrôle judiciaire (*Stinchcombe*, p. 340).

#### F. *Résumé de l'analyse*

[53] Pour résumer, tout risque élevé de préjudice qui survient lorsqu'un accusé cherche à introduire une preuve d'un tiers suspect inconnu n'exige pas que l'accusé satisfasse à un seuil d'admissibilité plus élevé ou que le juge procède à un examen approfondi de la preuve. Les règles actuelles établissent le juste équilibre permettant de maintenir l'intégrité du procès tout en protégeant le droit de l'accusé à une défense pleine et entière contre les accusations qui pèsent contre lui.

[54] Ainsi, la preuve présentée par la défense est admissible lorsque (1) elle est pertinente à un fait en cause; et (2) ses effets préjudiciables ne l'emportent pas sensiblement sur sa valeur probante. Lorsque le lien entre la preuve et un fait en cause au procès n'est pas évident, le critère de la vraisemblance peut aider le juge du procès à déterminer si la preuve tend à établir un moyen de défense qui pourra être invoqué. La preuve pertinente concernant un tiers suspect inconnu ne sera écartée que lorsque ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante.

#### G. *Application aux faits*

[55] Le juge du procès a commis une erreur de droit en considérant la preuve en lien avec l'incident signalé par P.W. comme une preuve d'un tiers suspect connu. Les liens qui rattachent un tiers connu au crime reproché — en général le mobile, l'occasion et la propension — ne conviennent pas au contexte d'un tiers suspect inconnu. Il a également commis une erreur en obligeant l'accusé à établir selon la prépondérance des probabilités qu'il y aurait eu un enlèvement. Il n'y a pas lieu d'imposer un tel fardeau de preuve à l'accusé lorsqu'il cherche à invoquer le moyen de défense fondé sur le fait qu'un tiers inconnu a commis le crime en question.

findings are intimately tied to the incorrect balancing tests he used, and thus cannot be relied upon.

[56] These errors entitled the Court of Appeal to conduct its own assessment of the evidence (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 31-35). The court considered P.W.'s *viva voce* testimony and her prior statements to the police, which the trial judge had accepted (for the purposes of the *voir dire*) for the truth of their contents, in accordance with *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787. The court also considered other statements that had been admitted on the *voir dire* for the truth of their contents with the Crown's consent, and other evidence pertaining to the incident, including the police reports noting a possible connection between the P.W. incident and the Derksen murder.

[57] The Court of Appeal concluded that the evidence was "very relevant" and that its probative value arose from the marked similarities between the alleged abduction of P.W. and the crime for which Mr. Grant is charged. In each case, the victim was of a similar age. Both victims left school at the same time of day, on the same day of the week, nine months apart. Both were left in unlocked shed-like premises in the same industrial area of Winnipeg, 2.6 kilometres apart. Both victims were found abandoned with their hands and feet tied with similar knots. In neither case was there evidence of physical or sexual assault. The same type of gum wrapper was found at both scenes (although, in the crime charged, it was found in the deceased's pocket, suggesting it may have been hers).

[58] I cannot accept the Crown's submission that these similarities are insufficient on any test and that the evidence relied upon by the Court of Appeal would not be available at trial. As the Crown

Dans la mesure où le juge du procès a tiré des conclusions quant à la valeur probante et aux effets préjudiciables, ces conclusions sont intimement liées aux mauvais critères de pondération qu'il a appliqués, et on ne peut donc pas s'y fier.

[56] Ces erreurs autorisaient la Cour d'appel à effectuer sa propre appréciation de la preuve (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 31-35). La cour a tenu compte du témoignage de vive voix de P.W. et de ses déclarations antérieures à la police, que le juge du procès avait acceptées (pour les besoins du voir-dire) comme faisant foi de leur contenu, conformément à l'arrêt *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787. La cour a également tenu compte d'autres déclarations qui avaient été admises au voir-dire comme faisant foi de leur contenu avec le consentement du ministère public, ainsi que d'autres éléments de preuve se rapportant à l'incident, dont les rapports de police dans lesquels on avait noté un lien possible entre l'incident signalé par P.W. et le meurtre de M<sup>lle</sup> Derksen.

[57] La Cour d'appel a conclu que la preuve était [TRADUCTION] « très pertinente » et que sa valeur probante découlait des similitudes frappantes entre le présumé enlèvement de P.W. et le crime pour lequel M. Grant est accusé. Dans les deux cas, les victimes avaient à peu près le même âge. Les deux victimes avaient quitté l'école au même moment de la journée, le même jour de la semaine, à neuf mois d'écart. Les deux avaient été laissées dans des bâtiments déverrouillés ressemblant à des remises dans le même secteur industriel de Winnipeg, à 2,6 kilomètres d'écart. Les deux victimes avaient été retrouvées mains et pieds ligotés avec des nœuds similaires. Dans aucun des cas, il n'y avait eu preuve d'agression physique ou sexuelle. Le même genre d'emballage de gomme a été trouvé sur les deux lieux du crime (quoique dans le crime reproché, il a été trouvé dans la poche de la victime, laissant croire qu'il aurait pu lui appartenir).

[58] Je ne saurais accepter l'affirmation du ministère public selon laquelle ces similitudes sont insuffisantes suivant tous les critères et que la preuve sur laquelle s'est fondée la Cour d'appel ne serait

cannot resile from its concession that the various statements were admissible for their truth for the purpose of determining admissibility, the Court of Appeal was entitled to rely upon this *voir dire* evidence in assessing its potential probative value.

[59] The Court of Appeal was entitled to conclude that there was evidence upon which the jury could find that the subsequent crime had occurred and, having regard to the similarities, that it had been committed by the same person who killed Candace Derksen. In light of the evidence that the accused could not have committed the other offence, there was some evidence capable of giving the unknown third party suspect defence an air of reality.

[60] The Court of Appeal applied *Seaboyer* as follows:

It is left to be decided whether this relevant evidence should be excluded because its prejudicial effect substantially outweighed its probative value. In this case, the only prejudicial effect would be the impact this evidence would have had on the trial process in what was an already complicated and lengthy trial. From his reasons, the judge was obviously concerned about this impact. In my view, that concern did not substantially outweigh the probative value. [para. 78]

[61] *Seaboyer* requires the court to measure and weigh the extent of probative value and the extent of the prejudicial effect of the evidence. Obviously, this balancing is highly fact driven and best done by the trial judge. The prejudicial effects of this evidence primarily concern the impact on the complexity, focus, and length of the trial process. To some extent, the trial judge can craft a process that will limit these prejudicial effects. However, the trial judge did not address this issue in any detail.

[62] While an appellate court is entitled to step into the shoes of the trial judge if the record permits, in this case, the Court of Appeal was not in

pas disponible au procès. Comme le ministère public ne peut se rétracter après avoir reconnu que les diverses déclarations étaient admissibles comme faisant foi de leur contenu afin de déterminer l'admissibilité de la preuve, la Cour d'appel pouvait se fonder sur cette preuve sur voir-dire lorsqu'elle a évalué sa valeur probante potentielle.

[59] La Cour d'appel pouvait conclure à l'existence d'éléments de preuve susceptibles d'amener le jury à estimer que le crime subséquent avait eu lieu et, compte tenu des similitudes, qu'il avait été commis par la même personne qui avait tué Candace Derksen. Comme la preuve indiquait que l'accusé n'aurait pas pu commettre l'autre crime, il existait une preuve susceptible de donner de la vraisemblance au moyen de défense fondé sur un tiers suspect inconnu.

[60] La Cour d'appel a appliqué l'arrêt *Seaboyer* de la manière suivante :

[TRADUCTION] Il reste à décider si cette preuve pertinente devrait être écartée parce que ses effets préjudiciables l'emportent sensiblement sur sa valeur probante. En l'espèce, le seul effet préjudiciable serait les répercussions qu'aurait eues cette preuve sur le déroulement du procès, lequel était déjà compliqué et long. Au vu de ses motifs, le juge était manifestement préoccupé par ces répercussions. À mon sens, cette préoccupation ne l'emportait pas sensiblement sur la valeur probante. [par. 78]

[61] L'arrêt *Seaboyer* oblige le tribunal à mesurer et à apprécier la portée de la valeur probante ainsi que la portée des effets préjudiciables de la preuve. De toute évidence, cet exercice de pondération est éminemment factuel et il vaut mieux que le juge du procès s'en charge. Les effets préjudiciables de cette preuve concernent principalement les répercussions sur la complexité, l'objet principal et la durée du procès. Dans une certaine mesure, le juge du procès peut établir un processus qui limitera ces effets préjudiciables. Toutefois, le juge du procès n'a pas examiné cette question en détail.

[62] Bien qu'une cour d'appel soit autorisée à se substituer au juge du procès si le dossier le permet, en l'espèce, la Cour d'appel n'était pas en mesure

the position to assess and weigh the extent of the probative value of the unknown third party suspect evidence and the extent of prejudicial effect of this evidence.

[63] The trial judge's legal errors were clearly not minor, and do not attract the application of the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The verdict would not necessarily have been the same had the trial judge applied the correct principles in determining the test for the admissibility of this defence evidence (*R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374). This case must be re-tried in any event. In these circumstances, the balancing of the *Seaboyer* factors is best left for the trial judge.

[64] Before this Court, Mr. Grant also submitted a motion to adduce fresh evidence relating to DNA analysis and juror bias. Because of my finding with respect to the admission of evidence relating to an unknown third party suspect, it is not necessary to deal with that motion.

#### IV. Disposition

[65] The appeal is dismissed, and the Manitoba Court of Appeal's decision to order a new trial is upheld.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Gindin, Wolson, Simmonds, Roitenberg, Winnipeg.*

d'examiner et d'apprécier la portée de la valeur probante de la preuve d'un tiers suspect inconnu et la portée des effets préjudiciables de cette preuve.

[63] Les erreurs de droit du juge du procès n'étaient manifestement pas mineures et ne commandent pas l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Le verdict n'aurait pas forcément été le même si le juge du procès avait appliqué les bons principes pour déterminer le critère d'admissibilité de cette preuve de la défense (*R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, p. 374). Un nouveau procès doit avoir lieu de toute façon. Dans ces circonstances, il est préférable de laisser au juge du procès le soin de mettre en balance les facteurs énoncés dans l'arrêt *Seaboyer*.

[64] Devant notre Cour, M. Grant a également présenté une requête en présentation d'une nouvelle preuve concernant l'analyse génétique et la partialité d'un juré. Compte tenu de ma conclusion relative à l'admission de la preuve relative à un tiers suspect inconnu, il est inutile d'examiner cette requête.

#### IV. Dispositif

[65] Le pourvoi est rejeté, et la décision de la Cour d'appel du Manitoba d'ordonner la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé : Gindin, Wolson, Simmonds, Roitenberg, Winnipeg.*

**David M. Potter** *Appellant*

v.

**New Brunswick Legal Aid Services Commission, a statutory body corporate pursuant to a special act of the Province of New Brunswick** *Respondent*

**INDEXED AS: POTTER v. NEW BRUNSWICK LEGAL AID SERVICES COMMISSION**

**2015 SCC 10**

File No.: 35422.

2014: May 12; 2015: March 6.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK**

*Employment law — Constructive dismissal — Administrative suspension — Commission suspending Executive Director indefinitely with pay — Commission alleging that suspension was authorized by express or implied term of contract — Whether administrative suspension constitutes unilateral act that amounts to breach of employment contract — If so, whether decision to suspend could reasonably be perceived as having substantially changed essential terms of contract.*

*Employment law — Wrongful dismissal — Damages — Employee drawing pension benefits upon dismissal — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal — If not, whether s. 16 of Public Service Superannuation Act displaces private insurance exception and precludes employee from collecting both pension benefits and equivalent of salary — Public Service Superannuation Act, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.*

P was appointed as the Executive Director of the New Brunswick Legal Aid Services Commission (“Commission”) for a seven-year term. In the first half of that term, the relationship between the parties deteriorated

**David M. Potter** *Appellant*

c.

**Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick, personne morale constituée en vertu d’une loi spéciale de la province du Nouveau-Brunswick** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : POTTER c. COMMISSION DES SERVICES D’AIDE JURIDIQUE DU NOUVEAU-BRUNSWICK**

**2015 CSC 10**

N° du greffe : 35422.

2014 : 12 mai; 2015 : 6 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK**

*Droit de l’emploi — Congédiement déguisé — Suspension administrative — Suspension de son directeur général par la Commission pendant une période indéfinie, avec salaire — Allégation de la Commission selon laquelle le contrat autorisait expressément ou tacitement la suspension — La suspension administrative constitue-t-elle un acte unilatéral équivalant à une violation du contrat de travail? — Dans l’affirmative, la décision d’y recourir pouvait-elle raisonnablement être considérée comme une modification substantielle des conditions essentielles du contrat?*

*Droit de l’emploi — Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Prestations de retraite touchées par le salarié au moment de son congédiement — Ces prestations doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié? — Dans la négative, l’art. 16 de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics écarte-t-il l’exception relative à l’assurance privée et empêche-t-il le salarié de toucher simultanément des prestations de retraite et l’équivalent de son salaire? — Loi sur la pension de retraite dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.*

P a été nommé directeur général de la Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick (la « Commission ») pour une durée de sept ans. Pendant la première moitié de son mandat, ses relations avec la

and they began negotiating a buyout of P's employment contract. P took sick leave before the matter was resolved. Just prior to his return, and unbeknownst to P, the Commission wrote a letter to the Minister of Justice recommending that P's employment be terminated for cause. The Commission's legal counsel wrote to P's lawyer on the same date, advising that P was not to return to work until further direction from the Commission. Before the conclusion of his sick leave, the Commission suspended P indefinitely with pay and delegated his powers and duties to another person. P claimed that he was constructively dismissed and commenced litigation. The Commission took the view that in doing this, P had voluntarily resigned. The trial judge found in favour of the Commission, as did the Court of Appeal.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.: P was constructively dismissed. In light of the indefinite duration of his suspension, of the fact that the Commission failed to act in good faith insofar as it withheld reasons from him, and of the Commission's concealed intention to have him terminated, the suspension was not authorized by his employment contract. Nor did the Commission have the authority, whether express or implied, to suspend P indefinitely with pay and that suspension was a substantial change to the contract, which amounted to constructive dismissal.

The test for constructive dismissal has two branches. The court must first identify an express or implied contract term that has been breached and then determine whether that breach was sufficiently serious to constitute constructive dismissal. However, an employer's conduct will also constitute constructive dismissal if it more generally shows that the employer intended not to be bound by the contract. This approach is necessarily retrospective, as it requires consideration of the cumulative effect of past acts by the employer and the determination of whether those acts evinced an intention no longer to be bound by the contract. Given that employment contracts are dynamic in comparison with commercial contracts, courts have properly taken a flexible approach in determining whether the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by the contract.

The first branch of the test for constructive dismissal, the one that requires a review of specific terms of the contract, has two steps: first, the employer's unilateral change must be found to constitute a breach of the employment

Commission se sont détériorées, si bien que les parties ont entrepris de négocier le départ du salarié en contrepartie d'une indemnité. P a pris un congé de maladie avant que les négociations n'aboutissent. Juste avant le retour au travail de P et à son insu, la Commission a écrit au ministre de la Justice pour lui recommander le congédiement de P pour motif valable. Le même jour, son conseiller juridique a écrit au conseiller juridique de P pour lui signifier que son client ne devait pas rentrer au travail avant qu'il n'ait reçu de nouvelles directives de sa part. Avant la fin de son congé de maladie, P s'est vu suspendre indéfiniment avec salaire, et la Commission a délégué ses pouvoirs et ses fonctions à une autre personne. P a prétendu avoir été congédié de manière déguisée et a intenté une action. La Commission a considéré que, ce faisant, P avait démissionné de son gré. Le juge de première instance a tranché en faveur de la Commission, et la Cour d'appel a confirmé son jugement.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*Les* juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner : P a été congédié de manière déguisée. Étant donné la durée indéfinie de sa suspension, l'omission de la Commission d'agir de bonne foi en ne lui communiquant pas ses motifs et son intention dissimulée de le congédier, le contrat de travail n'autorisait pas la suspension. La Commission n'avait pas non plus le pouvoir, exprès ou tacite, de suspendre P indéfiniment avec salaire, de sorte qu'il y a eu modification substantielle du contrat de travail équivalant à un congédiement déguisé.

Le critère applicable au congédiement déguisé comporte deux volets. Le tribunal doit d'abord établir la violation d'une condition expresse ou tacite du contrat, puis décider si elle est suffisamment grave pour constituer un congédiement déguisé. Cependant, la conduite de l'employeur constitue également un congédiement déguisé lorsqu'elle traduit généralement son intention de ne plus être lié par le contrat. La démarche est nécessairement rétrospective dans la mesure où il faut tenir compte de l'effet cumulatif des actes antérieurs de l'employeur et déterminer s'ils traduisaient ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat. Puisque, contrairement au contrat commercial, le contrat de travail revêt un caractère dynamique, les tribunaux ont à juste titre adopté une approche souple pour décider si, par sa conduite, l'employeur avait manifesté ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat.

Selon le premier volet du critère applicable au congédiement déguisé — celui qui s'attache aux clauses précises du contrat —, deux conditions doivent être satisfaites. Premièrement, la modification unilatérale apportée par



contract and, second, if it does constitute such a breach, it must be found to substantially alter an essential term of the contract. For that second step of the analysis, the court must ask whether, at the time that the breach occurred, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed. In determining this, a court must not consider evidence consisting of information that was neither known to the employee nor reasonably foreseeable.

Constructive dismissal can take two forms: that of a single unilateral act that breaches an essential term of the contract, or that of a series of acts that, taken together, show that the employer intended to no longer be bound by the contract. In all cases, the primary burden will be on the employee to establish constructive dismissal, but where an administrative suspension is at issue, the burden will necessarily shift to the employer, which must then show that the suspension is reasonable or justified. If the employer cannot do so, a breach will have been established, and the burden will shift back to the employee at the second step of the analysis.

A finding of constructive dismissal does not require a formal termination, but a unilateral act by the employer to substantially change the contract of employment. In this case, the Commission was P's employer for most purposes, although the Crown was his employer for the purposes of appointment, reappointment and termination. In other words, the Commission had the power to substantially change P's contract, and thus to constructively dismiss him.

The express terms of P's employment contract are found in the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, and in the terms and conditions of employment established by the Commission pursuant to s. 39(2) of that Act. However, none of those terms nor conditions, or even the Act itself, refer to suspension for administrative reasons. There is simply no express grant of power to suspend.

There is also no implied grant of power to suspend. Given the nature of the Executive Director's position and the detail in which his statutory obligations were defined in the contract, the Commission had an obligation to provide P with work. Even if the Commission had an implied authority to relieve P of some or all of his statutory duties, such an authority is not unfettered, but is subject to a basic requirement of business justification. Because the Commission has failed to establish that the suspension was reasonable or justified, it cannot argue

l'employeur doit constituer une violation du contrat de travail et, deuxièmement, s'il y a bel et bien violation, elle doit modifier substantiellement une condition essentielle du contrat. Pour les besoins de cette seconde étape de l'analyse, le tribunal doit se demander si, au moment de la violation, une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le salarié aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail. Une preuve constituée de données ni connues ni raisonnablement susceptibles de l'être par le salarié ne saurait alors être prise en compte.

Un congédiement déguisé peut revêtir deux formes : celle d'un seul acte unilatéral qui emporte la violation d'une condition essentielle ou celle d'une série d'actes qui, considérés ensemble, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par le contrat. Dans tous les cas, le salarié a l'obligation première de prouver le congédiement déguisé, mais lorsqu'il y a suspension administrative, il appartient nécessairement à l'employeur de démontrer à son tour que la mesure est raisonnable ou justifiée. Si ce dernier ne peut le faire, la violation est établie et le salarié a de nouveau le fardeau de la preuve à la seconde étape de l'analyse.

Pour conclure au congédiement déguisé, il doit y avoir non pas un congédiement formel, mais un acte unilatéral de l'employeur qui modifie substantiellement le contrat de travail. En l'occurrence, la Commission était presque à tous égards l'employeur de P même si la Couronne était son employeur pour ce qui concerne sa nomination, la reconduction de son mandat et la révocation de celui-ci. En d'autres termes, la Commission avait le pouvoir de modifier substantiellement le contrat de travail de P, si bien qu'elle pouvait le congédier de manière déguisée.

Les conditions expresses du contrat de travail de P sont prévues par la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2, et la Commission établit les modalités et les conditions d'emploi suivant le par. 39(2) de cette loi. Toutefois, ces modalités et ces conditions ne font pas mention — ni même la Loi — d'une suspension administrative. Il n'existe simplement pas de pouvoir exprès de suspension.

Il n'y a pas non plus de pouvoir tacite de suspension. Étant donné la nature du poste de directeur général et le détail avec lequel les obligations légales de P figuraient au contrat, la Commission avait l'obligation de lui fournir du travail. Même si la Commission avait le pouvoir tacite de dépouiller P de la totalité de ses fonctions légales ou de certaines d'entre elles, ce pouvoir n'était pas absolu et son exercice était assujéti au respect de l'exigence fondamentale d'une justification organisationnelle. La Commission ayant omis de démontrer que la suspension était

that it was acting pursuant to an implied term of the contract, which means that the suspension constituted a unilateral act. To begin with, P was given no reasons for the suspension. In most circumstances, an administrative suspension cannot be found to be justified in the absence of a basic level of communication with the employee. At a minimum, acting in good faith in relation to contractual dealings means being honest, reasonable, candid and forthright. Failing to give an employee any reason whatsoever for his suspension is not being forthright. Moreover, the limited evidence presented in support of the Commission's ostensible purpose of facilitating a buyout is undercut by the actions that the Commission took to have P terminated. The Commission's letter to the Minister in which it recommended that P be terminated ought to be admitted at this stage of the analysis. Add to this the facts that P was replaced during the suspension period and that the period was indefinite, and there remains no doubt that the suspension was unauthorized.

Furthermore, on the evidence, it cannot be said that P acquiesced in the change. Even if P was interested in a buyout, that interest can in no way be taken as consent to his suspension, nor can it be prejudicial to his position in his action. P simply did what most employees would do if their employer raises the possibility of a buyout: listen to the offer and, depending on its terms, consider accepting it.

With respect to the second step of the first branch of the test for constructive dismissal, it was reasonable for P to perceive the unauthorized unilateral suspension as a substantial change to the contract. As far as he knew, he was being indefinitely suspended and had been given no reason for the suspension. The letter to P stated that the suspension was to continue until further direction from the Commission. When P had his lawyer write to request clarification of the Commission's instructions, the Commission persisted in its silence regarding the reason. That is sufficient to discharge P's burden here. Knowledge of the reasons given by the Commission at trial should not be imputed to P as of the time of the suspension.

In short, P has proven that the Commission's unilateral act breached his employment contract and that the breach substantially changed the essential terms of the contract. P was constructively dismissed and therefore entitled to damages for wrongful dismissal. The trial judge's provisional assessment of those damages should be adopted, with the exception that on the basis of the private insurance exception from *IBM Canada Limited v.*

raisonnable ou justifiée, elle ne pouvait prétendre agir sur la base d'une condition tacite du contrat, de sorte que la suspension constitue un acte unilatéral. D'abord, aucune raison n'a été donnée à P pour justifier sa suspension. La plupart du temps, on ne peut conclure qu'une suspension administrative est justifiée que s'il y a eu un minimum de communication avec le salarié. Dans le cadre contractuel, agir de bonne foi exige à tout le moins des parties qu'elles se montrent honnêtes, franches et raisonnables. Ne pas informer le salarié de ce qui motive sa suspension n'est pas franc. De plus, la preuve restreinte offerte pour étayer l'objectif déclaré de la Commission — favoriser la conclusion d'un accord sur une indemnité de départ — est battue en brèche par les démarches qu'elle a entreprises pour que P soit congédié. La lettre de la Commission recommandant au ministre le congédiement de P aurait dû être admise en preuve à cette étape de l'analyse. De plus, P a été remplacé et la durée de sa suspension était indéfinie, d'où la certitude que la suspension n'était pas autorisée.

Qui plus est, selon la preuve, on ne peut affirmer que P a acquiescé à la modification. Même s'il désirait mettre fin à son contrat moyennant une indemnité, on ne peut voir dans cet intérêt ni le consentement à la suspension, ni un élément préjudiciable à sa thèse. P a simplement fait ce que font la plupart des salariés lorsque l'employeur évoque la possibilité d'une indemnité de départ, soit écouter l'offre et, selon sa teneur, envisager de l'accepter.

En ce qui concerne la seconde étape du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, il était raisonnable que P voie dans sa suspension unilatérale non autorisée une modification substantielle du contrat. Pour autant qu'il savait, il était suspendu indéfiniment et aucune raison n'était invoquée. Selon la lettre qui lui était adressée, la suspension s'appliquait jusqu'à ce que la Commission lui donne de nouvelles directives. Lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur les directives de la Commission, cette dernière a persisté dans son refus de justifier la mesure. Cela suffit pour que P s'acquitte de son fardeau de preuve à cette étape. On ne doit pas considérer que, au moment de la suspension, il connaissait les motifs révélés au procès par la Commission.

En bref, P a établi que la mesure unilatérale de la Commission violait son contrat de travail et qu'il en résultait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat. Il a fait l'objet d'un congédiement déguisé et a donc droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Il convient de confirmer l'évaluation en première instance du montant des dommages-intérêts éventuels, si ce n'est que, eu égard à l'exception relative

*Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, P's pension benefits should not be deducted from the damages awarded to him. Those benefits were not intended to compensate P in the event of his being wrongfully dismissed. Section 16 of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26, does not displace the private insurance exception. Neither the ordinary meaning of the words of s. 16 nor its context support the position that the provincial legislature intended to preclude the common law rule in *Waterman*. Rather, they support the position that s. 16 is intended for situations in which a former employee who is receiving pension benefits returns to employment in the public service. It therefore neither applies to wrongful dismissal cases nor precludes P from collecting both the full damages amount and his pension benefits.

*Per* McLachlin C.J. and Cromwell J.: The trial judge made two related errors of law in his analysis of whether the Commission had repudiated P's employment contract and thereby constructively dismissed him. First, the trial judge failed to recognize that constructive dismissal may be established not only on the basis of a sufficiently serious breach, but also by conduct which, in light of all of the surrounding circumstances and viewed objectively by a reasonable person in the position of the employee, shows that the employer does not intend to be bound in the future by important terms of the contract of employment.

In this case, the surrounding circumstances reveal the following: (i) the Commission wanted to bring P's employment to an end before the expiry of the term of his contract; (ii) the Commission wanted him to stay out of the workplace indefinitely; and (iii) the Commission provided no assurances that it would continue to honour the remuneration terms of his contract in the future. Had the trial judge taken these surrounding circumstances into account, as the relevant legal principles require, rather than focusing simply on how serious a breach of contract the suspension was, he would inevitably have concluded that the Commission had evinced a clear intention not to be bound in the future by important provisions of P's employment contract.

The trial judge's second error was to exclude from consideration the fact that on the same day the Commission's counsel instructed P to stay out of the workplace indefinitely, the Commission sent a letter to the Minister of Justice seeking to have P's appointment revoked for

à l'assurance privée reconnue dans l'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, les prestations de retraite de P ne doivent pas être déduites de ce montant. Ces prestations ne visaient pas à indemniser P en cas de congédiement injustifié. L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26, n'écarte pas l'exception relative à l'assurance privée. Ni le sens ordinaire des termes employés à l'art. 16, ni le contexte de la disposition n'appuient la prétention selon laquelle le législateur provincial a voulu faire obstacle à l'application de la règle de common law issue de l'arrêt *Waterman*. Ils indiquent plutôt que l'art. 16 vise la situation de l'ancien salarié qui touche des prestations de retraite et qui reprend le travail dans les services publics. La disposition ne s'applique donc pas au congédiement injustifié, ni n'empêche P de toucher la totalité des dommages-intérêts auxquels il a droit en plus de ses prestations de retraite.

*La* juge en chef McLachlin et le juge Cromwell : Deux erreurs connexes entachent l'analyse du juge de première instance quant à savoir si la Commission a répudié le contrat de travail et de ce fait congédié P de manière déguisée. Premièrement, le juge omet de reconnaître que le congédiement déguisé peut découler non seulement d'une violation suffisamment grave, mais aussi d'actes qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par des clauses importantes du contrat de travail.

En l'espèce, les circonstances sont les suivantes : (i) la Commission entendait mettre fin à l'emploi de P avant l'expiration de son contrat, (ii) elle lui a enjoint de ne pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre et (iii) elle ne lui a pas donné l'assurance qu'elle continuerait de respecter les clauses du contrat relatives à la rémunération. Si, comme l'exigeaient les principes juridiques applicables, le juge de première instance avait tenu compte de ces circonstances et non seulement de la gravité de la violation du contrat que constituait la suspension, il aurait nécessairement conclu que la Commission avait clairement manifesté l'intention de ne plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail.

La seconde erreur du juge de première instance a été d'écarter le fait que le jour même où le conseiller juridique de la Commission a enjoint à P de ne pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre, la Commission a écrit au ministre de la Justice en vue d'obtenir la révocation pour

cause. The trial judge decided that he could only consider what P knew at the time he claimed to have been constructively dismissed.

While the law on this point is not as clear or as settled as one would wish, a non-breaching party claiming repudiation is entitled to rely on grounds actually in existence at the time of the alleged repudiation but which were unknown to him at the time. In other words, P is entitled to rely on the Commission's conduct up to the time he accepted the repudiation and sued for constructive dismissal, even if he was unaware of it at that time. This is important for the purposes of this case: the trial judge excluded from consideration the fact, unknown to P at the time, that the Commission on the very day that it suspended him, sent a letter seeking to have his appointment revoked for cause. The trial judge therefore erred in failing to take this into consideration in deciding whether P had been constructively dismissed. Contrary to the opinion of the Court of Appeal, the judge's error was not harmless. The letter, understood in the context in which it was written, made it clear that the Commission did not intend to be bound in the future by important provisions of his contract of employment. This was one of the surrounding circumstances that the judge was obliged to consider in deciding whether the suspension, viewed in light of all of the circumstances, evinced the Commission's intention not to be bound by the contract.

According to this Court's decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, the pension benefits that P received should not be deducted from his damage award for wrongful dismissal.

### Cases Cited

By Wagner J.

**Applied:** *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; **adopted:** *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Devlin v. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268; *Reininger v. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278; **discussed:** *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; **referred to:** *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting v. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *General Billposting Co. v.*

motif valable de la nomination de P. Le juge a décidé de ne tenir compte que de ce que P savait au moment où il a allégué le congédiement déguisé.

Bien que, sur ce point, le droit ne soit ni aussi clair ni aussi bien établi qu'on pourrait le souhaiter, la partie non fautive qui allègue la répudiation peut invoquer des éléments qui existaient bel et bien au moment de la répudiation alléguée, mais qui lui étaient alors inconnus. Autrement dit, P peut se fonder sur le comportement qu'a eu la Commission jusqu'à ce qu'il accepte la répudiation et intente l'action pour congédiement déguisé, même si ce comportement lui était alors inconnu. Cela importe en l'espèce, car le juge de première instance n'a pas pris en considération le fait, alors inconnu de P, que le jour où elle l'avait suspendu la Commission avait demandé par lettre la révocation de sa nomination pour motif valable. Le juge a donc eu tort de ne pas en tenir compte pour décider si P avait fait l'objet ou non d'un congédiement déguisé. Contrairement à ce que conclut la Cour d'appel, l'erreur du juge n'a pas été sans conséquence. Considérée dans le contexte de sa rédaction, la lettre fait ressortir on ne peut plus clairement que la Commission n'entendait plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail. C'est l'un des éléments dont le juge devait tenir compte pour décider si, au vu de toutes les circonstances, la suspension traduisait l'intention de la Commission de ne plus être liée par le contrat.

Suivant l'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, les prestations de retraite touchées par P ne doivent pas être déduites de ses dommages-intérêts pour congédiement injustifié.

### Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

**Arrêts appliqués :** *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; **arrêts adoptés :** *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Devlin c. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268; *Reininger c. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278; **arrêt analysé :** *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107; **arrêts mentionnés :** *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting c. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69;

*Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196, aff'd (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161; *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753; *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81; *McKinley v. BC Tel*, 2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206; *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653; *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176; *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64; *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661; *Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324*, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

By Cromwell J.

**Applied:** *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846; *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985; **approved:** *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757; *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514; *Taylor v.*

*General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196, conf. par (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161; *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753; *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81; *McKinley v. BC Tel*, 2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206; *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653; *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666; *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668; *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176; *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64; *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661; *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.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts appliqués :** *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; *Farber v. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846; *IBM Canada Limitée v. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985; **arrêts approuvés :** *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323; *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; **arrêts mentionnés :** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Tercon Contractors Ltd. v. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118; *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208; *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713; *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757; *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223; *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70; *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48; *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*,

*Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267; *Scandinavian Trading Co. A/B v. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81; *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553.

### Statutes and Regulations Cited

*Act Respecting Pensions under the Public Service Superannuation Act*, S.N.B. 2013, c. 44, s. 2.  
*Civil Code of Québec*.  
*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, ss. 1(1)(a), 21(1).  
*Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2 [am. 2005, c. 8], ss. 2, 39, 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2), (3).  
*Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.  
*Public Service Superannuation Act (1966)*, S.N.B. 1966, c. 23, s. 16.

### Authors Cited

Barnacle, Peter. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2014, release 51).  
*Barron's Canadian Law Dictionary*, 6th ed. by John A. Yogis and Catherine Cotter. Hauppauge, N.Y.: Barron's Educational Series, 2009, "constructive".  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "constructive".  
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984.  
*Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, "appoint", "appointment".  
Doorey, David J. "Employer 'Bullying': Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts" (2005), 30 *Queen's L.J.* 500.  
Echlin, Randall Scott, and Jennifer M. Fantini. *Quitting for Good Reason: The Law of Constructive Dismissal in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001.  
England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.  
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.  
New Brunswick. Legislative Assembly. *Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, pp. 1235-54.

[1997] 4 All E.R. 514; *Taylor c. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267; *Scandinavian Trading Co. A/B c. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81; *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553.

### Lois et règlements cités

*Code civil du Québec*.  
*Loi concernant la pension de retraite au titre de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.N.-B. 2013, c. 44, art. 2.  
*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, art. 1(1)a), 21(1).  
*Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2 [mod. 2005, c. 8], art. 2, 39, 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2), (3).  
*Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.  
*Public Service Superannuation Act (1966)*, S.N.B. 1966, c. 23, art. 16.

### Doctrine et autres documents cités

Barnacle, Peter. *Employment Law in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2014, release 51).  
*Barron's Canadian Law Dictionary*, 6th ed. by John A. Yogis and Catherine Cotter, Hauppauge (N.Y.), Barron's Educational Series, 2009, « *constructive* ».  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *constructive* ».  
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. *Canadian Labour Arbitration*, 2nd ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1984.  
*Concise Oxford English Dictionary*, 12th ed. by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds., Oxford, Oxford University Press, 2011, « *appoint* », « *appointment* ».  
Doorey, David J. « Employer "Bullying" : Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts » (2005), 30 *Queen's L.J.* 500.  
Echlin, Randall Scott, and Jennifer M. Fantini. *Quitting for Good Reason : The Law of Constructive Dismissal in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001.  
England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2008.  
McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.  
Nouveau-Brunswick. Assemblée législative. *Synoptic Report : Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, pp. 1235-54.

*Petit Robert: dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd. Paris: Le Robert, 2012, “*nomination*”.

Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2012.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Drapeau C.J.N.B. and Richard and Bell J.J.A.), 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41, 1044 A.P.R. 41, 6 C.C.E.L. (4th) 1, 2013 CLLC ¶201-032, [2013] N.B.J. No. 122 (QL), 2013 CarswellNB 196 (WL Can.), affirming a decision of Grant J., 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14, 995 A.P.R. 14, 94 C.C.E.L. (3d) 302, [2011] N.B.J. No. 361 (QL), 2011 CarswellNB 579 (WL Can.). Appeal allowed.

*Eugene J. Mockler and Perri Ravon*, for the appellant.

*Clarence L. Bennett and Josie H. Marks*, for the respondent.

The judgment of Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner J.J. was delivered by

WAGNER J. —

## I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether and in what circumstances a non-unionized employee who is suspended with pay may claim to have been constructively dismissed. The case involves the indefinite suspension of an employee with pay in the context of negotiations for a buyout of his contract of employment. The courts below found that the suspension did not amount to constructive dismissal and that the employee, Mr. Potter, had therefore repudiated the contract when he brought an action for constructive dismissal. For the reasons that follow, I respectfully disagree. Mr. Potter’s

*Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « *nomination* ».

Sproat, John R. *Wrongful Dismissal Handbook*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2012.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.

Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2009.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed., Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (le juge en chef Drapeau et les juges Richard et Bell), 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41, 1044 A.P.R. 41, 6 C.C.E.L. (4th) 1, 2013 CLLC ¶201-032, [2013] A.N.-B. n° 122 (QL), 2013 CarswellNB 197 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Grant, 2011 NBBR 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, 995 A.P.R. 14, 94 C.C.E.L. (3d) 302, [2011] A.N.-B. n° 361 (QL), 2011 CarswellNB 579 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Eugene J. Mockler et Perri Ravon*, pour l’appellant.

*Clarence L. Bennett et Josie H. Marks*, pour l’intimée.

Version française du jugement des juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

LE JUGE WAGNER —

## I. Introduction

[1] Le pourvoi soulève la question de savoir si le salarié non syndiqué qui est suspendu avec salaire peut prétendre avoir fait l’objet d’un congédiement déguisé et, dans l’affirmative, à quelles conditions il peut le faire. Le dossier porte sur la suspension indéfinie avec salaire d’un salarié dans le contexte de la négociation d’une indemnité de départ. Les tribunaux inférieurs concluent que la suspension n’équivaut pas à un congédiement déguisé et que le salarié, M. Potter, a donc répudié son contrat de travail lorsqu’il a entrepris son recours pour congédiement déguisé. Pour les motifs qui suivent, je ne suis

employer, the New Brunswick Legal Aid Services Commission (“Commission”), lacked the authority, whether express or implied, to suspend him indefinitely with pay for the reasons it gave. I find that Mr. Potter was constructively dismissed and that he is accordingly entitled to damages for wrongful dismissal. I would adopt the trial judge’s provisional assessment of those damages, with the exception that the pension benefits Mr. Potter received should not be deducted from them.

## II. Background and Judicial History

### A. *Background*

[2] Mr. Potter is a lawyer who was admitted to the Law Society of New Brunswick in 1977. After serving in various positions primarily with the Province of New Brunswick, Mr. Potter became the Province’s interim Director of Legal Aid in 1993. He remained in that position until 2005, when the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, was amended to create a new scheme under which staff lawyers would represent litigants (S.N.B. 2005, c. 8). Under the former system, lawyers in private practice had been paid for performing legal aid work. The amendments also created the position of Executive Director of Legal Aid (“Executive Director”).

[3] On December 12, 2005, the day the amendments were proclaimed, the Board of Directors (“Board”) of the newly created Commission nominated Mr. Potter for appointment as the Executive Director. The Lieutenant-Governor in Council formally appointed him to that office on March 16, 2006, by means of Order-in-Council 2006-85. The appointment was for a seven-year term that was to expire on December 12, 2012.

[4] Mr. Potter’s appointment as the Executive Director was governed by s. 39 of the *Legal Aid Act*, which reads as follows:

pas de cet avis. L’employeur, la Commission des services d’aide juridique du Nouveau-Brunswick (la « Commission »), n’avait pas le pouvoir exprès ou tacite de suspendre M. Potter pour une durée indéfinie avec salaire pour les raisons qu’elle a invoquées. J’estime que M. Potter a fait l’objet d’un congédiement déguisé et qu’il a donc droit à des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Je fais mienne l’évaluation de leur montant que fait le juge de première instance, mais j’estime que les prestations de retraite qui ont été versées à M. Potter ne devraient pas être déduites de ce montant.

## II. Contexte et historique judiciaire

### A. *Contexte*

[2] M. Potter a été admis au Barreau du Nouveau-Brunswick en 1977. En 1993, après avoir exercé diverses fonctions, principalement pour la province du Nouveau-Brunswick, il est devenu directeur intérimaire de l’Aide juridique du Nouveau-Brunswick. Il a occupé ce poste jusqu’à la modification, en 2005, de la *Loi sur l’aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, c. L-2, en vue de la création d’un nouveau régime faisant appel à des avocats salariés pour représenter les justiciables (L.N.-B. 2005, c. 8). Dans le cadre de l’ancien système, des avocats de pratique privée étaient rémunérés pour la prestation de services d’aide juridique. La modification a également entraîné la création du poste de directeur général de l’aide juridique (le « directeur général »).

[3] Le 12 décembre 2005, soit le jour de la promulgation de la loi modificatrice, le conseil d’administration (le « conseil ») de la Commission nouvellement créée a proposé la nomination de M. Potter au poste de directeur général. Le 16 mars 2006, par le décret 2006-85, le lieutenant-gouverneur en conseil a officiellement nommé M. Potter directeur général. Le mandat avait une durée de sept ans et devait expirer le 12 décembre 2012.

[4] La nomination de M. Potter au poste de directeur général était régie par l’art. 39 de la *Loi sur l’aide juridique*, dont le libellé est le suivant :



**Executive Director**

**39(1)** The Lieutenant-Governor in Council shall appoint as the Executive Director of Legal Aid the person nominated by the Board.

**39(2)** The Board shall establish the terms and conditions of the Executive Director's appointment.

**39(3)** An Executive Director shall hold office for a term of 7 years from the date of his or her appointment.

**39(4)** The appointment of an Executive Director may be revoked for cause by the Lieutenant-Governor in Council.

**39(5)** An Executive Director is eligible for reappointment and subsections (1) to (4) apply with the necessary modifications in respect of a reappointment.

**39(6)** The Executive Director shall perform the duties and may exercise the powers imposed on the Executive Director by this Part, the regulations or the Board.

[5] The Board had also established the terms and conditions of Mr. Potter's appointment, as required by s. 39(2), in a resolution dated December 12, 2005 that included provisions on remuneration, insurance benefits, pension benefits, vacation and sick leave, and a vehicle allowance. Section 39(6) provides that certain powers and duties are attributed to the Executive Director by the *Legal Aid Act* itself, by the regulations or by the Board. The powers and duties attributed by the Act include the following (Court of Appeal reasons, at para. 15):

- “the hiring of employees (s. 40(1))”;
- “contracting with lawyers not employed by the Commission (s. 41(1))”;
- “directing employees and contractors (s. 42(1), (2))”;
- “assisting the Legal Aid Committee with investigations (s. 50(2))”;
- “appointing area legal aid committees (s. 51(1))”;

**Directeur général**

**39(1)** Le lieutenant-gouverneur en conseil nomme comme directeur général de l'aide juridique la personne proposée par le conseil.

**39(2)** Le conseil établit les modalités et conditions de la nomination du directeur général.

**39(3)** Le directeur général occupe son poste pour un mandat de sept ans à compter de la date de sa nomination.

**39(4)** Le lieutenant-gouverneur en conseil peut révoquer pour motif valable la nomination du directeur général.

**39(5)** Le mandat d'un directeur général peut être renouvelé et les paragraphes (1) à (4) s'appliquent avec les adaptations nécessaires au renouvellement de mandat.

**39(6)** Le directeur général exerce les fonctions et peut exercer les pouvoirs qui lui sont [attribués] par la présente partie, les règlements ou le conseil.

[5] Conformément au par. 39(2), le conseil a également établi les modalités et les conditions de la nomination de M. Potter au moyen d'une résolution datée du 12 décembre 2005, notamment en ce qui concerne la rémunération, les assurances, les prestations de retraite, les congés annuels et de maladie, ainsi que les indemnités liées à l'usage d'un véhicule. Le paragraphe 39(6) dispose que certains pouvoirs et certaines fonctions sont attribués au directeur général par la *Loi sur l'aide juridique* elle-même, les règlements ou le conseil. Ces pouvoirs et ces fonctions d'origine législative comprennent les suivants (motifs de la Cour d'appel, par. 15) :

- « engager des employés (par. 40(1)) »;
- « conclure des contrats avec des avocats qui ne sont pas au service de la Commission (par. 41(1)) »;
- « donner des directives aux employés et aux personnes avec lesquelles un contrat a été conclu (par. 42(1), (2)) »;
- « aider le Comité d'aide juridique à mener des enquêtes (par. 50(2)) »;
- « nommer des comités régionaux de l'aide juridique (par. 51(1)) »;

- “acting as one of the signing officers of the Legal Aid Fund (s. 52(8))”;
  - “administering Legal Aid New Brunswick (‘the plan’) in accordance with Part III, the regulations and any policies established under Part III and the regulations (s. 53(2))”; and
  - “subject to Board approval, establishing policies to govern the administration of the plan (s. 53(3))”.
- « être l’un des fondés de signature pour le Fonds d’aide juridique (par. 52(8)) »;
  - « administrer Aide juridique Nouveau-Brunswick (“le programme”) conformément à la Partie III, aux règlements et aux lignes de conduite établies en vertu de la Partie III et des règlements (par. 53(2)) »;
  - « sous réserve de l’approbation du conseil, établir des lignes de conduite régissant l’administration du programme (par. 53(3)) ».

[6] In October 2009, after Mr. Potter had completed nearly four years of his seven-year contract, his physician advised him to take time off for medical reasons. Although initially one month, the period of his medical leave was subsequently extended, first to January 4, 2010, and then to January 18, 2010. The second extension was accompanied by a note in which Mr. Potter’s physician observed that he “needs to be reassessed before [going] back” (Court of Appeal reasons, at para. 31). In his absence, Mr. Potter delegated his powers and duties to Peter Corey, the Commission’s Director of Criminal Operations.

[6] En octobre 2009, soit près de quatre ans après le début du mandat de sept ans de M. Potter, son médecin lui a conseillé de prendre congé pour des raisons de santé. Le congé accordé initialement était d’un mois, mais il a été prolongé, une première fois jusqu’au 4 janvier 2010, puis une deuxième fois jusqu’au 18 janvier 2010. La seconde fois, le médecin indiquait dans son billet que M. Potter [TRADUCTION] « dev[ait] être réévalué avant son retour au travail » (motifs de la Cour d’appel, par. 31). M. Potter a délégué l’exercice de ses pouvoirs et de ses fonctions en son absence à Peter Corey, alors directeur des opérations en matière pénale de la Commission.

[7] Before then, in the spring of 2009, Mr. Potter and the Board had begun to negotiate a buyout of his contract. If successful, that process would have culminated in Mr. Potter’s resignation in exchange for an agreed-upon compensation package.

[7] Auparavant, au printemps de 2009, M. Potter et le conseil avaient entrepris la négociation d’une indemnité de départ. Si la négociation aboutissait, M. Potter démissionnait et touchait en contrepartie l’indemnité globale convenue.

[8] On January 5, 2010, the Board decided — without alerting Mr. Potter — that if the buyout negotiations were not resolved before January 11, it would request that the Lieutenant-Governor in Council revoke Mr. Potter’s appointment for cause pursuant to s. 39(4) of the *Legal Aid Act*. Its decision was reflected in the following resolution:

[8] Le 5 janvier 2010, le conseil a décidé — sans en informer M. Potter — que si la négociation de l’indemnité de départ n’aboutissait pas avant le 11 janvier 2010, il demanderait au lieutenant-gouverneur en conseil de révoquer la nomination de M. Potter pour motif valable suivant le par. 39(4) de la *Loi sur l’aide juridique*, d’où l’adoption de la résolution suivante :

The Chair shall send correspondence to the Minister of Justice (with a cc to the Deputy Minister) requesting that David Potter’s appointment as Executive Director of the Legal Aid Services Commission be revoked for cause, such letter to be sent only if Gordon Petrie, Q.C.

[TRADUCTION] La présidente enverra au ministre de la Justice (avec copie conforme au sous-ministre) une lettre demandant que la nomination de David Potter comme directeur général de la Commission des services d’aide juridique soit révoquée pour motif valable, cette lettre

is unable to negotiate a resolution with Mr. Potter before Monday, January 11, 2010 (on the basis that Mr. Potter receive no more than 18 months' salary including his retirement allowance). [Emphasis deleted.]

(Court of Appeal reasons, at para. 32)

[9] On January 11, unbeknownst to Mr. Potter, the Chairperson of the Board sent a letter to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter be dismissed for cause and outlining in general terms the grounds for dismissal.

[10] Also on January 11, counsel for the Commission sent a letter to counsel for Mr. Potter advising him that Mr. Potter was not to return to work "until further direction":

Our client, the Legal Aid Services Commission, has instructed us to advise you that David Potter ought not to return to the work place until further direction from the Commission. He will continue to be paid until instructed otherwise.

[11] On January 12, counsel for Mr. Potter replied, acknowledging receipt of that letter and requesting clarification of the Commission's instructions:

I have received your letter dated January 11, 2010. I note the use of the phrase that "Mr. Potter *ought not to return* to the work place. . .". The phrasing could be interpreted as advisory as opposed to directive.

Given that Mr. Potter occupies a position which sets out a statutory obligation to perform the duties of his position, can you confirm whether the Board has suspended Mr. Potter[?] [Emphasis in original.]

[12] On January 13, counsel for the Commission confirmed that the statement was directive: "I am surprised that you and your client are confused. He is not to return to work until further notice."

[13] Mr. Potter was not aware of the Board's letter recommending that he be dismissed for cause, and

ne devant être envoyée que si Gordon Petrie, c.r., est incapable de négocier un règlement avec M. Potter avant le lundi 11 janvier 2010 (règlement aux termes duquel M. Potter ne recevra pas plus de 18 mois de salaire, allocation de retraite comprise). [Soulignement omis.]

(Motifs de la Cour d'appel, par. 32)

[9] Le 11 janvier, la présidente du conseil a transmis au ministre de la Justice, à l'insu de M. Potter, une lettre recommandant son congédiement pour motif valable et indiquant de manière générale quels étaient ces motifs.

[10] Le même jour, le conseiller juridique de la Commission a transmis à celui de M. Potter une lettre l'informant que ce dernier ne devait pas rentrer au travail [TRADUCTION] « avant [. . .] de nouvelles directives » :

[TRADUCTION] Notre cliente, la Commission des services d'aide juridique, nous a donné instruction de vous informer que David Potter ne devrait pas rentrer au travail avant qu'elle n'ait donné de nouvelles directives. M. Potter continuera de toucher son salaire jusqu'à nouvel ordre.

[11] Le lendemain, le conseiller juridique de M. Potter a accusé réception de la lettre et demandé la clarification des directives de la Commission :

[TRADUCTION] J'ai reçu votre lettre du 11 janvier 2010 dans laquelle vous indiquez que « M. Potter *ne devrait pas rentrer* au travail. . . ». Cette formulation pourrait être interprétée comme une recommandation plutôt qu'une directive.

Étant donné que M. Potter occupe un poste qui comporte l'obligation légale d'exercer ses fonctions, pouvez-vous confirmer que le conseil a suspendu M. Potter[?] [En italique dans l'original.]

[12] Le 13 janvier, le conseiller juridique de la Commission a confirmé qu'il s'agissait d'une directive : [TRADUCTION] « Je m'étonne qu'un doute subsiste dans votre esprit et celui de votre client. Ce dernier ne doit pas rentrer au travail jusqu'à nouvel ordre. »

[13] M. Potter ignorait l'existence de la lettre du conseil recommandant son congédiement pour

there is no evidence that the Lieutenant-Governor in Council took any steps towards acting on the recommendation. Mr. Potter's sick leave was due to expire on January 18, 2010, but having received the instruction of January 11, as clarified in the letter of January 13, he did not return to work. The Board delegated the powers and duties of the Executive Director to Mr. Corey, to whom Mr. Potter had previously delegated them.

[14] On March 9, 2010 — eight weeks after the Board's instruction to stay away from the workplace, and seven weeks after Mr. Potter had been scheduled to return from sick leave — Mr. Potter commenced an action for constructive dismissal. He claimed the following relief: damages with respect to salary and benefits through December 12, 2012 (the end of his term), general damages, damages arising from the manner of dismissal like those defined in *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, a declaration that the Board had no authority to suspend Mr. Potter, a declaration that the Board had unlawfully obstructed Mr. Potter from exercising his statutory powers, declarations that the Board had unlawfully usurped the functions of both the Executive Director and the Lieutenant-Governor in Council by delegating those statutory powers to someone who had not been duly appointed, and post-judgment interest.

[15] In response, the Board stopped Mr. Potter's salary and benefits. Counsel for the Commission advised his counsel of this in a letter of March 15, 2010:

Based upon your clients' legal action claiming constructive dismissal, our client takes the position that he has effectively resigned his position.

Therefore, salary and benefits were stopped on March 9, 2010.

Furthermore, he is directed to return to the Commission the following items:

- a) Blackberry;

motif valable, et rien ne prouve que le lieutenant-gouverneur en conseil a pris quelque mesure pour donner suite à la recommandation. Le congé de maladie de M. Potter devait prendre fin le 18 janvier 2010, mais après avoir reçu la directive du 11 janvier, puis la clarification du 13 janvier, M. Potter n'a pas repris le travail. Le conseil a délégué les pouvoirs et les fonctions du directeur général à M. Corey, à qui M. Potter les avait déjà confiés.

[14] Le 9 mars 2010, soit huit semaines après avoir reçu la directive de ne pas rentrer au bureau et sept semaines après la date prévue de son retour au travail, M. Potter a intenté une action pour congédiement déguisé. Il demandait les réparations suivantes : des dommages-intérêts pour salaire et avantages jusqu'au 12 décembre 2012 (la date d'expiration de son mandat), des dommages-intérêts généraux, des dommages-intérêts de la nature de ceux accordés dans l'arrêt *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, pour la manière dont il avait été congédié, un jugement déclaratoire portant que le conseil n'avait pas le pouvoir de le suspendre, un jugement déclaratoire portant que le conseil l'avait illégalement empêché d'exercer ses pouvoirs légaux, un jugement déclaratoire portant que le conseil avait illégalement usurpé la fonction de directeur général et celle de lieutenant-gouverneur en conseil en déléguant ses pouvoirs légaux à une personne qui n'avait pas été régulièrement nommée, ainsi que l'intérêt après jugement.

[15] En guise de réponse, le conseil a cessé de verser à M. Potter son salaire et ses avantages. Le conseiller juridique de la Commission en a informé le conseiller juridique de M. Potter dans une lettre datée du 15 mars 2010 :

[TRADUCTION] Vu l'action de votre client pour congédiement déguisé, notre cliente estime qu'il a de fait démissionné de son poste.

Par conséquent, le versement de son salaire et de ses avantages a cessé le 9 mars 2010.

De plus, il lui est enjoint de rendre à la Commission les articles suivants :

- a) son Blackberry;

- b) Cell phone;
- c) Home computer; and
- d) On Star.

We thank you for your anticipated cooperation.

[16] Counsel for Mr. Potter replied that same day, indicating that Mr. Potter had not resigned: “To be clear, Mr. Potter has not resigned from any position or office and your Client is incorrect in that regard.” The letter went on to say that Mr. Potter might be “forced” to draw on his pension, retirement/severance and other benefits, but that his doing so would not constitute acquiescence in the Commission’s view that he had resigned. A similar letter of clarification was sent to the Deputy Minister of Justice, also on March 15. On March 23, 2010, counsel for Mr. Potter notified the Deputy Minister, in a letter that was copied to counsel for the Commission, that Mr. Potter was taking steps to draw on his pension and other benefits “[f]or financial reason[s]”. This letter went on as follows:

However, we ask that your Office take immediate steps to direct reinstatement of his salary and benefits until the matter is finally determined. As you are aware, Mr. Potter’s appointment to his Office by Order in Council remains in effect. The Commission has deprived him of his duties and now his pay. That action is reserved exclusively to the Crown upon showing just cause.

We ask for your intervention as noted. Again, as set out in previous correspondence, Mr. Potter has not resigned his Office or refused to carry out the duties of his Office. The fact that Mr. Potter now feels he must access his pension plan or other benefits ought not to be considered in anyway [*sic*] as a resignation of his Office or duties, but only as a matter of financial necessity forced upon him by the actions of the Commission.

- b) son téléphone portable;
- c) son ordinateur à domicile;
- d) son système On Star.

Nous vous remercions à l’avance de votre collaboration.

[16] Le conseiller juridique de M. Potter a répliqué le jour même en indiquant que M. Potter n’avait pas démissionné de son poste : [TRADUCTION] « Je souhaite préciser que M. Potter n’a pas démissionné de quelque charge ou fonction, et que votre cliente fait erreur à cet égard. » Il ajoutait que M. Potter pourrait se voir « contraint » de toucher sa retraite ou son indemnité de cessation d’emploi et quelque autre avantage, mais que, le cas échéant, cela n’empêcherait pas son adhésion au point de vue de la Commission selon lequel il avait démissionné de son poste. Toujours le 15 mars, il a transmis une lettre au même effet au sous-ministre de la Justice. Le 23 mars 2010, dans une lettre dont copie a été transmise au conseiller juridique de la Commission, il a informé le sous-ministre que M. Potter avait entrepris des démarches pour toucher sa retraite et d’autres avantages [TRADUCTION] « par nécessité financière ». En voici la teneur :

[TRADUCTION] Nous demandons cependant que votre cabinet prenne des mesures immédiates pour ordonner le rétablissement de son salaire et de ses avantages jusqu’à ce que l’affaire soit définitivement tranchée. Comme vous le savez, la nomination de M. Potter à sa charge par décret reste en vigueur. La Commission a dépouillé M. Potter de ses fonctions et elle le prive maintenant de son traitement. Une telle mesure est exclusivement réservée à la Couronne à supposer qu’elle établisse l’existence d’un motif valable.

Nous sollicitons votre intervention de la manière susmentionnée. Encore une fois, comme nous l’avons indiqué dans une lettre antérieure, M. Potter n’a pas démissionné de sa charge ni refusé d’exercer les fonctions rattachées à celle-ci. Le fait que M. Potter estime maintenant devoir toucher sa retraite ou d’autres avantages ne devrait nullement être considéré comme une démission de sa charge ou de ses fonctions, mais seulement comme une nécessité financière qui lui a été imposée par les mesures que la Commission a prises.

B. *New Brunswick Court of Queen’s Bench, 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14 (Grant J.)*

[17] Grant J. found that the Board had the statutory authority, under the *Legal Aid Act*, to place Mr. Potter on an administrative suspension with pay. Although that Act clearly grants the Lieutenant-Governor in Council the authority to retain and dismiss the Executive Director (s. 39(1) and (4)), Grant J. found that s. 39(6) of the Act gives the Board a broad discretion to supervise the Executive Director in the performance of his or her duties and that this discretion includes the power of suspension.

[18] On the central question of constructive dismissal, Grant J. held that Mr. Potter’s administrative suspension with pay did not in the circumstances of the case, despite its indefinite term, constitute constructive dismissal.

[19] The question was whether, by taking Mr. Potter’s duties and powers away from him for an indefinite period of time, the Board had repudiated his contract of employment. Grant J. held that this question should be examined in light of what Mr. Potter knew at the time of what he alleged to be a constructive dismissal, “because he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him” (para. 36). Since there was no evidence that the Board had advised Mr. Potter that it intended to arrange for his termination, he could not rely on the Board’s letter to the Minister of Justice recommending termination for cause. If the situation is viewed only in light of what Mr. Potter knew at the time he commenced his action, although he was clearly suspended from work and unable to perform his duties, “the Commission [had] not do[ne] or sa[id] anything that would lead an objective observer to conclude that they had removed those duties from him permanently” (para. 38).

[20] On the contrary, Grant J. found that Mr. Potter and the Board had been engaged in ongoing discussions about a buyout of his contract, and that an administrative suspension pending resolution of

B. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, 2011 NBQB 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14 (le juge Grant)*

[17] Le juge Grant conclut que, suivant la *Loi sur l’aide juridique*, le conseil avait le droit de suspendre administrativement M. Potter avec salaire. Même si la Loi investit le lieutenant-gouverneur en conseil du pouvoir d’engager le directeur général et de le congédier (par. 39(1) et (4)), il estime que le par. 39(6) de la Loi accorde au conseil un large pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la surveillance du directeur général dans l’exercice de ses fonctions, ce qui englobe le pouvoir de suspension.

[18] En ce qui concerne l’allégation principale de M. Potter — à savoir son congédiement déguisé —, le juge Grant conclut que, malgré sa durée indéfinie, la suspension administrative avec salaire ne constitue pas un congédiement déguisé dans les circonstances de l’espèce.

[19] La question est de savoir si le conseil a résilié le contrat de travail de M. Potter en le dépouillant de ses fonctions et de ses pouvoirs pendant une période indéfinie. Le juge Grant estime qu’il faut trancher au vu de ce que M. Potter savait au moment où il dit avoir été congédié de manière déguisée, [TRADUCTION] « car il peut difficilement soutenir qu’il a été congédié de façon déguisée en s’appuyant sur quelque chose que l’employeur a fait à son insu » (par. 36). Étant donné l’absence de preuve que le conseil a communiqué à M. Potter son intention d’obtenir son congédiement, M. Potter ne pouvait invoquer la lettre du conseil recommandant au ministre de la Justice son congédiement pour motif valable. Si l’on tient uniquement compte de ce qu’il savait au moment où il a intenté son action, M. Potter était clairement suspendu et incapable d’exercer ses fonctions, mais « la Commission n’a rien fait ou dit qui amènerait un observateur objectif à conclure qu’elle lui avait enlevé ces fonctions de façon permanente » (par. 38).

[20] Le juge Grant conclut au contraire que M. Potter et le conseil avaient entrepris la négociation d’une indemnité de départ et qu’une suspension administrative jusqu’à l’issue de la négociation

these discussions was consistent with the relationship between the parties (paras. 40 and 43). In suspending Mr. Potter, the Board was “buying time” for further negotiations, “and while the duration of the suspension was becoming lengthy, there is nothing on the record before me [Grant J.] to indicate that a reasonable person looking at the matter objectively would have concluded that the employer had repudiated the contract” (para. 42). Grant J. noted that if Mr. Potter was concerned about the indefinite nature of the suspension, he could have corresponded with the Board or given them notice that after a certain date he would consider himself to have been constructively dismissed, rather than taking the “precipitous course” or making the “dramatic move” of starting legal proceedings (paras. 39 and 44). Grant J. distinguished this situation of a suspension pending negotiations from the one in *Park v. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), in which a decision to strip an employee of all his powers and duties had been found to amount to constructive dismissal (paras. 41-42).

[21] Grant J. went on to find that by commencing an action for constructive dismissal, Mr. Potter had effectively destroyed any chance of a productive working relationship between the parties and had therefore repudiated the employment contract by what amounted to a resignation (paras. 50-51).

[22] In case his decision on the constructive dismissal issue should be reversed on appeal, Grant J. also made a provisional assessment of damages. He found that any damages would be measured by calculating the balance of salary and benefits to which Mr. Potter would be entitled from the date the Board stopped paying him (March 9, 2010) until the date his term was to expire (December 12, 2012) (paras. 61-62). He held that by virtue of s. 16 of the *Public Service Superannuation Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-26 (repealed by *An Act Respecting Pensions under the Public Service Superannuation Act*, S.N.B. 2013, c. 44, s. 2), Mr. Potter would not be entitled to collect both his salary and pension benefits, and that any amounts received or to be received under his pension would be deducted from the award of damages (paras. 63-64). Grant J. added

concordait avec la nature de la relation entre les parties (par. 40 et 43). En suspendant M. Potter, le conseil cherchait à gagner du temps pour la poursuite de la négociation, [TRADUCTION] « et, même si la durée de la suspension se prolongeait, il n’y a rien, dans le dossier [. . .] présenté, qui indiquerait qu’une personne raisonnable considérant l’affaire objectivement aurait conclu que l’employeur avait [répudié] le contrat » (par. 42). Le juge Grant fait observer que si M. Potter s’était inquiété de la durée indéfinie de sa suspension, il aurait pu en faire part au conseil ou lui signifier que, à compter d’une certaine date, il s’estimerait victime d’un congédiement déguisé, au lieu « [d’]entreprendre précipitamment » une action en justice ou de prendre cette « mesure radicale » (par. 39 et 44). Le juge fait une distinction entre la situation en l’espèce — la suspension durant des négociations — et celle en cause dans l’affaire *Park c. Parsons Brown & Co.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 (C.A.), où la décision de dépouiller un employé de la totalité de ses fonctions et de ses pouvoirs est assimilée à un congédiement déguisé (par. 41-42).

[21] Le juge Grant conclut en outre que, en intentant une action pour congédiement déguisé, M. Potter a de fait rendu impossible une relation de travail fructueuse entre les parties et a donc répudié son contrat de travail en accomplissant ce qui équivalait à une démission (par. 50-51).

[22] Pour le cas où sa décision sur l’allégation de congédiement déguisé serait infirmée en appel, le juge Grant se penche sur le montant d’éventuels dommages-intérêts. Il conclut que ce montant correspond au solde du salaire et des avantages auxquels M. Potter avait droit depuis le jour où le conseil avait cessé de le rémunérer (le 9 mars 2010) jusqu’à la date d’expiration prévue de son mandat (le 12 décembre 2012) (par. 61-62). Il estime que, en application de l’art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 (abrogée par la *Loi concernant la pension de retraite au titre de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics*, L.N.-B. 2013, c. 44, art. 2), M. Potter n’avait pas droit à la fois à son salaire et à des prestations de retraite et que les sommes touchées ou exigibles au titre de sa pension

that Mr. Potter had had no duty to mitigate his damages by seeking other employment, given his age (66 in March 2010) and “the small likelihood he would find any employment let alone a job analogous to the [Executive Director] position” (para. 71). Finally, he refused to award *Wallace*-type damages or general damages, which were being claimed for the manner of the alleged dismissal, as he found no evidence that Mr. Potter had been mistreated or that the Board had acted in bad faith (paras. 72-76).

C. *New Brunswick Court of Appeal, 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41 (Drapeau C.J.N.B. and Richard and Bell J.J.A.)*

[23] Drapeau C.J.N.B., writing for a unanimous panel of the New Brunswick Court of Appeal, dismissed the appeal. He began by addressing the question whether the Commission was truly Mr. Potter’s employer or whether the employer was instead the Crown, which was the only entity empowered to appoint, reappoint or dismiss the Executive Director. In his view, the action for constructive dismissal could not succeed if the Crown was the true employer. After giving reasons in support of this position, Drapeau C.J.N.B. declined to dispose of the appeal on this ground, as it had not been pursued by the parties (paras. 58-69). Instead, he confirmed Grant J.’s interpretation to the effect that the *Legal Aid Act* confers on the Board power over all aspects of the Executive Director’s employment other than his or her appointment, reappointment and removal. The Board’s discretion to supervise the Executive Director includes the power of administrative suspension (paras. 70-79).

[24] Drapeau C.J.N.B. held that the trial judge had committed no reversible error in concluding that Mr. Potter had not been constructively dismissed. He noted that the question whether an indefinite suspension with pay constitutes constructive dismissal depends on the circumstances of the case, quoting *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195, at para. 71, in this regard (para. 82). The test, as this Court had

devaient être déduites du montant des dommages-intérêts (par. 63-64). Il ajoute que M. Potter n’avait pas l’obligation de limiter son préjudice par la recherche d’un autre emploi, vu son âge (66 ans en mars 2010) et [TRADUCTION] « les faibles chances qu’il trouve quelque emploi que ce soit, et surtout un poste comparable à celui de directeur général » (par. 71). Enfin, il refuse d’accorder des dommages-intérêts fondés sur l’arrêt *Wallace* ou des dommages-intérêts généraux pour la manière dont M. Potter aurait été congédié, car à son avis rien ne permettait de conclure que le conseil l’avait traité de façon incorrecte ou avait agi avec mauvaise foi (par. 72-76).

C. *Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41 (le juge en chef Drapeau et les juges Richard et Bell)*

[23] Au nom des juges unanimes de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, le juge en chef Drapeau rejette l’appel. Il examine d’abord la question de savoir si la Commission est le véritable employeur de M. Potter ou si c’est plutôt la Couronne — seule entité habilitée à nommer le directeur général ainsi qu’à renouveler ou révoquer son mandat — qui l’est. Selon lui, si le véritable employeur est la Couronne, l’action pour congédiement déguisé ne peut être accueillie. Après avoir justifié son opinion, il refuse de statuer sur l’appel sur cette base, le moyen n’ayant pas été plaidé par les parties (par. 58-69). Il confirme plutôt l’interprétation du juge Grant selon laquelle la *Loi sur l’aide juridique* confère au conseil un pouvoir sur tous les aspects du contrat de travail du directeur général, hormis sa nomination, le renouvellement de son mandat et la révocation de celui-ci. Le pouvoir discrétionnaire de surveillance du conseil vis-à-vis du directeur général comprend le pouvoir de suspension administrative (par. 70-79).

[24] Le juge en chef Drapeau conclut qu’aucune erreur ne justifie de casser la décision du juge de première instance selon laquelle M. Potter n’a pas fait l’objet d’un congédiement déguisé. Selon lui, la question de savoir si la suspension d’une durée indéfinie avec salaire constitue ou non un congédiement déguisé doit être tranchée selon les faits de l’espèce, et il invoque à cet égard l’arrêt *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d’Assurance sur la Vie*,



stated in *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 33, is whether the suspension constitutes “a fundamental or substantial change to an employee’s contract of employment”. To this end, Drapeau C.J.N.B. applied the following “useful list” of factors that had been formulated in *Devlin v. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268, at para. 50:

1. the duration of the suspension;
2. whether someone was appointed to replace the suspended employee;
3. whether the employee was asked for his or her keys;
4. whether the employee continued to be paid and receive benefits;
5. whether there is evidence that the employer intended to terminate the employee at that time; and
6. whether the employer suspended the employee in good faith, for example, for *bona fide* business reasons.

[25] For Drapeau C.J.N.B., although the indefinite duration of the suspension weighed in favour of a finding that the suspension constituted constructive dismissal, it did not trump the other factors, all of which supported Grant J.’s “amply justified” conclusion that Mr. Potter had not been constructively dismissed (para. 81). Thus, no one was formally appointed to replace Mr. Potter during his suspension, and the person tasked with assuming his responsibilities had been designated by Mr. Potter himself upon going on sick leave. Nor was Mr. Potter asked to turn in his BlackBerry, cell phone, laptop and “On Star” until after he had launched his action. Mr. Potter continued to be paid his full salary, and to be eligible for benefits, during the period of the suspension. The Board did not intend to terminate Mr. Potter, as it was operating under the honest conviction that only the Lieutenant-Governor in Council could prescribe termination. Finally, the Board acted in good faith in suspending Mr. Potter, as was shown by the unchallenged testimony of Dr. Doherty, the Board’s Vice-Chair (paras. 86-90).

2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195, par. 71 (par. 82). Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 33, la question à se poser est la suivante : la suspension constitue-t-elle « une modification fondamentale ou substantielle [d]u contrat de travail de [l’]employé »? Pour y répondre, le juge en chef Drapeau s’en remet à la « liste utile » de facteurs établie dans *Devlin c. NEMI Northern Energy & Mining Inc.*, 2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268, par. 50 :

[TRADUCTION]

1. Combien de temps a duré la suspension?
2. Quelqu’un a-t-il été nommé pour remplacer le salarié suspendu?
3. A-t-on demandé au salarié de remettre ses clés?
4. Le salarié a-t-il continué à toucher son salaire et à bénéficier des avantages sociaux?
5. Existe-t-il une preuve qu’à l’époque, l’employeur avait l’intention de licencier le salarié?
6. L’employeur a-t-il suspendu le salarié de bonne foi, par exemple pour de véritables motifs de nature organisationnelle?

[25] Aux yeux du juge en chef Drapeau, bien que la durée indéfinie de la suspension appuie la thèse du congédiement déguisé, elle ne supprime pas les autres facteurs, qui étayaient tous la conclusion « amplement justifié[e] » du juge Grant, à savoir que M. Potter n’a pas été congédié de manière déguisée (par. 81). Il conclut que personne n’a été officiellement nommé pour remplacer M. Potter pendant sa suspension et que la personne appelée à assumer ses responsabilités a été désignée par M. Potter lui-même lorsqu’il est parti en congé de maladie. On n’a pas demandé à M. Potter de remettre son BlackBerry, son téléphone et son ordinateur portables, non plus que son système « On Star » avant qu’il n’intente son action. M. Potter a continué de toucher son plein salaire et de bénéficier de ses avantages pendant sa suspension. Le conseil n’avait pas l’intention de congédier M. Potter, car il était sincèrement convaincu que seul le lieutenant-gouverneur en conseil pouvait le faire. Enfin, le conseil a agi de bonne foi en suspendant M. Potter, ce qu’atteste le témoignage non contredit de sa vice-présidente, M<sup>me</sup> Doherty (par. 86-90).

[26] Drapeau C.J.N.B. also suggested, although without deciding this point, that Grant J. may have erred by limiting his assessment to facts known to Mr. Potter at the time of his alleged constructive dismissal: “It may be that the trial judge was required to consider all of the circumstances, including those unknown to Mr. Potter prior to commencing his action . . .” (para. 94). He nevertheless stated that such an error would have been “wholly harmless” because, had Grant J. considered the Board’s letter to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter’s employment be terminated, this would only have confirmed that the Board understood it could not itself terminate Mr. Potter (*ibid.*).

[27] Drapeau C.J.N.B. went on to hold that, by suing for damages for constructive dismissal, Mr. Potter had terminated not only his employment with the Board, but also his appointment by the Lieutenant-Governor in Council (para. 101). Although Mr. Potter had cautioned the Board that he was prepared to continue to perform his duties and that the filing of his action did not constitute a resignation, he had done so only after taking legal action, in an attempt to avoid the legal consequences that flowed from his lawsuit (para. 95). In Drapeau C.J.N.B.’s view, Mr. Potter had, by equating his indefinite administrative suspension with pay to a constructive dismissal, elected to repudiate his contract of employment and resign. His resignation had been effected by operation of law, and it had to be what Mr. Potter intended, since it was a corollary to his action for constructive dismissal (para. 100).

[28] Drapeau C.J.N.B. did not address the issue of damages in his reasons.

### III. Issues

[29] This appeal raises three questions, which I will answer in turn:

- (1) Did the trial judge err in concluding that Mr. Potter was not constructively dismissed?

[26] Le juge en chef Drapeau donne aussi à entendre, sans pour autant statuer sur ce point, que le juge Grant a pu avoir tort de s’en tenir à ce que savait M. Potter au moment où il dit avoir fait l’objet d’un congédiement déguisé : « Il se pourrait que le juge du procès ait été tenu de prendre en considération l’ensemble des circonstances, [y compris] celles dont M. Potter n’avait pas connaissance . . . » (par. 94). Il dit néanmoins de cette erreur qu’elle « n’a absolument aucune conséquence » parce que, si le juge Grant avait tenu compte de la lettre du conseil recommandant au ministre de la Justice de congédier M. Potter, cela aurait eu pour seul effet de confirmer que le conseil savait bien qu’il ne pouvait lui-même congédier M. Potter (*ibid.*).

[27] Le juge en chef Drapeau conclut par ailleurs que, en intentant une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé, M. Potter a mis fin non seulement à son emploi vis-à-vis du conseil, mais aussi à sa nomination par le lieutenant-gouverneur en conseil (par. 101). M. Potter a signifié au conseil qu’il était disposé à reprendre ses fonctions et que son action n’emportait pas démission, mais il l’a fait seulement après avoir engagé la poursuite, dans le dessein d’échapper aux conséquences qui en découlaient sur le plan juridique (par. 95). À son avis, en assimilant sa suspension administrative d’une durée indéfinie à un congédiement déguisé, M. Potter a choisi de répudier son contrat de travail et de démissionner. Il y a eu démission par effet de la loi, et M. Potter devait avoir eu l’intention de démissionner puisqu’il s’agissait d’un corollaire de son action pour congédiement déguisé (par. 100).

[28] Dans ses motifs, le juge en chef Drapeau n’aborde pas la question des dommages-intérêts.

### III. Questions en litige

[29] Le pourvoi soulève trois questions auxquelles je répondrai successivement :

- (1) Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter n’avait pas fait l’objet d’un congédiement déguisé?

- (2) If Mr. Potter was not constructively dismissed, did the trial judge err in concluding that Mr. Potter resigned when he launched his action in damages?
- (3) If Mr. Potter was constructively dismissed, did the trial judge err in finding that the amounts Mr. Potter received under his pension should be deducted from his damages for wrongful dismissal?

#### IV. Analysis

##### A. *Was Mr. Potter Constructively Dismissed?*

[30] When an employer's conduct evinces an intention no longer to be bound by the employment contract, the employee has the choice of either accepting that conduct or changes made by the employer, or treating the conduct or changes as a repudiation of the contract by the employer and suing for wrongful dismissal. This was clearly stated in *Farber*, at para. 33, the leading case on the law of constructive dismissal in Canada. See also *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, at p. 322. Since the employee has not been formally dismissed, the employer's act is referred to as "constructive dismissal". The word "constructive" indicates that the dismissal is a legal construct: the employer's act is treated as a dismissal because of the way it is characterized by the law (J. A. Yogis and C. Cotter, *Barron's Canadian Law Dictionary* (6th ed. 2009), at p. 61; B. A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 380).

[31] The burden rests on the employee to establish that he or she has been constructively dismissed. If the employee is successful, he or she is then entitled to damages in lieu of reasonable notice of termination. In *Farber*, the Court surveyed both the common law and the civil law jurisprudence in this regard. The solutions adopted and principles applied in the two legal systems are very similar. In both, the purpose of the inquiry is to determine whether the employer's act evinced an intention no longer to be bound by the contract.

- (2) Si M. Potter n'a pas fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter a démissionné lorsqu'il a intenté son action en dommages-intérêts?
- (3) Si M. Potter a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que les sommes touchées au titre de la pension devaient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié?

#### IV. Analyse

##### A. *M. Potter a-t-il fait l'objet d'un congédiement déguisé?*

[30] Lorsque, par sa conduite, l'employeur manifeste l'intention de ne plus être lié par le contrat de travail, le salarié peut soit acquiescer à la conduite de l'employeur ou à la modification qu'il apporte au contrat, soit y voir la répudiation du contrat et intenter contre l'employeur une poursuite pour congédiement injustifié. C'est ce qui ressort de *Farber*, par. 33, l'arrêt de principe en matière de congédiement déguisé au Canada. Voir également *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315, p. 322. Comme le salarié n'a pas été formellement congédié, la mesure prise par l'employeur est appelée « congédiement déguisé ». L'emploi du qualificatif [TRADUCTION] « déguisé » indique que le congédiement s'entend d'une fiction juridique : les actes de l'employeur sont assimilés à un congédiement en raison de la manière dont ils sont qualifiés en droit (J. A. Yogis et C. Cotter, *Barron's Canadian Law Dictionary* (6<sup>e</sup> éd. 2009), p. 61; B. A. Garner, dir., *Black's Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 2014), p. 380).

[31] Il appartient au salarié de prouver qu'il y a eu congédiement déguisé. S'il y parvient, il a droit à une indemnité tenant lieu de préavis raisonnable de cessation d'emploi. Dans l'arrêt *Farber*, la Cour examine la jurisprudence tant de common law que de droit civil. Les solutions retenues et les principes appliqués dans les deux systèmes de droit sont très semblables. Dans les deux cas, la démarche vise à déterminer si, par ses actes, l'employeur a manifesté l'intention de ne plus être lié par le contrat.

[32] Given that employment contracts are dynamic in comparison with commercial contracts, courts have properly taken a flexible approach in determining whether the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by the contract. There are two branches of the test that have emerged. Most often, the court must first identify an express or implied contract term that has been breached, and then determine whether that breach was sufficiently serious to constitute constructive dismissal: J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6th ed. 2012), at p. 5-5; P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at §§13.36 and 13.70. Typically, the breach in question involves changes to the employee's compensation, work assignments or place of work that are both unilateral and substantial: see, e.g., G. England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at pp. 348-56. In the words of McCardie J. in *Rubel Bronze*, at p. 323, "The question is ever one of degree."

[33] However, an employer's conduct will also constitute constructive dismissal if it more generally shows that the employer intended not to be bound by the contract. In applying *Farber*, courts have held that an employee can be found to have been constructively dismissed without identifying a specific term that was breached if the employer's treatment of the employee made continued employment intolerable: see, e.g., *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting v. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18 (Man. C.A.). This approach is necessarily retrospective, as it requires consideration of the cumulative effect of past acts by the employer and the determination of whether those acts evinced an intention no longer to be bound by the contract.

[34] The first branch of the test for constructive dismissal, the one that requires a review of specific terms of the contract, has two steps: first, the employer's unilateral change must be found to constitute a breach of the employment contract and, second, if it does constitute such a breach, it must be

[32] Puisque, contrairement au contrat commercial, le contrat de travail revêt un caractère dynamique, les tribunaux ont à juste titre adopté une approche souple pour décider si, par sa conduite, l'employeur avait manifesté ou non l'intention de ne plus être lié par le contrat. Deux volets ont vu le jour pour l'application du critère. Dans la plupart des cas, il faut d'abord établir la violation d'une condition expresse ou tacite du contrat, puis décider si elle est suffisamment grave pour constituer un congédiement déguisé (J. R. Sproat, *Wrongful Dismissal Handbook* (6<sup>e</sup> éd. 2012), p. 5-5; P. Barnacle, *Employment Law in Canada* (4<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), §§13.36 et 13.70). Habituellement, la violation réside alors dans la modification de la rémunération du salarié, des tâches qui lui sont confiées ou de son lieu de travail qui est à la fois unilatérale et substantielle (voir p. ex. G. England, *Individual Employment Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 348-356). Pour reprendre les termes employés par le juge McCardie dans l'arrêt *Rubel Bronze*, p. 323, [TRADUCTION] « [c']est toujours une affaire de degré. »

[33] Or, la conduite de l'employeur constitue également un congédiement déguisé lorsqu'elle traduit généralement son intention de ne plus être lié par le contrat. Lorsqu'ils ont appliqué l'arrêt *Farber*, les tribunaux ont statué qu'on pouvait conclure au congédiement déguisé du salarié sans invoquer la violation d'une condition particulière du contrat de travail lorsque le comportement de l'employeur vis-à-vis du salarié avait rendu la situation intolérable au travail (voir p. ex. *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44; *Whiting c. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp.* (1998), 159 D.L.R. (4th) 18 (C.A. Man.)). La démarche est nécessairement rétrospective dans la mesure où il faut tenir compte de l'effet cumulatif des actes antérieurs de l'employeur et déterminer si ces actes étaient ou non la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat.

[34] Selon le premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, celui qui s'attache aux clauses précises du contrat, deux conditions doivent être satisfaites. Premièrement, la modification unilatérale apportée par l'employeur doit constituer une violation du contrat de travail et, deuxièmement, s'il

found to substantially alter an essential term of the contract (see Sproat, at p. 5-5). Often, the first step of the test will require little analysis, as the breach will be obvious. Where the breach is less obvious, however, as is often the case with suspensions, a more careful analysis may be required.

[35] In *Farber*, Gonthier J. identified such a change as a “fundamental breach”. The term “fundamental breach” has taken on a specific meaning in the context of exclusionary or exculpatory clauses: see, e.g., *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 104-23. To avoid confusion, I will therefore use the term “substantial breach” to refer to breaches of this nature. The standard nevertheless remains unchanged — a finding of constructive dismissal requires that the employer’s acts and conduct “evinced an intention no longer to be bound by the contract”: *Rubel Bronze*, at p. 322, citing *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), at p. 122, per Lord Collins, quoting *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, at p. 213.

[36] The two-step approach to the first branch of the test for constructive dismissal is not a departure from the approach adopted in *Farber*. Rather, the situation in *Farber* was one in which the identification of a breach required only a cursory analysis. The emphasis in *Farber* was on the second step of this branch, as the evidentiary foundation for the perceived magnitude of the breach was the key issue in that case. However, the identification of a unilateral act that amounted to a breach of the contract was implicit in the Court’s reasoning. In many cases, this will be sufficient. The case at bar, however, is one in which the claim can be properly resolved only after both steps of the analysis have been completed.

[37] At the first step of the analysis, the court must determine objectively whether a breach has occurred. To do so, it must ascertain whether the employer has unilaterally changed the contract. If an express or an implied term gives the employer

s’agit d’une violation, elle doit modifier substantiellement une condition essentielle du contrat (voir Sproat, p. 5-5). Souvent, le respect de la première condition requiert peu d’analyse, car la violation est patente. Cependant, lorsque la violation est moins évidente, ce qui arrive fréquemment dans le cas d’une suspension, une analyse poussée peut s’imposer.

[35] Dans *Farber*, le juge Gonthier assimile une telle modification à un « bris fondamental ». Ce terme a acquis une signification particulière dans le contexte d’une clause d’exclusion ou d’exonération (voir p. ex. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 104-123). Afin d’éviter toute confusion, j’appellerai « violation substantielle » la violation de cette nature. L’exigence demeure néanmoins la même en ce que, pour conclure au congédiement déguisé, il faut qu’on puisse voir dans les actes et la conduite de l’employeur [TRADUCTION] « la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322, citant *General Billposting Co. c. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), p. 122, lord Collins, renvoyant à son tour à *Freeth c. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, p. 213).

[36] La démarche en deux étapes du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé ne diffère pas de celle adoptée par la Cour dans l’arrêt *Farber*. Or, dans cette affaire, la violation est déterminée à l’issue d’un bref examen; en outre, la Cour y met l’accent sur la seconde étape de ce volet, car le fondement probant de l’ampleur attribuée à la violation est au cœur du litige. Toutefois, la détermination d’un acte unilatéral équivalant à une violation contractuelle est implicite au raisonnement de la Cour. Dans bien des cas, cela suffit. Or, en l’espèce, nous sommes en présence d’un cas où il ne peut être statué correctement sur l’allégation qu’à l’issue des deux étapes de l’analyse.

[37] La première étape de l’analyse exige du tribunal qu’il se prononce objectivement sur l’existence d’une violation. Il lui faut alors examiner si l’employeur a modifié unilatéralement le contrat. Lorsqu’une stipulation expresse ou tacite autorise

the authority to make the change, or if the employee consents to or acquiesces in it, the change is not a unilateral act and therefore will not constitute a breach. If so, it does not amount to constructive dismissal. Moreover, to qualify as a breach, the change must be detrimental to the employee.

[38] This first step of the analysis involves a distinct inquiry from the one that must be carried out to determine whether the breach is substantial, although the two have often been conflated by courts in the constructive dismissal context. Gonthier J. conducted this inquiry in *Farber*, in which an employee had been offered a new position that was found to constitute a demotion. He stated that “the issue of whether there has been a demotion must be determined objectively by comparing the positions in question and their attributes”: *Farber*, at para. 46.

[39] Once it has been objectively established that a breach has occurred, the court must turn to the second step of the analysis and ask whether, “at the time the [breach occurred], a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed” (*Farber*, at para. 26). A breach that is minor in that it could not be perceived as having substantially changed an essential term of the contract does not amount to constructive dismissal.

[40] The kinds of changes that meet these criteria will depend on the facts of the case being considered, so “one cannot generalize”: Sproat, at p. 5-6.5. In each case, determining whether an employee has been constructively dismissed is a “highly fact-driven exercise” in which the court must determine whether the changes are reasonable and whether they are within the scope of the employee’s job description or employment contract: R. S. Echlin and J. M. Fantini, *Quitting for Good Reason: The Law of Constructive Dismissal in Canada* (2001), at pp. 4-5. Although the test for constructive dismissal does not vary depending on the nature of the alleged breach, how it is applied will nevertheless reflect the distinct factual circumstances of each claim.

l’employeur à apporter la modification, ou que le salarié consent à celle-ci, il ne s’agit pas d’un acte unilatéral, de sorte qu’il n’y a pas de violation ni, par conséquent, de congédiement déguisé. En outre, pour constituer une violation, la modification doit être préjudiciable au salarié.

[38] Cette première étape se distingue de la seconde dont l’objet est de déterminer si la violation revêt ou non un caractère substantiel, même si les tribunaux saisis d’une allégation de congédiement déguisé confondent souvent les deux. Dans *Farber*, où le salarié s’était vu offrir un nouveau poste dont on a estimé qu’il constituait une rétrogradation, le juge Gonthier s’est livré à cet examen. Il a écrit que « la rétrogradation doit s’établir objectivement par la comparaison des postes offerts et [de] leurs attributs » (par. 46).

[39] Une fois la violation objectivement établie, le tribunal doit se demander en second lieu si, « au moment où [la violation a eu lieu], une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l’employé, aurait considéré qu’il s’agissait d’une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). La violation mineure — celle qui ne pourrait être considérée comme ayant modifié substantiellement une condition essentielle du contrat — n’équivaut pas à un congédiement déguisé.

[40] Les modifications qui satisfont à ces exigences varient selon les faits de l’espèce, de sorte que [TRADUCTION] « toute généralisation est exclue » (Sproat, p. 5-6.5). Dans chaque cas, la question de savoir si un salarié a fait l’objet d’un congédiement déguisé exige du tribunal qu’il se livre à [TRADUCTION] « une entreprise de nature éminemment factuelle » et détermine si les modifications sont raisonnables et si elles sont compatibles avec la description de travail du salarié ou son contrat de travail (R. S. Echlin et J. M. Fantini, *Quitting for Good Reason : The Law of Constructive Dismissal in Canada* (2001), p. 4-5). Certes, le critère applicable en la matière ne varie pas en fonction de la nature de la violation alléguée, mais la manière dont il est appliqué tient néanmoins compte des circonstances factuelles propres à chaque affaire.

[41] The uniqueness of the application of this first branch of the test is evident in cases involving administrative suspensions. In all cases, the primary burden will be on the employee to establish constructive dismissal, but where an administrative suspension is at issue, the burden will necessarily shift to the employer, which must then show that the suspension is justified. If the employer cannot do so, a breach will have been established, and the burden will shift back to the employee at the second step of the analysis.

[42] The second branch of the test for constructive dismissal necessarily requires a different approach. In cases in which this branch of the test applies, constructive dismissal consists of conduct that, when viewed in the light of all the circumstances, would lead a reasonable person to conclude that the employer no longer intended to be bound by the terms of the contract. The employee is not required to point to an actual specific substantial change in compensation, work assignments, or so on, that on its own constitutes a substantial breach. The focus is on whether a course of conduct pursued by the employer “evinces an intention no longer to be bound by the contract”: *Rubel Bronze*, at p. 322. A course of conduct that does evince such an intention amounts cumulatively to an actual breach. Gonthier J. said the following in this regard in *Farber*:

In cases of constructive dismissal, the courts in the common law provinces have applied the general principle that where one party to a contract demonstrates an intention no longer to be bound by it, that party is committing a fundamental breach of the contract that results in its termination. [para. 33]

[43] Thus, constructive dismissal can take two forms: that of a single unilateral act that breaches an essential term of the contract, or that of a series of acts that, taken together, show that the employer no longer intended to be bound by the contract. The distinction between these two forms of constructive dismissal was clearly expressed by Lord Denning M.R. in a leading English case, *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.). First of all, an employer’s conduct may amount to

[41] Le caractère unique de l’application de ce premier volet du critère ressort des affaires relatives à une suspension administrative. Dans tous les cas, le salarié a l’obligation première de prouver le congédiement déguisé, mais dans le cas d’une suspension administrative, il appartient nécessairement à l’employeur de démontrer à son tour que la mesure est justifiée. Si ce dernier ne peut justifier la mesure, la violation sera établie et le salarié aura de nouveau le fardeau de la preuve à la seconde étape de l’analyse.

[42] Le second volet du critère permettant de conclure au congédiement déguisé commande nécessairement une démarche différente. Le congédiement déguisé s’entend alors d’actes qui, au vu de toutes les circonstances, amèneraient une personne raisonnable à conclure que l’employeur n’entend plus être lié par les clauses du contrat. Point n’est besoin que le salarié invoque une modification actuelle, précise et substantielle de sa rémunération, de ses tâches ou de son lieu de travail qui, à elle seule, constitue une violation substantielle. On s’attache à savoir si, par ses actes, l’employeur [TRADUCTION] « manifest[e] son intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322). Les actes qui sont la manifestation d’une telle intention emportent cumulativement une violation substantielle. Le juge Gonthier signale d’ailleurs ce qui suit dans l’arrêt *Farber* :

En matière de congédiement déguisé (« *constructive dismissal* »), les tribunaux canadiens des provinces de common law ont appliqué le principe général voulant que lorsqu’une partie à un contrat démontre son intention de ne plus être liée par celui-ci, elle est à l’origine d’un bris fondamental de ce contrat, lequel entraîne sa résiliation. [par. 33]

[43] Un congédiement déguisé peut donc revêtir deux formes : celle d’un seul acte unilatéral qui emporte la violation d’une condition essentielle ou celle d’une série d’actes qui, considérés ensemble, montrent l’intention de l’employeur de ne plus être lié par le contrat. Dans l’arrêt de principe *Western Excavating (ECC) Ltd. c. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), lord Denning, maître des rôles, exprime clairement ce qui distingue ces deux formes. D’une part, les actes de l’employeur peuvent équivaloir à

constructive dismissal if it “shows that [he] no longer intends to be bound by one or more of the essential terms of the contract”: p. 717. But the employer’s conduct may also amount to constructive dismissal if it constitutes “a significant breach going to the root of the contract of employment”: *ibid.* In either case, the employer’s perceived intention no longer to be bound by the contract is taken to give rise to a breach.

[44] In applying the first branch of the test for constructive dismissal to the facts of the case at bar, this Court must ask, first, whether the Board’s suspension of Mr. Potter amounted to a breach of the employment contract. For this, it must determine whether the suspension was a unilateral act. On its face, the Board’s decision to suspend Mr. Potter was clearly unilateral, since he did not consent to the suspension. But the Commission counters that the suspension does not evince an intention no longer to be bound by the contract, as it was authorized by an express or an implied term of the contract, which is a way of saying that Mr. Potter consented to such a change by signing the contract. I agree that the question whether the suspension amounted to constructive dismissal turns in part on whether it was authorized by the contract. If there was an express or an implied term that authorized the Board to suspend Mr. Potter as it did, then there was no unilateral act and, therefore, no breach of the contract — let alone a substantial change to the essential terms of the contract — and the constructive dismissal claim must fail.

[45] If, however, the suspension was not authorized by the contract, then it satisfies the requirements of the first step of this branch of the test, that is, it constitutes a unilateral change that amounts to a breach of the contract. It would then be necessary to turn to the second step and ask whether the Board’s unilateral decision to suspend Mr. Potter could reasonably be perceived as having *substantially changed the essential terms of the contract*. It is clear that a suspension can amount to constructive dismissal: *Cabiakman*, at paras. 71-72. In determining whether the unauthorized suspension constituted a substantial breach, the Court must consider

un congédiement déguisé lorsqu’ils [TRADUCTION] « manifestent son intention de ne plus être lié par l’une ou plusieurs des clauses essentielles du contrat » (p. 717). D’autre part, ses actes peuvent aussi donner lieu à un congédiement déguisé lorsqu’ils constituent « une violation importante touchant à l’assise du contrat de travail » (*ibid.*). Dans l’un ou l’autre cas, la manifestation par l’employeur de l’intention de ne plus être lié par le contrat est considérée comme une violation.

[44] Pour appliquer le premier volet du critère aux faits de la présente affaire, la Cour doit d’abord se demander si la suspension de M. Potter par le conseil équivalait à une violation du contrat de travail. Il lui faut dès lors déterminer si la suspension constituait un acte unilatéral. À première vue, la décision du conseil de suspendre M. Potter était manifestement unilatérale, car ce dernier n’a pas consenti à la mesure. La Commission soutient toutefois que la suspension n’était pas l’expression de son intention de ne plus être liée par le contrat, car une condition expresse ou tacite du contrat l’autorisait à adopter cette mesure, ce qui revient à dire que M. Potter a consenti à la modification lorsqu’il a signé le contrat. Je conviens que la réponse à la question de savoir si la suspension équivalait à un congédiement déguisé dépend en partie de celle de savoir si le contrat autorisait ou non la suspension. S’il existait un pouvoir exprès ou tacite de suspendre M. Potter de la manière dont il l’a été, il n’y a pas eu d’acte unilatéral ni, par conséquent, de violation contractuelle — encore moins de modification substantielle d’une condition essentielle du contrat —, et l’allégation de congédiement déguisé doit être rejetée.

[45] Toutefois, si la suspension n’était pas autorisée par le contrat, il est alors satisfait aux exigences de la première étape du premier volet du critère et il y a modification unilatérale équivalant à violation du contrat. Il faut alors passer à la seconde étape et se demander si on pouvait raisonnablement voir dans la décision unilatérale du conseil de suspendre M. Potter la *modification substantielle d’une condition essentielle du contrat*. Une suspension peut sans conteste équivaloir à un congédiement déguisé (*Cabiakman*, par. 71-72). Pour décider si la suspension non autorisée constitue une violation substantielle, la Cour doit se demander



whether a reasonable person in the employee's circumstances would have perceived, *inter alia*, that the employer was acting in good faith to protect a legitimate business interest, and that the employer's act had a minimal impact on him or her in terms of the duration of the suspension. With respect, the trial judge erred in failing to consider the two steps of the inquiry independently.

[46] Applying the principles discussed above to the facts of the instant case, I find that Mr. Potter was constructively dismissed by the Board. In light of the indefinite duration of the suspension, of the fact that the Commission failed to act in good faith insofar as it withheld valid business reasons from Mr. Potter, and of the Commission's concealed intention to have Mr. Potter terminated, I respectfully find that the trial judge erred in concluding that the suspension was authorized by the contract of employment. Moreover, for the reasons set out below, I find that this breach of the contract amounted to a substantial change to the essential terms of the contract that was imposed unilaterally by the employer.

[47] With respect, I cannot agree with Cromwell J.'s assertion that this analysis is unnecessary or that constructive dismissal can be established on the basis of the second branch of the test. First, little, if any, support can be found for the position that a reasonable person in Mr. Potter's situation would conclude that the suspension evinced an intention on the employer's part no longer to be bound by the contract without addressing the question of whether the suspension was authorized. If the contract expressly or impliedly authorized the suspension in the manner in which it was carried out, this cannot contribute to the determination that a course of conduct amounted to a breach. The same is true of the buyout negotiations, which, as far as Mr. Potter knew, were being conducted in good faith. Moreover, although this is not central to Cromwell J.'s analysis, the Board's letter to the Minister of Justice is not, in light of the discussion that follows, relevant to the analysis under this branch. The only relevant evidence is therefore the letter advising Mr. Potter that he would "continue to be paid until

si une personne raisonnable s'étant trouvée dans la situation du salarié aurait considéré, entre autres, que l'employeur a agi de bonne foi pour protéger un intérêt organisationnel légitime et que la mesure qu'il a prise a infligé le moins de conséquences possible au salarié quant à la durée de la suspension. En toute déférence, le juge de première instance a eu tort de ne pas considérer les deux étapes de l'analyse indépendamment l'une de l'autre.

[46] Je conclus de l'application des principes susmentionnés aux faits de l'espèce que M. Potter a été congédié de manière déguisée par le conseil. Étant donné la durée indéfinie de la suspension, l'omission de la Commission d'agir de bonne foi en ce qu'elle n'a pas communiqué de motifs organisationnels valables à M. Potter et son intention dissimulée de congédier ce dernier, j'estime avec égards que le juge de première instance a eu tort de conclure que le contrat de travail autorisait la suspension. En outre, pour les motifs exposés ci-après, je conclus que cette violation unilatérale du contrat équivalait à la modification substantielle d'une condition essentielle du contrat par l'employeur.

[47] Soit dit en tout respect pour le juge Cromwell, je ne peux convenir avec lui que cette analyse est inutile ou que le congédiement déguisé peut être établi seulement en fonction du deuxième volet du critère. Premièrement, si l'on ne détermine pas que le contrat autorisait ou non la suspension, il est difficile, voire impossible, de soutenir qu'une personne s'étant trouvée dans la situation de M. Potter aurait vu dans la suspension la manifestation par l'employeur de son intention de ne plus être lié par le contrat. Si le contrat conférait expressément ou tacitement à l'employeur le pouvoir de suspendre le salarié comme il l'a fait, cela ne pourrait permettre de conclure qu'une conduite a emporté violation. Il en va de même de la négociation de l'indemnité de départ qui, pour autant que savait M. Potter, se déroulait de bonne foi. En outre, même si elle n'est pas au cœur de l'analyse du juge Cromwell, la lettre que le conseil a adressée au ministre de la Justice n'est pas, compte tenu de l'examen qui suit, pertinente pour l'analyse que commande ce volet du critère. Ne reste alors que la lettre informant

instructed otherwise”. I concede that this letter unnecessarily introduced some uncertainty into Mr. Potter’s employment situation. Nevertheless, a reasonable person in his situation could not have concluded on this basis that the Commission’s conduct evinced a clear intention no longer to be bound by the contract.

[48] I will begin by addressing two preliminary issues. First, I will dispel the doubts expressed by the Court of Appeal regarding the existence of an employment relationship between the Commission and Mr. Potter. Second, I will review the terms of the contract to determine whether there was an *express* grant to the Board of authority to suspend Mr. Potter. Having concluded that there was no such express grant, I will then turn to the central question in this appeal: whether there was an *implied* grant of authority to do so. The trial judge found that the suspension was authorized, but I am of the view that this finding was based on an erroneous understanding of the law applicable to suspensions in the constructive dismissal context. My conclusion is that the Board did not have the authority, whether express or implied, to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the reasons it gave, and that the suspension was a substantial change that amounted to constructive dismissal.

(1) The Employment Relationship Between Mr. Potter and the Commission

[49] The Court of Appeal held that if the Commission was not Mr. Potter’s employer, his action could not succeed “as a matter of common sense and law” (para. 60). Although Drapeau C.J.N.B. accepted that neither party was contesting the existence of an employment relationship between Mr. Potter and the Commission, he did so “with some hesitation” (para. 69), and only after providing several reasons why such a relationship might not exist. At the hearing in this Court, the Commission once again conceded that it was Mr. Potter’s employer. Given that this position was accepted by both parties throughout the proceedings, I agree with Drapeau C.J.N.B. that “it would be unfair to recast the case and dispose of the appeal on a ground that has not

M. Potter qu’il [TRADUCTION] « continuera[it] de toucher son salaire jusqu’à nouvel ordre ». Je concède qu’il en résultait quelque incertitude indue quant à la situation d’emploi de M. Potter. Or, une personne raisonnable s’étant trouvée dans la situation de M. Potter n’aurait pu en conclure que la Commission manifestait clairement son intention de ne plus être liée par le contrat.

[48] J’examinerai d’abord deux questions préliminaires. Premièrement, j’écarterai les doutes exprimés par la Cour d’appel sur l’existence d’une relation d’emploi entre la Commission et M. Potter. Deuxièmement, j’examinerai les conditions du contrat afin de déterminer si le conseil avait ou non le pouvoir *express* de suspendre M. Potter. Comme je conclus qu’un tel pouvoir *express* n’était pas conféré, je passerai ensuite à l’étude de la principale question en litige dans le pourvoi : existait-il un pouvoir *tacite* de suspendre M. Potter? Le juge de première instance répond par l’affirmative, mais j’estime que sa conclusion s’appuie sur une interprétation erronée du droit applicable à la suspension lorsqu’il y a allégation de congédiement déguisé. J’estime que le conseil n’avait pas le pouvoir, *express* ou *tacite*, de suspendre indéfiniment M. Potter avec salaire pour les motifs invoqués et qu’il y a eu une modification substantielle équivalant à un congédiement déguisé.

(1) La relation d’emploi entre M. Potter et la Commission

[49] La Cour d’appel fait remarquer que si la Commission n’était pas l’employeur de M. Potter, le « simple bon sens et le droit » empêcheraient ce dernier d’avoir gain de cause (par. 60). S’il reconnaît que ni l’une ni l’autre des parties ne conteste l’existence d’une relation d’emploi entre M. Potter et la Commission, le juge en chef Drapeau le fait « non sans hésitation » (par. 69) et seulement après avoir donné quelques raisons pour lesquelles une telle relation pourrait ne pas exister. À l’audience devant notre Cour, la Commission a de nouveau admis être l’employeur de M. Potter. Ce fait ayant été reconnu par les deux parties tout au long de l’instance, je conviens avec le juge en chef Drapeau qu’« il serait injuste de modifier la façon dont la

been pursued by the Commission” (para. 69). That being said, I do not share Drapeau C.J.N.B.’s hesitation in reaching this conclusion. I find, in light of the “common employer” doctrine, that the Commission was in fact Mr. Potter’s employer for the purposes of this case and that it was therefore correctly designated as the defendant to Mr. Potter’s action.

[50] Although it is true that under the *Legal Aid Act*, the Lieutenant-Governor in Council retains the formal power of appointment, reappointment and termination of the Executive Director, the power of appointment is fettered by an obligation to appoint the person nominated by the Commission’s Board of Directors: s. 39(1). The Board is also responsible for establishing the terms and conditions of the Executive Director’s appointment. In addition, it has the authority under s. 39(6) to attribute duties and powers to the Executive Director, an authority that, according to the courts below, includes the power of suspension. These powers conferred on the Board, including its nomination power, which gives it effective control over the Crown’s power of appointment, cover nearly all aspects of the employment relationship. Drapeau C.J.N.B. suggested that the Board’s lack of authority to formally terminate the Executive Director might undermine Mr. Potter’s claim, but such a conclusion would conflict with the common employer doctrine and with the law applicable to constructive dismissal.

[51] I accept that the Commission was Mr. Potter’s employer for most purposes, even though the Crown was his employer for the purpose of formal appointment, reappointment and termination. What a finding of constructive dismissal requires is not formal termination, but a unilateral act by the employer to substantially change the contract of employment. As is clear from the wide-ranging powers discussed above, the Commission has the power to alter fundamental aspects of the Executive Director’s contract of employment, and thus to constructively dismiss him. To conclude otherwise would be to allow a permissible complexity in organizational arrangements to work an injustice by undermining

présente cause est présentée et de statuer sur l’appel sur la base d’un moyen qui n’a pas été invoqué par la Commission » (par. 69). Néanmoins, je ne partage pas son hésitation à tirer cette conclusion. À la lumière de la doctrine de l’« employeur unique », j’estime que la Commission était en fait l’employeur de M. Potter et qu’elle a à juste titre été constituée défenderesse à l’action.

[50] Certes, aux termes de la *Loi sur l’aide juridique*, le lieutenant-gouverneur en conseil conserve le pouvoir formel de nommer le directeur général, de reconduire son mandat et d’y mettre fin, mais son pouvoir de nomination est limité par l’obligation de nommer la personne que propose le conseil d’administration de la Commission (par. 39(1)). Il incombe également au conseil d’établir les modalités et les conditions de la nomination du directeur général. De plus, le par. 39(6) l’habilite à attribuer des fonctions et des pouvoirs au directeur général, ce qui, selon les tribunaux inférieurs, englobe le pouvoir de suspendre le titulaire du poste. Ces pouvoirs accordés au conseil, dont celui de proposer une personne, qui lui confère un ascendant réel sur l’exercice du pouvoir de nomination de la Couronne, s’appliquent à presque tous les aspects de la relation d’emploi. Le juge en chef Drapeau laisse entendre que la non-habilitation du conseil à congédier formellement le directeur général pourrait compromettre le recours exercé par M. Potter, mais pareille conclusion irait à l’encontre de la doctrine de l’employeur unique et du droit applicable au congédiement déguisé.

[51] Je conviens que la Commission était presque à tous égards l’employeur de M. Potter même si la Couronne était son employeur pour ce qui concerne sa nomination, la reconduction de son mandat et la révocation de celui-ci. Conclure au congédiement déguisé n’exige pas qu’il y ait eu congédiement formel, mais plutôt un acte unilatéral de l’employeur qui a modifié substantiellement le contrat de travail. Au vu des vastes pouvoirs susmentionnés, il ne fait pas de doute que la Commission a le pouvoir de modifier quelque aspect fondamental du contrat de travail du directeur général, si bien qu’elle peut le congédier de manière déguisée. Tirer la conclusion contraire serait permettre qu’une structure

the legitimate entitlements of wrongfully dismissed employees: see *Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), at para. 36. It would protect an employer from liability for acts amounting to constructive dismissal on the basis that it lacked the power to formally terminate the employee.

- (2) Can the Words of the Contract Be Interpreted to Mean That It Established an Express Grant of Authority to Suspend Mr. Potter for Administrative Reasons?

[52] If the Commission had the authority under the contract to suspend Mr. Potter for the administrative reasons it gave, then the contract was not breached and Mr. Potter's constructive dismissal claim must fail. The express terms of the contract are found in the *Legal Aid Act*, and in the terms and conditions of employment established by the Board pursuant to s. 39(2) of the Act. The possibility of suspension is not mentioned in the terms and conditions. Nor does the *Legal Aid Act* refer to suspension. However, s. 21(1) of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, reads as follows:

21(1) Words authorizing the appointment of a public officer include the power

- (a) of removing or suspending him,
- (b) of re-appointing or reinstating him,
- (c) of appointing another in his stead or to act in his stead, and
- (d) of fixing his remuneration and varying or terminating it,

in the discretion of the authority in whom the power of appointment is vested.

[53] At trial, Mr. Potter argued that this provision should be applied in interpreting s. 39(1) of the *Legal Aid Act*, which provides that “[t]he

d’entreprise complexe mais licite puisse causer une injustice en compromettant les droits légitimes d’un salarié congédié sans motif valable (voir *Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario* (2001), 54 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 36). En effet, l’employeur pourrait échapper à toute responsabilité pour un acte qui équivaut à un congédiement déguisé de sa part au motif qu’il ne possédait pas le pouvoir de congédier formellement le salarié.

- (2) Peut-on conclure des mots qui y sont employés que le contrat confère expressément le pouvoir de suspendre M. Potter pour des raisons administratives?

[52] Si la Commission avait le pouvoir contractuel de suspendre M. Potter pour les raisons administratives qu’elle a invoquées, il n’y a pas eu violation du contrat, et l’allégation de congédiement déguisé doit être rejetée. Les conditions expresses du contrat sont prévues par la *Loi sur l’aide juridique*, et le conseil établit les modalités et les conditions d’emploi suivant le par. 39(2) de la Loi. Les modalités et les conditions ne font pas mention de la possibilité d’une suspension. La *Loi sur l’aide juridique* ne fait pas non plus mention d’une suspension éventuelle, mais le par. 21(1) de la *Loi d’interprétation*, L.R.N.-B. 1973, c. I-13, dispose ce qui suit :

21(1) Les mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public comportent le pouvoir :

- a) de le destituer ou de le suspendre de ses fonctions,
- b) de le nommer à nouveau ou de le réintégrer dans ses fonctions,
- c) d’en nommer un autre pour le remplacer ou agir à sa place, et
- d) de fixer sa rémunération, de la modifier ou de la supprimer,

à la discrétion de l’autorité investie du pouvoir de nomination.

[53] Au procès, M. Potter a soutenu qu’il convient d’appliquer cette disposition pour interpréter le par. 39(1) de la *Loi sur l’aide juridique*, lequel

Lieutenant-Governor in Council shall appoint as the Executive Director of Legal Aid the person nominated by the Board.” He submitted that, since these are “[w]ords authorizing the appointment of a public officer”, the power of suspension lies not with the Board, but with the Crown, and that the Board therefore lacked the authority to suspend him for administrative reasons.

[54] The trial judge disagreed, relying on s. 39(6) of the *Legal Aid Act*, which I reproduce here once again for convenience:

**39(6)** The Executive Director shall perform the duties and may exercise the powers imposed on the Executive Director by this Part, the regulations or the Board.

According to Grant J., the Board’s general supervisory powers referred to in s. 39(6) include the power to suspend and replace the Executive Director. Were this not the case, if the Executive Director were to become ill or otherwise incapacitated, the Commission would be unable to function unless the Lieutenant-Governor in Council appointed a replacement. Grant J. found that such an outcome would run counter to the primary purpose of the *Legal Aid Act*, which is to establish a functioning legal aid plan: s. 2.

[55] The Court of Appeal gave additional reasons in support of this interpretation of the contract. Drapeau C.J.N.B. pointed out that s. 1(1)(a) of the *Interpretation Act* provides that the *Interpretation Act* applies in this case only if it is not “inconsistent with the intent or object” of the *Legal Aid Act*. Section 39 of the *Legal Aid Act* does not merely consist of “[w]ords authorizing the appointment of a public officer”. It goes further than that in that it grants additional powers to the Lieutenant-Governor in Council, the Board and the Executive Director, and s. 21(1) of the *Interpretation Act* is inconsistent with the provisions establishing some of those powers. For instance, s. 39(5) of the *Legal Aid Act* fetters the Lieutenant-Governor in Council’s reappointment power, and s. 39(2) grants the Board the authority

prévoit que « [l]e lieutenant-gouverneur en conseil nomme comme directeur général de l’aide juridique la personne proposée par le conseil. » S’agissant de « mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public », il a fait valoir que le pouvoir de suspension appartient non pas au conseil, mais à la Couronne, de sorte que le conseil ne pouvait le suspendre pour des raisons administratives.

[54] Le juge de première instance ne partage pas ce point de vue et invoque à l’appui le par. 39(6) de la *Loi sur l’aide juridique*, dont voici à nouveau le libellé pour en faciliter la consultation :

**39(6)** Le directeur général exerce les fonctions et peut exercer les pouvoirs qui lui sont [attribués] par la présente partie, les règlements ou le conseil.

Selon lui, le pouvoir de surveillance général que le par. 39(6) confère au conseil englobe celui de suspendre et de remplacer le directeur général. Si tel n’était pas le cas et que le directeur général était un jour incapable d’exercer ses fonctions, notamment pour cause de maladie, la Commission ne pourrait poursuivre ses activités que si le lieutenant-gouverneur en conseil nommait un remplaçant. Le juge Grant estime que cela irait à l’encontre de l’objet premier de la *Loi sur l’aide juridique*, à savoir l’établissement d’un programme opérationnel d’aide juridique (art. 2).

[55] La Cour d’appel invoque d’autres raisons à l’appui de cette interprétation du contrat. Le juge en chef Drapeau précise que, suivant son al. 1(1)a), la *Loi d’interprétation* ne s’applique en l’espèce que si elle n’est pas « incompatible avec le sens ou l’objet » de la *Loi sur l’aide juridique*. L’article 39 de la *Loi sur l’aide juridique* ne se résume pas à « [d]es mots qui autorisent la nomination d’un fonctionnaire public ». Il va plus loin en ce qu’il confère au lieutenant-gouverneur en conseil, au conseil et au directeur général des pouvoirs supplémentaires, et le par. 21(1) de la *Loi d’interprétation* est incompatible avec les dispositions qui accordent certains de ces pouvoirs. Par exemple, le par. 39(5) de la *Loi sur l’aide juridique* restreint le pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur en conseil en

to establish the terms and conditions of the Executive Director's appointment, including remuneration. Section 21(1) of the *Interpretation Act* is inconsistent with both of these provisions.

[56] Even if the *Interpretation Act* did apply, Drapeau C.J.N.B. suggested that the power of “suspending” provided for in s. 21(1)(a) is limited to disciplinary measures, since that word is used in conjunction with “removing” (para. 73).

[57] In my view, for the reasons given by Grant J. and by Drapeau C.J.N.B., the *Legal Aid Act* comprehensively sets out the various powers applicable to the Executive Director's contract of employment, and the *Interpretation Act* is inconsistent with some of the provisions establishing those powers. The Lieutenant-Governor in Council's power of appointment does not necessarily include the power of suspension, and even if it did include that power, I agree that the power of suspension contemplated in s. 21(1)(a) of the *Interpretation Act* is limited to disciplinary suspension. As a result, any power to suspend the Executive Director for administrative reasons can only lie with the Board.

[58] I also agree with Grant J. that s. 39 of the *Legal Aid Act* attributes to the Board jurisdiction over all aspects of the Executive Director's employment — except for his or her formal appointment or re-appointment, and the formal revocation of an appointment — and that the Board's jurisdiction in this regard includes establishing the terms and conditions of the appointment (s. 39(2)) and directing the Executive Director in the performance of his or her duties and the exercise of his or her powers (s. 39(6)). That being said, these broad powers conferred on the Board do not *expressly* include the power of suspension for administrative reasons. I will now turn to the question whether such a power can be found to be implied in the contract of employment.

ce qui a trait au renouvellement du mandat du directeur général, et le par. 39(2) confère au conseil le pouvoir d'établir les modalités et les conditions de la nomination du directeur général, y compris sa rémunération. Le paragraphe 21(1) de la *Loi d'interprétation* est incompatible avec chacune des deux dispositions.

[56] Même si la *Loi d'interprétation* s'appliquait, le juge en chef Drapeau indique que le pouvoir de « suspendre » prévu à l'al. 21(1)a) ne peut être exercé qu'à des fins disciplinaires puisqu'il est conféré de pair avec celui de « destituer » (par. 73).

[57] Pour les motifs invoqués par le juge Grant et le juge en chef Drapeau, j'estime que la *Loi sur l'aide juridique* énonce exhaustivement les pouvoirs relatifs au contrat de travail du directeur général et que la *Loi d'interprétation* est incompatible avec les dispositions qui accordent certains de ces pouvoirs. Le pouvoir de nomination dont est investi le lieutenant-gouverneur en conseil n'englobe pas nécessairement le pouvoir de suspension, et même si c'était le cas, je conviens que le pouvoir de suspension conféré par l'al. 21(1)a) de la *Loi d'interprétation* ne s'exerce que dans le contexte disciplinaire. En conséquence, le pouvoir de suspendre le directeur général pour des raisons administratives appartient forcément au conseil.

[58] Je conviens également avec le juge Grant que, selon l'art. 39 de la *Loi sur l'aide juridique*, tous les aspects de l'emploi du directeur général — hormis sa nomination formelle, et les renouvellement et révocation formels de son mandat — relèvent du conseil, ce qui comprend l'établissement des modalités et des conditions de la nomination (par. 39(2)) et la surveillance du directeur général dans l'exercice de ses fonctions et de ses pouvoirs (par. 39(6)). Cela dit, ces vastes pouvoirs du conseil n'englobent pas *expressément* celui de suspendre pour des raisons administratives. Je passerai donc maintenant à la question de savoir s'il est possible de conclure que le contrat de travail confère tacitement ce pouvoir.

(3) Was There an Implied Grant of Authority to Suspend Mr. Potter for Administrative Reasons?

[59] Since there was no express grant of authority to suspend Mr. Potter for administrative reasons, any such authority would have to be found to be implied in the contract. This requires us to inquire into whether the Board's authority under s. 39(6) of the *Legal Aid Act* to attribute powers and duties to the Executive Director includes the authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the administrative reasons the Board gave. In my view, it does not. In reaching the opposite conclusion, the trial judge was led astray by an incorrect articulation of the law applicable to administrative suspensions. Grant J. erred in finding that the Commission did not have a duty to provide Mr. Potter with work, and as a result he failed to inquire into whether it had discharged its burden by showing that the suspension was justified. For the reasons set out below, I conclude that the Commission did not discharge that burden and that, as a result, the suspension was unauthorized.

(a) *Admissibility of Evidence Adduced to Prove That an Act Constitutes Constructive Dismissal*

[60] The onus is on the employee to prove that an act constitutes constructive dismissal. The employee must prove on a balance of probabilities that the employer's unilateral act breached the contract and that that breach substantially changed the essential terms of the contract. As I mentioned above, the evidence produced to establish that the breach was substantial must be assessed from the perspective of a reasonable person. The test is "whether, at the time the [breach occurred], a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed" (*Farber*, at para. 26). In the instant case, the trial judge, purporting to apply the above test, commented as follows:

(3) Existait-il un pouvoir tacite de suspendre M. Potter pour des raisons administratives?

[59] Vu l'absence d'un pouvoir exprès de suspendre M. Potter pour des raisons administratives, le pouvoir de suspendre, s'il existe, doit être tacitement conféré par le contrat. Il nous faut donc déterminer si le pouvoir du conseil d'attribuer pouvoirs et fonctions au directeur général en application du par. 39(6) de la *Loi sur l'aide juridique* englobe celui de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire pour les raisons administratives invoquées par le conseil. Selon moi, il faut répondre par la négative. Le juge de première instance, qui tire la conclusion contraire, fait fausse route lorsqu'il énonce de façon incorrecte le droit applicable à la suspension pour raisons administratives. Il conclut à tort que la Commission n'avait pas l'obligation de fournir du travail à M. Potter et il omet de ce fait de se demander si elle s'est acquittée de son obligation de démontrer que la suspension était justifiée. Pour les motifs qui suivent, j'estime que la Commission ne s'est pas acquittée de cette obligation et que la suspension n'était donc pas autorisée.

a) *Admissibilité des éléments présentés pour prouver qu'un acte constitue un congédiement déguisé*

[60] Il incombe au salarié de prouver qu'un acte constitue un congédiement déguisé. Il doit démontrer selon la prépondérance des probabilités que la mesure unilatérale de l'employeur constitue une violation du contrat de travail et que cette violation a modifié substantiellement les conditions essentielles du contrat de travail. Comme je le mentionne précédemment, la preuve offerte pour établir le caractère substantiel de la violation doit être appréciée du point de vue d'un salarié raisonnable. Il faut se demander « si, au moment où [il y aurait eu violation], une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que l'employé, aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). En l'espèce, le juge de première instance, qui dit appliquer ce critère, formule les remarques suivantes :

. . . it is necessary, in my view, that I only consider what [Mr. Potter] knew at the time he alleges he was constructively dismissed because he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him. For example he was not aware of the letter to the Minister of Justice at that time. He can't therefore say that by sending the letter the defendant repudiated the contract and thereby constructively dismissed him. [para. 36]

[61] The Court of Appeal questioned the trial judge's conclusion on this issue, stating that "[i]t may be that the trial judge was required to consider all of the circumstances, including those unknown to Mr. Potter prior to commencing his action" (para. 94). However, Drapeau C.J.N.B. said that such an error would have been "wholly harmless" because, even if Grant J. had considered the excluded evidence, that evidence would only have confirmed the view that the Board had acted in a manner consistent with its obligations under the contract, given that it could not itself terminate Mr. Potter (*ibid.*).

[62] With respect, I am of the view that the trial judge was indeed in error and that this error was not harmless. The error stemmed from a failure to make a distinction between the individual steps of the test for constructive dismissal. As I mentioned above, this Court's test from *Farber* has two parts. Grant J. should have begun by asking whether, from an objective viewpoint, a breach of the contract had occurred. It was only after determining that a breach had in fact occurred that he should have proceeded to the second step, that of determining whether the breach was a substantial one. It is at this second stage of the analysis that the perspective shifts and that "what is relevant is what was known by the appellant at the time of the [breach] and what ought to have been foreseen by a reasonable person in the same situation" (*Farber*, at para. 42). The trial judge failed to deal with the first step of the test.

. . . il suffit, à mon avis, que je tienne compte de ce [que M. Potter] savait au moment où il prétend avoir été congédié de façon déguisée, car il peut difficilement soutenir qu'il a été congédié de façon déguisée en s'appuyant sur quelque chose que l'employeur a fait à son insu. Par exemple, à ce moment-là, il n'était pas au courant de la lettre au ministre de la Justice; il ne peut donc pas dire qu'en envoyant la lettre, la défenderesse a [répudié] le contrat et l'a congédié de façon déguisée en conséquence. [par. 36]

[61] La Cour d'appel s'interroge sur la conclusion du juge de première instance sur ce point. Selon elle, « [i]l se pourrait que le juge du procès ait été tenu de prendre en considération l'ensemble des circonstances, [y compris] celles dont M. Potter n'avait pas connaissance, avant d'entamer sa poursuite » (par. 94). Toutefois, le juge en chef Drapeau affirme que cette erreur n'aurait eu « absolument aucune conséquence » parce que, même si le juge Grant avait tenu compte de l'élément de preuve écarté, celui-ci aurait seulement confirmé la thèse selon laquelle le conseil avait agi de manière compatible avec ses obligations contractuelles, puisqu'il ne pouvait lui-même congédier M. Potter (*ibid.*).

[62] Avec égards, je suis d'avis que la démarche du juge de première instance est effectivement erronée et que cette erreur n'est pas sans conséquence. Son erreur découle de l'omission de considérer séparément chacune des étapes relative au congédiement déguisé. Rappelons que le critère dégagé par la Cour dans l'arrêt *Farber* comportait deux parties. Le juge Grant aurait dû d'abord se demander si, d'un point de vue objectif, il y avait eu violation du contrat. Ce n'est qu'après avoir déterminé qu'il y avait eu violation qu'il aurait dû passer à la seconde étape et déterminer si la violation revêtait ou non un caractère substantiel. C'est à cette seconde étape de l'analyse que le point de vue bascule et que « sera pertinent ce qui était connu par l'appelant au moment de [la violation] ou devait être prévu par une personne raisonnable se trouvant dans sa situation » (*Farber*, par. 42). Le juge de première instance a passé outre à la première étape de l'analyse.



[63] This shift in perspective demonstrates the balance that is struck in the doctrine of constructive dismissal. On the one hand, the doctrine is based on a recognition that the employee is in a vulnerable position vis-à-vis the employer; however, the ensuing accommodations are not unlimited. Accordingly, the perspective at the second step of the first branch of the test, at which the issue is whether the breach was substantial, and in the second branch of the test is that of a reasonable person *in the same circumstances as the employee*. There is no requirement that the employer actually intend no longer to be bound by the contract. The question is whether, given the totality of the circumstances, a reasonable person in the employee's situation would have concluded that the employer's conduct evinced an intention no longer to be bound by it. However, with respect for Cromwell J.'s opinion, the perspective here cannot be stretched so far as to allow the employee to rely on grounds that, although real, were unknown to him or her at the relevant time. Such an approach would risk encouraging disgruntled employees who have quit their jobs to allege constructive dismissal and engage in fishing expeditions against their employers in the hope of identifying evidence in support of their claims.

[64] In the instant case, at the first step of the first branch of the constructive dismissal analysis, the trial judge was required to inquire, from an objective viewpoint, into whether the administrative suspension amounted to a breach of contract. To exclude evidence such as the evidence excluded by the trial judge in this case would be to make the employee's right to claim constructive dismissal depend on whether the employer was "artful enough to conceal his state of mind": *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), at p. 91.

[65] As I mentioned above, the question whether a suspension amounts to a breach will often require a more careful analysis than might be necessary in constructive dismissal cases involving other types of changes. This is because, unlike with such unilateral changes as a demotion, a reduction in wages or a modification to the pay structure, an employer's ability to suspend an employee can be found to be

[63] Le changement de point de vue témoigne de la mise en balance qu'opère la doctrine relative au congédiement déguisé. La doctrine reconnaît certes la vulnérabilité du salarié vis-à-vis de l'employeur, mais la compensation qu'elle commande n'est pas illimitée. En conséquence, le point de vue adopté à la seconde étape du premier volet du critère, qui s'intéresse au caractère substantiel de la violation, ainsi qu'au second volet du critère, est celui de la personne raisonnable *se trouvant dans la situation du salarié*. Il n'est pas nécessaire que l'employeur veuille dans les faits ne plus être lié par le contrat. La question est de savoir si, eu égard à toutes les circonstances, une personne raisonnable s'étant trouvée dans la situation du salarié aurait vu dans la conduite de l'employeur la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat. Soit dit en tout respect pour l'opinion du juge Cromwell, le point de vue ainsi adopté n'est cependant pas assez large pour permettre au salarié d'invoquer des motifs qui, même s'ils existaient, lui étaient alors inconnus. Sans cette limite, on risquerait d'inciter le salarié démissionnaire mécontent à alléguer le congédiement déguisé et à soumettre l'employeur à des recherches à l'aveuglette dans l'espoir de trouver des éléments pour étayer sa thèse.

[64] Dans le présent dossier, à la première étape du premier volet du critère applicable au congédiement déguisé, le juge de première instance devait examiner si, d'un point de vue objectif, la suspension administrative équivalait à une violation du contrat. Exclure une preuve comme celle écartée par le juge en l'espèce ferait en sorte que l'employeur puisse, [TRADUCTION] « grâce à son habileté à dissimuler suffisamment son état d'esprit », faire obstacle à une action pour congédiement déguisé (*Universal Cargo Carriers Corp. c. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), p. 91).

[65] Je le rappelle, il s'agit d'une question qui requiert souvent une analyse plus attentive que celle qui se pose dans le cas d'un congédiement déguisé allégué par suite d'une modification d'un autre type. La raison en est que, contrairement à la faculté d'opérer d'autres modifications unilatérales, telles la rétrogradation, la réduction de salaire ou la modification unilatérale du mode de rémunération,

implied in the contract. The court must therefore determine whether the suspension was implicitly authorized by the contract. In *Carscallen v. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 (Ont. S.C.J.), aff'd (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161 (Ont. C.A.), for example, the Ontario Court of Appeal, in inquiring into whether an employee's disciplinary suspension amounted to a breach, considered multiple factors, including the facts that the suspension was without pay and that it was indefinite. A similar approach was taken in *Labarre v. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753 (WL Can.), in which the Quebec Superior Court also considered a notice sent to other employees to inform them of the suspension, as well as the revocation of a company credit card and of the use of a vehicle.

[66] When faced with a unilateral change by the employer, the employee is placed in the unenviable situation of having to decide whether to accept the change or to resign and bring an action for constructive dismissal: see *Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81 (C.A.), at paras. 25-26. This life-altering decision must be made in circumstances in which the information available to the employee is limited and there is an imbalance of power between the employer and the employee. As was made clear in *Farber*, it would be unfair to rely on information that undermines the employee's claim and that the employee did not know about or could not be expected to have foreseen. In *Farber*, as I mentioned above, Gonthier J. first determined that a breach had occurred — the employee had been confronted with a unilateral change that involved “a significant, even a serious, demotion” (para. 38). He then inquired into whether the demotion constituted a substantial change to the essential terms of the employment contract. The employer argued that because the commission the employee would actually have earned in the new position had turned out to be higher than the amount he would have earned had he remained in his former position, the demotion did not constitute a substantial change. Gonthier J. held that this evidence should

celle qu'a l'employeur de suspendre le salarié peut être inférée du contrat. Le tribunal doit donc décider si la suspension intervenue était tacitement autorisée ou non par le contrat. À titre d'exemple, dans *Carscallen c. FRI Corp.* (2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 (C.S.J. Ont.), conf. par (2006), 52 C.C.E.L. (3d) 161 (C.A. Ont.), pour décider si la suspension disciplinaire du salarié équivalait à une violation, la Cour d'appel de l'Ontario tient compte de multiples facteurs, dont l'absence de rémunération du salarié pendant sa suspension et la durée indéfinie de celle-ci. La Cour supérieure du Québec adopte une démarche semblable dans *Labarre c. Spiro Méga inc.*, 2001 CarswellQue 1753 (WL Can.), où elle prend également en considération un avis transmis aux autres membres du personnel pour les informer de la suspension du salarié, ainsi que la révocation de son droit d'utiliser une carte de crédit et un véhicule de l'entreprise.

[66] Le salarié dont le contrat de travail est modifié unilatéralement par l'employeur se trouve dans la situation peu enviable d'avoir à décider d'acquiescer à la modification ou de remettre sa démission et d'intenter une action pour congédiement déguisé (voir *Belton c. Liberty Insurance Co. of Canada* (2004), 72 O.R. (3d) 81 (C.A.), par. 25-26). Il lui faut prendre cette décision qui engage l'avenir dans un contexte où les données dont il dispose sont limitées et où le rapport de force avec l'employeur est inégal. Comme l'établit clairement l'arrêt *Farber*, il serait injuste de s'appuyer sur des données qui réfutent l'allégation du salarié et dont celui-ci ignorait l'existence ou ne pouvait être tenu de prévoir. Comme je l'ai mentionné, dans *Farber*, le juge Gonthier s'est d'abord demandé s'il y avait eu violation; le salarié avait fait l'objet d'une modification unilatérale qui comportait « une rétrogradation importante, voire grave » (par. 38). Puis, il s'est demandé si la rétrogradation constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat. L'employeur soutenait que les commissions que le salarié aurait touchées dans ses nouvelles fonctions auraient été supérieures à ce qu'il aurait gagné s'il avait conservé son poste d'origine, de sorte que la rétrogradation n'opérait pas une modification substantielle. Le juge Gonthier

be excluded, however, on the basis that a court must not, in determining whether a breach is substantial, consider evidence consisting of information that was neither known to the employee nor reasonably foreseeable.

[67] The reason why the evidence was excluded in *Farber* does not apply in the instant case. In *Farber*, the Court excluded the evidence in question not in determining whether a breach had occurred, but in determining whether the change was substantial. This distinction has a significant impact on the determination of whether evidence is relevant. The Board's letter recommending that Mr. Potter's employment be terminated for cause is plainly relevant to the circumstances at the time of the alleged breach. Also, as I will explain in the next section, the employer's intentions are relevant to the determination of whether the suspension was wrongful, which is the key issue in Mr. Potter's constructive dismissal action. The exclusion of the evidence was therefore far from "wholly harmless". It deprived the trial judge of evidence that was relevant to the central issue of the case.

(b) *Characterizing Mr. Potter's Suspension*

[68] The broad question of an employer's right to temporarily discontinue an employee's work in a non-unionized workplace has been the subject of much debate. Before addressing the question whether the Board had the authority to suspend Mr. Potter as it did in this case, I wish to make it clear that certain points are not at issue in this appeal. First, this case does not concern a layoff for economic reasons. Because Mr. Potter's salary and benefits continued to be paid, he was not laid off, and the question of an implied authority to lay employees off temporarily does not arise: *Barnacle*, at §§18.29 to 18.39.

[69] Second, this case does not concern an administrative suspension for reasons unrelated to the employee's conduct. In *Cabiakman*, this Court drew

écarte toutefois l'élément de preuve invoqué au motif que des faits ni connus ni raisonnablement susceptibles de l'être par le salarié ne sauraient être pris en compte par le tribunal pour déterminer si une violation est substantielle ou non.

[67] La raison d'être de l'exclusion de la preuve dans *Farber* ne vaut pas en l'espèce. Dans cet arrêt, la Cour n'écarte pas la preuve en cause pour déterminer s'il y a eu violation ou non, mais bien pour apprécier le caractère plus ou moins substantiel de la modification. Cette nuance change sensiblement l'optique dans laquelle est tranchée la question de la pertinence. La lettre du conseil recommandant le congédiement de M. Potter est nettement pertinente pour la détermination de la situation des parties au moment de la violation alléguée. Et comme je le précise ci-après, l'intention de l'employeur importe lorsqu'il s'agit de décider si la suspension était justifiée ou non, une décision cruciale pour l'issue de l'action pour congédiement déguisé de M. Potter. Dès lors, l'exclusion de la preuve était loin de n'avoir « absolument aucune conséquence », car elle a privé le juge de première instance d'un élément de preuve pertinent pour statuer sur ce point crucial.

b) *Caractérisation de la suspension de M. Potter*

[68] La question générale du droit de l'employeur de mettre fin temporairement aux fonctions d'un salarié dans un milieu de travail non syndiqué a suscité de nombreux débats. Avant de décider si le conseil avait ou non le pouvoir de suspendre M. Potter comme il l'a fait en l'espèce, j'estime utile de préciser que certains éléments ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Premièrement, il n'est pas question en l'espèce de mise à pied pour motif économique. Puisqu'il a continué de toucher son salaire et de bénéficier de ses avantages, M. Potter n'a pas été mis à pied, de sorte qu'il n'y a pas lieu de se demander si le pouvoir tacite de le mettre à pied temporairement existait ou non (*Barnacle*, §§18.29 à 18.39).

[69] Deuxièmement, nous ne sommes pas aux prises avec une suspension administrative fondée sur des motifs étrangers à la conduite du salarié. Dans

a distinction, albeit in the civil law context, between extrinsic and intrinsic factors that might support a finding that an administrative suspension is justified (para. 33). Some possible extrinsic factors are financial difficulties, a shortage of work, technological change or reorganization of the business, but no such factors are alleged in the case at bar. Rather, the decision to suspend Mr. Potter was based on intrinsic factors in that it related to the actions of Mr. Potter himself.

[70] Third, this case does not concern a disciplinary suspension. Although the Board privately recommended in its letter to the Minister of Justice — and gave reasons for doing so — that Mr. Potter’s appointment be revoked for cause, it did not suspend Mr. Potter for disciplinary reasons. The parties agree, as did the courts below, that by directing Mr. Potter to stay home and delegating his powers to someone else, the Board placed him on an “administrative suspension” (Court of Appeal reasons, at para. 3). In this Court, the Commission conceded that the suspension was administrative and not disciplinary. Questions related to an implied authority to suspend an employee for disciplinary reasons, or an implied obligation to impose a lesser sanction such as suspension where there is cause for dismissal, do not arise: see *McKinley v. BC Tel*, 2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161, at para. 52; *Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206 (C.A.); Barnacle, at §18.40.

[71] Incidentally, given that cause was not alleged in the instant case, I question the relevance of the Court of Appeal’s lengthy summary of what it calls the “deterioration” of Mr. Potter’s relationship with the Board (paras. 2 and 21-26). Drapeau C.J.N.B. stated that he was including this evidence “to show the Board’s revocation recommendation was *bona fide* and anything but frivolous” (para. 21). However, these facts had not been litigated at trial, and they consisted mostly of unproven allegations that had been made by the Commission. Unless they relate to the specific administrative reasons given by

l’arrêt *Cabiakman*, quoique dans un contexte de droit civil, la Cour a distingué entre les éléments extrinsèques et intrinsèques qui sont susceptibles de justifier une suspension administrative (par. 33). Parmi les éléments extrinsèques éventuels figurent les difficultés financières, le manque de travail, les changements technologiques et la restructuration de l’entreprise, mais aucun n’est allégué en l’espèce. La décision de suspendre M. Potter reposait plutôt sur des éléments intrinsèques puisqu’elle se rapportait aux actes mêmes de M. Potter.

[70] Troisièmement, il n’y pas eu en l’espèce de suspension disciplinaire. Même si, à l’insu de l’intéressé, le conseil a recommandé que la nomination de M. Potter soit révoquée pour motif valable et donné au ministre de la Justice des motifs à l’appui dans la lettre qu’il lui a fait parvenir, il n’a pas suspendu M. Potter pour des motifs disciplinaires. Les parties, comme les tribunaux inférieurs, conviennent que M. Potter a fait l’objet d’une « suspension administrative » lorsqu’il s’est vu enjoindre de ne pas se présenter au travail et que ses pouvoirs ont été délégués à une autre personne (motifs de la Cour d’appel, par. 3). La Commission reconnaît aujourd’hui que la suspension était administrative, et non disciplinaire. Il n’y a donc pas lieu de s’interroger sur l’existence d’un pouvoir tacite de suspendre un salarié pour des raisons disciplinaires, non plus que sur celle d’une obligation tacite d’adopter une mesure moins sévère comme la suspension lorsqu’il existe un motif de congédiement (voir *McKinley c. BC Tel*, 2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161, par. 52; *Haldane c. Shelbar Enterprises Ltd.* (1999), 46 O.R. (3d) 206 (C.A.); Barnacle, §18.40).

[71] Incidemment, l’existence d’un motif valable de congédiement n’ayant pas été alléguée en l’espèce, je doute de la pertinence de l’exposé détaillé de la Cour d’appel sur la « détérioration » de la relation d’emploi entre M. Potter et le conseil (par. 2 et 21-26). Le juge en chef Drapeau dit faire état de ces éléments « pour montrer que la décision du conseil de recommander la révocation [a] été prise de bonne foi et n’[a] rien de frivole » (par. 21). Or, ces faits n’ont pas été examinés au procès et constituent pour la plupart des allégations non prouvées de la Commission. À moins qu’il ne

the Board for suspending Mr. Potter, they are not relevant.

[72] The question I must answer is whether the Board had an implied authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay for the administrative reasons it gave. It should be noted that the Board gave no reason when it suspended Mr. Potter on January 11, 2010. When asked for clarification the next day, the Board simply confirmed that Mr. Potter was not to return to work. There were no further communications between the Board and Mr. Potter until he commenced his action for constructive dismissal on March 9, 2010.

[73] The trial judge found that the reason for the suspension had been to facilitate the negotiation of a buyout of Mr. Potter's contract. Because Mr. Potter had met with the Board in the spring of 2009 to discuss a buyout, the Board "had every reason to believe that he was interested in a buyout of his contract" (para. 42). In light of the ongoing negotiations, "An administrative suspension pending [their] resolution is entirely consistent with what [the parties'] relationship was at the time" (para. 40). Grant J. went on as follows:

In my view, the Commission's directive that he was not to come to work merely reflected what Mr. Potter already knew and indicated he would accept if the terms were right, viz. that the Commission wanted to buy out his contract. It also ensured that nothing would occur that might complicate the settlement negotiations.

There is no evidence that the Board advised him that they intended to arrange for his termination. On the evidence before the Court I find that he made his dramatic move of starting legal action against his employer in response to no unilateral act by the employer that could be construed by a reasonable person as a repudiation of the contract. He was still being paid his full salary and benefits and if, as he says, he was feeling the pressure of the uncertainty of his situation, he only had to create a paper trail asking for clarification. [paras. 43-44]

concerne les raisons administratives invoquées par le conseil pour suspendre M. Potter, ce contexte factuel n'est pas pertinent.

[72] La question à trancher est la suivante. Le conseil avait-il le pouvoir tacite de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire pour les raisons administratives qu'il a invoquées? Il convient de souligner que le conseil n'a pas invoqué de motifs lorsqu'il a suspendu M. Potter le 11 janvier 2010. Lorsqu'une clarification lui a été demandée le lendemain, le conseil a simplement confirmé que M. Potter ne devait pas se présenter au travail. Il n'y a pas eu d'autres communications entre le conseil et M. Potter jusqu'à ce que ce dernier entame sa poursuite pour congédiement déguisé le 9 mars 2010.

[73] Le juge de première instance conclut que la suspension visait à faciliter la négociation d'une indemnité de départ. Depuis que M. Potter avait rencontré les représentants du conseil au printemps 2009 pour en discuter, le conseil [TRADUCTION] « avait [. . .] toutes les raisons de croire qu'il était intéressé au rachat de son contrat » (par. 42). Puisque les négociations se poursuivaient, « [u]ne suspension administrative en attendant le règlement de la question concord[ait] tout à fait avec la nature de [la] relation [des parties] à l'époque » (par. 40). Il ajoute :

[TRADUCTION] À mon avis, la directive de la Commission [de ne pas se présenter au travail confirmait seulement] ce que M. Potter savait déjà et avait indiqué qu'il accepterait si les conditions étaient satisfaisantes, à savoir que la Commission voulait racheter son contrat. Elle assurait aussi qu'il n'arriverait rien qui puisse compliquer les négociations [en vue d'un] règlement amiable.

Aucune preuve n'indique que le conseil l'aurait avisé qu'il avait l'intention de prendre des mesures en vue de son congédiement. D'après la preuve présentée à la Cour, je conclus que la mesure radicale [que M. Potter] a prise en intentant une poursuite [contre] son employeur n'était la réaction à aucun acte unilatéral de l'employeur qu'une personne raisonnable pourrait interpréter comme [répudiation] du contrat. M. Potter continuait de recevoir en entier son salaire et ses avantages, et si, comme il le dit, il ressentait la pression de l'incertitude de sa situation, il lui suffisait de créer une preuve documentaire en demandant des éclaircissements. [par. 43-44]

[74] Even if I were to adopt Grant J.’s characterization of the Commission’s reason for suspending Mr. Potter, I would nevertheless find that the Board lacked the authority to suspend Mr. Potter indefinitely with pay to facilitate the negotiation of a buyout of his contract.

[75] I will now address the Commission’s main argument that it had no duty to provide Mr. Potter with work. Before doing so, however, I would note that the Board did not merely withhold work from Mr. Potter; it ordered him to stay away from the office and designated a replacement. Moreover, even if the Board had an implied authority to relieve Mr. Potter of some or all of his statutory duties, it is my view that such an authority is not unfettered, but is subject to a basic requirement of business justification. Because no legitimate business reasons were given in this case, I find that the suspension was unauthorized.

(c) *The Commission Had a Duty to Provide Mr. Potter With Work*

[76] In the Commission’s view, the question is not whether it had the authority to suspend Mr. Potter, but whether it had a duty to provide him with work. Since most employment contracts do not impose such an obligation, and since there was traditionally no general common law duty to provide work, the Commission submits that an administrative suspension with pay would only rarely constitute a breach of contract: *Turner v. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653 (C.A.). The traditional common law principle was that “the obligation to keep an employee retained and employed did not necessarily import an obligation on the part of the employer to supply work” (*Park*, at p. 113). There are recognized exceptions to this principle:

One exception relates to contracts of employment where there is a benefit to the employee, such as an actress, or a radio or television performer, from the performance of the work. A second is where the employee’s remuneration is by commission. [*ibid.*]

[74] Même si je convenais que tel était le motif de la suspension de M. Potter par la Commission, je conclurais quand même que le conseil n’avait pas le pouvoir de suspendre indéfiniment le salarié avec salaire pour faciliter la négociation d’une indemnité de départ.

[75] Je me pencherai maintenant sur la thèse principale de la Commission selon laquelle elle n’avait pas l’obligation de fournir du travail à M. Potter. Je fais cependant observer que le conseil ne s’est pas seulement abstenu de donner du travail à M. Potter; il lui a enjoint de ne pas se présenter au bureau et il l’a remplacé. De plus, même si le conseil avait le pouvoir tacite de dépouiller M. Potter de la totalité de ses fonctions ou de certaines d’entre elles, j’estime que ce pouvoir n’était pas absolu, mais que son exercice était assujéti au respect de l’exigence fondamentale d’une justification organisationnelle. Aucun motif organisationnel légitime n’ayant été invoqué en l’espèce, je conclus que la suspension n’était pas autorisée.

(c) *La Commission avait l’obligation de fournir du travail à M. Potter*

[76] Selon la Commission, il s’agit non pas de savoir si elle avait le pouvoir de suspendre M. Potter, mais bien si elle avait ou non l’obligation de lui fournir du travail. Comme la plupart des contrats de travail n’imposent pas une telle obligation à l’employeur et que, traditionnellement, il n’existe pas, en common law, d’obligation générale de fournir du travail, la Commission soutient que la suspension administrative avec salaire constitue rarement une violation du contrat (*Turner c. Sawdon & Co.*, [1901] 2 K.B. 653 (C.A.)). En common law, la règle traditionnelle veut que [TRADUCTION] « l’obligation de l’employeur de maintenir le salarié dans son emploi n’emporte pas nécessairement celle de lui fournir du travail » (*Park*, par. 113). Il existe des exceptions à cette règle :

[TRADUCTION] L’une de ces exceptions vise le contrat de travail dans le cadre duquel le salarié — une actrice, ou un animateur de radio ou de télévision, par exemple — retire un avantage de l’accomplissement de son travail. Le cas du salarié rémunéré à la commission en est une deuxième. [*ibid.*]

However, the trial judge held, and the Commission argues, that these exceptions do not apply in the case at bar.

[77] In *Park*, a company's president and CEO was given notice of termination and ordered not to go to the office during the notice period. The court found that both of the exceptions applied: first, part of Mr. Park's remuneration was in the form of a bonus and, second, he derived a reputational benefit from the performance of his work in that, "As the chief executive officer he was primarily responsible for the operations of the company, and the success or failure of the company was a reflection of his performance in that role" (p. 113). Mr. Park's suspension was accordingly found to be wrongful, and he was awarded damages. The opposite result was reached in *Suleman v. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 (C.A.), in which an administrative assistant was given notice of termination "on the basis of insufficient work" (p. 139). Because no attempt had been made to show that Ms. Suleman's circumstances fell under either of the exceptions to the traditional rule, there was no obligation to provide her with work, and the reduction of her workload during the notice period was found not to be wrongful.

[78] In the case at bar, Grant J. distinguished *Park* on the basis that it had involved not a suspension, but a "complete removal of [Mr. Park's] duties and powers", whereas this case does involve a suspension, one that was imposed pending the resolution of negotiations aimed at buying out Mr. Potter's contract (para. 42). With respect, I find this distinction unpersuasive. Although Mr. Potter was not paid by commission, he was the executive director of a government program whose success, like that of the company run by Mr. Park, was associated with his performance. I have no doubt that Mr. Potter derived a reputational benefit from the performance of his work.

Or, le juge de première instance conclut — et la Commission soutient — que ces exceptions ne s'appliquent pas en l'espèce.

[77] Dans l'affaire *Park*, le président et directeur général d'une société avait reçu un préavis de cessation d'emploi et s'était vu enjoindre de ne pas se présenter au travail au cours de la période visée par le préavis. La cour a conclu que les deux exceptions s'appliquaient. Premièrement, une partie de la rémunération de M. Park était versée sous forme de bonus et, deuxièmement, l'exercice de ses fonctions lui conférait un avantage sur le plan de la réputation : [TRADUCTION] « En tant que chef de la direction, il était le premier responsable des activités de la société, si bien que la réussite ou l'échec de l'entreprise était attribué à la manière dont il s'acquittait de cette fonction » (p. 113). La suspension a donc été jugée injustifiée, et M. Park a obtenu des dommages-intérêts. La conclusion contraire a été tirée dans *Suleman c. B.C. Research Council* (1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 (C.A.), où une adjointe administrative s'était vu signifier la cessation de son emploi [TRADUCTION] « en raison d'un manque de travail » (p. 139). Madame Suleman n'ayant pas tenté d'établir que sa situation correspondait à l'une des exceptions prévues à la règle traditionnelle, l'employeur n'était pas tenu de lui fournir du travail, et la diminution de sa charge de travail pendant la période de préavis n'a pas été jugée injustifiée.

[78] Dans la présente affaire, le juge Grant a établi une distinction avec l'affaire *Park* puisque, dans cette dernière, il n'y avait pas eu suspension, mais [TRADUCTION] « les fonctions et les pouvoirs confiés [à M. Park] avaient été enlevés », alors que, en l'espèce, il y a eu suspension jusqu'au dénouement des négociations relatives au versement d'une indemnité de départ à M. Potter (par. 42). Avec égards, la distinction ne me convainc pas. Bien que M. Potter n'ait pas été rémunéré à la commission, il était directeur général d'un programme gouvernemental dont la réussite, comme celle de la société dirigée par M. Park, était attribuée à la manière avec laquelle il s'acquittait de ses fonctions. Il ne fait pas de doute, selon moi, que M. Potter retirait de l'exercice de ses fonctions un avantage sur le plan de la réputation.

[79] Grant J. seemed to suggest that Mr. Park’s suspension was more troubling because it was for a finite period — the period of his notice of termination — but in my opinion the opposite is true. The indefinite duration of Mr. Potter’s suspension created uncertainty that exacerbated the impact of the suspension. In both cases, the employee was directed to stay away from the office and was replaced for the duration of the suspension.

[80] Finally, whereas Mr. Park’s powers and duties had been assigned to him solely by the company’s directors, those of Mr. Potter were set out comprehensively in the *Legal Aid Act*: see ss. 39(6), 40(1), 41(1), 42, 50(2), 51(1), 52(8), 53(2) and 53(3). His suspension made it impossible to fulfill numerous statutory obligations. Mr. Potter recognized this when his counsel requested clarification of the suspension: “Given that Mr. Potter occupies a position which sets out a statutory obligation to perform the duties of his position, can you confirm whether the Board has suspended Mr. Potter[?]”

[81] In short, by arguing that it did not have a duty to provide Mr. Potter with work, the Commission effectively denies that he was suspended on the basis that no term of the contract was changed. For the above reasons — the nature of the Executive Director’s position and the detail in which Mr. Potter’s obligations were defined in the contract — I cannot accept the view that the Board had no obligation to provide Mr. Potter with work. For the reasons that follow, however, I would prefer not to rest my conclusion solely on the particular features of Mr. Potter’s employment situation.

(d) *An Employer’s Authority to Withhold Work Is Never Unfettered*

[82] In my view, even if the exceptions under which an employer would be required to provide an employee with work do not apply, the employer does not have an unfettered discretion to withhold work. To the extent that the proposition that the

[79] Le juge Grant semble suggérer que la suspension de M. Park est plus problématique parce que sa durée est définie et correspond au préavis de licenciement. J’estime pour ma part que c’est plutôt le contraire. La durée indéfinie de la suspension de M. Potter a causé une incertitude qui a exacerbé les conséquences de la mesure. Dans les deux cas, l’employeur a enjoint au salarié de ne pas se présenter au travail et l’a remplacé pendant la suspension.

[80] Enfin, tandis que les pouvoirs et les fonctions de M. Park lui étaient assignés uniquement par les administrateurs de la société, ceux de M. Potter étaient énoncés de manière exhaustive dans la *Loi sur l’aide juridique* (voir l’art. 42 et les par. 39(6), 40(1), 41(1), 50(2), 51(1), 52(8), 53(2) et 53(3)). La suspension de M. Potter l’a empêché de s’acquitter de nombreuses obligations prévues par la Loi. M. Potter l’a reconnu indirectement lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur la suspension : [TRADUCTION] « Étant donné que M. Potter occupe un poste qui comporte l’obligation légale d’exercer ses fonctions, pouvez-vous confirmer que le conseil a suspendu M. Potter[?] »

[81] En somme, lorsqu’elle prétend ne pas avoir l’obligation de fournir du travail à M. Potter, la Commission nie en fait avoir suspendu ce dernier au motif qu’aucune condition du contrat n’a été modifiée. Pour les motifs qui précèdent, c’est-à-dire la nature du poste de directeur général et le détail avec lequel les obligations de M. Potter figuraient au contrat, je rejette le point de vue selon lequel le conseil n’avait pas l’obligation de fournir du travail à M. Potter. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je préfère ne pas appuyer ma conclusion sur les seules caractéristiques particulières de la situation d’emploi de M. Potter.

d) *Le pouvoir de l’employeur de refuser du travail au salarié n’est jamais absolu*

[82] À mon avis, même si aucune des exceptions qui obligent l’employeur à fournir du travail au salarié ne s’applique, l’employeur n’a pas un pouvoir discrétionnaire absolu qui lui permet de s’en abstenir. À supposer que pareil pouvoir discrétionnaire



employer's discretion is absolute was ever valid, it has been overtaken by modern developments in employment law.

[83] Work is now considered to be “one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being” (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368). Thus, it is clear that the benefits derived from performing work are not limited to monetary and reputational benefits. Although I accept that employees who receive earnings from commissions or who derive a reputational benefit from the performance of their work are placed at a particular disadvantage should their employers refuse to provide them with work and that this justifies finding that an obligation to provide work is implied in the contract, I would caution against assuming that the converse is also true, namely that workers who are not included in those narrow categories derive no benefit whatsoever from the performance of their work and that their employers therefore have an unfettered discretion to suspend them with pay. Is it really the case that a president and CEO has, by virtue of his or her reputation, an implied right to work, whereas an administrative assistant, because his or her reputation is not valued, lacks any such right?

[84] In my view, the trial judge, in taking this category-based approach, on which the Commission relies, paid insufficient attention to the role of proportionality and balancing in modern employment law: *McKinley*, at para. 53. Even at common law, where the employer is not under a general obligation to provide work, the employer may not withhold work in bad faith or without justification. It may reduce an employee's workload or abolish his or her position for legitimate business reasons, as was done in *Suleman*, in which the employee's workload was reduced pending her termination owing to a shortage of work. However, I reject the proposition that an employer can refuse to provide

absolu ait jamais existé, l'évolution récente du droit du travail l'a écarté.

[83] On reconnaît de nos jours que « [l]e travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel » (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 368). Il appert donc que les avantages tirés de l'exercice de fonctions n'ont pas trait qu'à la réputation et à la situation financière. Je conçois certes que les salariés qui sont rémunérés à la commission ou qui retirent de l'exercice de leurs fonctions un avantage lié à la réputation subissent un préjudice particulier lorsque leur employeur refuse de leur fournir du travail, ce qui justifie de voir dans le contrat de travail l'obligation tacite de leur en fournir. Il faut cependant se garder de conclure que l'inverse est aussi vrai — à savoir que les salariés qui n'appartiennent pas à ces catégories précises ne retirent aucun avantage de l'exercice de leurs fonctions, et que leur employeur a donc un pouvoir discrétionnaire absolu qui permet la suspension avec salaire. Peut-on vraiment affirmer que le président et directeur général, du fait de sa réputation, a le droit tacite de travailler, alors que l'adjointe administrative ne l'a pas parce que sa réputation importe peu?

[84] J'estime que l'approche compartimentée du juge de première instance, et sur laquelle s'appuie la Commission, ne tient pas suffisamment compte du rôle de la proportionnalité et de l'équilibre dans le droit du travail moderne (*McKinley*, par. 53). Même selon la common law, qui ne lui impose pas une obligation générale de fournir du travail, l'employeur ne peut refuser de donner du travail avec mauvaise foi ou de manière injustifiée. Il peut réduire la charge de travail du salarié ou abolir son poste pour des motifs organisationnels légitimes, comme dans l'affaire *Suleman*, où la charge de travail de la salariée avait été réduite jusqu'à son licenciement pour manque de travail. Toutefois, je

work to an employee to whom the exceptions discussed above do not apply — let alone suspend and replace such an employee — for just any reason. That would undermine the non-monetary benefit all workers may in fact derive from the performance of their work. It would also be inconsistent with the employer's duty of good faith and fair dealing that has been gaining acceptance at common law: see D. J. Doorey, "Employer 'Bullying': Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts" (2005), 30 *Queen's L.J.* 500.

[85] To summarize, it is not true that one category of employees benefits from a duty to provide work that means that a suspension with pay amounts to constructive dismissal, whereas suspension with pay is authorized for another category of employees that benefits from no such duty. The determination will be fact-specific in each case. The common law exceptions remain useful as indicators that an employer has implied contractual obligations. For employees who receive earnings from commissions or who derive a reputational benefit from the performance of their work, suspension with pay will constitute a direct breach of an implied contractual term. That being said, no employer is at liberty to withhold work from an employee either in bad faith or without justification. The question is whether, in the circumstances of the particular case, the employer has demonstrated that the administrative suspension of the employee with pay is justified.

(e) *An Administrative Suspension Must Be Both Reasonable and Justified*

[86] Courts have developed a number of approaches to determining whether an administrative suspension is authorized by a contract. None of them apply directly to the situation in this case, but the principles on which they are all based are relevant. In my view, common threads can be identified in this Court's multi-factored approach in *Cabiakman* to the administrative suspension of an employee against whom criminal charges were pending in Quebec, the approach to the same issue taken by courts in the

rejette l'idée que l'employeur puisse, pour n'importe quelle raison, refuser du travail au salarié auquel ne s'appliquent pas les exceptions susmentionnées, encore moins le suspendre et le remplacer. Souscrire à cette idée compromettrait l'avantage non pécuniaire que tout salarié tire de l'exécution de son travail. Ce serait aussi incompatible avec l'obligation de l'employeur d'agir de bonne foi et de traiter ses salariés équitablement, une obligation de plus en plus reconnue en common law (voir D. J. Doorey, « Employer "Bullying" : Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts » (2005), 30 *Queen's L.J.* 500).

[85] En résumé, il est faux de prétendre que l'employeur a l'obligation de fournir du travail à certains salariés dont la suspension avec salaire équivaut par conséquent à un congédiement déguisé, alors qu'il n'a pas cette obligation à l'égard d'autres salariés dont la suspension avec salaire est par conséquent autorisée. La décision doit être basée sur les faits de chaque espèce. Les exceptions prévues en common law demeurent utiles pour cerner les obligations contractuelles tacites de l'employeur. En ce qui concerne les salariés rémunérés à la commission ou qui retirent de l'exercice de leurs fonctions un avantage lié à la réputation, la suspension avec salaire constitue une violation directe d'une condition tacite du contrat. Cela dit, il n'est pas loisible à l'employeur de refuser du travail au salarié avec mauvaise foi ou de manière injustifiée. La question est de savoir si, eu égard aux faits de l'espèce, l'employeur a établi ou non la justification de la suspension administrative avec salaire.

(e) *La suspension administrative doit être raisonnable et justifiée*

[86] Les tribunaux ont mis au point un certain nombre de méthodes pour déterminer si un contrat autorise ou non la suspension administrative. Aucune ne s'applique d'emblée à la situation précise qui nous intéresse, mais les principes qui les sous-tendent toutes sont pertinents. Des éléments communs se dégagent de l'approche multifactorielle adoptée par notre Cour dans *Cabiakman* relativement à la suspension administrative d'un salarié contre lequel pesaient des accusations criminelles

common law provinces, and the approach adopted by the New Brunswick Court of Appeal in the case at bar. All the courts in question have imposed on the employer a basic requirement of a good faith business justification. The factors they have applied include, but are not limited to, the existence of legitimate business reasons, good faith, the duration of the suspension, and whether the suspension was with pay. All the relevant factors go to the fundamental question whether the employer's decision to suspend was both reasonable and justified in the circumstances. As was made clear in *Cabiakman*, it is the employer that bears the burden of establishing that the suspension satisfies these two criteria (para. 67).

[87] In *Cabiakman*, this Court addressed, albeit in the civil law context, the scope of an employer's authority to impose an administrative suspension on an employee against whom criminal charges have been laid. The Court defined the employer's "residual power" to suspend as follows:

This residual power to suspend for administrative reasons because of acts of which the employee has been accused is an integral part of any contract of employment, but it is limited and must be exercised in accordance with the following requirements: (1) the action taken must be necessary to protect legitimate business interests; (2) the employer must be guided by good faith and the duty to act fairly in deciding to impose an administrative suspension; (3) the temporary interruption of the employee's performance of the work must be imposed for a relatively short period that is or can be fixed, or else it would be little different from a resiliation or dismissal pure and simple; and (4) the suspension must, other than in exceptional circumstances that do not apply here, be with pay. [para. 62]

In *Cabiakman*, the employee, a sales manager, had been charged with conspiracy to extort money from his securities broker, and after pleading not guilty to the offence, was suspended by his employer without pay pending resolution of the charges. The suspension was found to have been justified, as the

au Québec, de l'approche des tribunaux appelés à se prononcer sur la même question dans les provinces de common law et de l'approche de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick en l'espèce. Dans chaque cas, le tribunal a imposé à l'employeur l'obligation fondamentale d'établir que la mesure était justifiée par de véritables motifs commerciaux ou organisationnels. Parmi les éléments considérés, mentionnons entre autres l'existence de motifs organisationnels légitimes, la bonne foi, la durée de la suspension et le maintien de la rémunération ou sa cessation. Tous ces éléments importent pour répondre à la question fondamentale, à savoir si la décision de l'employeur de suspendre le salarié était à la fois raisonnable et justifiée dans les circonstances. Dans *Cabiakman*, la Cour a affirmé clairement que c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que la suspension satisfait à ces deux exigences (par. 67).

[87] Dans cet arrêt, notre Cour examine, bien que dans un contexte de droit civil, l'étendue du pouvoir de l'employeur de suspendre administrativement un salarié accusé au criminel. Voici comment elle définit le « pouvoir résiduel » de suspendre :

Ce pouvoir résiduel de suspendre pour des motifs administratifs en raison d'actes reprochés à l'employé fait partie intégrante de tout contrat de travail mais est limité et doit être exercé selon les conditions suivantes : (1) la mesure prise doit être nécessaire pour protéger les intérêts légitimes de l'entreprise; (2) la bonne foi et le devoir d'agir équitablement doivent guider l'employeur dans sa décision d'imposer une suspension administrative; (3) l'interruption provisoire de la prestation de l'employé doit être prévue pour une durée relativement courte, déterminée ou déterminable, faute de quoi elle se distinguerait mal d'une résiliation ou d'un congédiement pur et simple; (4) la suspension est en principe imposée avec solde, sous réserve de cas exceptionnels qui ne se posent pas en l'espèce. [par. 62]

Dans cette affaire, le salarié, un directeur des ventes, a été accusé de complot en vue d'extorquer de l'argent à son courtier en valeurs mobilières. Après qu'il eut inscrit un plaidoyer de non-culpabilité, son employeur l'a suspendu sans salaire jusqu'à ce que jugement soit rendu sur l'accusation. La Cour

employer had imposed it for legitimate business reasons relating to the company's image and reputation. However, the employer could not justify its decision not to pay the employee during the suspension period: "... in the context of a suspension that at all times remained administrative in nature, there was no reason to refuse to pay the salary of an employee who remained available to work" (para. 79; see also paras. 76-78 and 80).

[88] The Court did not hold that an employer that pays its employee during the period of an administrative suspension need not show that the suspension is justified: "Even if an employee is suspended with pay, it may be that the suspension will ultimately be treated as a unilateral resiliation of the contract if the end result is not the reinstatement of the employee. Also, the initial suspension could turn into a constructive dismissal or be regarded as one because of its length or because of an indefinite or excessive extension" (para. 71).

[89] The Court emphasized that its reasoning applied in the context of the *Civil Code of Québec* ("C.C.Q."), which includes the following reciprocal obligations: "The employer agrees to allow the employee to perform the work agreed upon, to pay the employee remuneration and to take any necessary measures to protect the employee's health, safety and dignity (art. 2087 C.C.Q.). The employee is bound to carry out his or her work with prudence and diligence and to act faithfully and honestly toward the employer (art. 2088 C.C.Q.)" (para. 29). The same reasoning cannot therefore be applied routinely to contracts in the common law context, as the same obligations do not exist at common law.

[90] That being said, in *Farber*, the leading authority on constructive dismissal and a case that originated in Quebec, Gonthier J. had noted, at para. 35, that the law of constructive dismissal in Quebec is similar to that of the rest of Canada: "Thus, although decisions from the common law provinces are not authoritative, it may be helpful to refer to them to see what types of changes the

a considéré que la suspension était justifiée, car l'employeur avait adopté la mesure pour des motifs commerciaux légitimes liés à l'image de l'entreprise et à sa réputation. Toutefois, l'employeur n'a pas justifié sa décision de ne pas rémunérer le salarié pendant sa suspension : « ... dans le contexte d'une suspension qui a toujours conservé un caractère administratif, on ne retrouve pas de motif de refuser le paiement du salaire à un employé qui demeure disponible » (par. 79; voir aussi par. 76-78 et 80).

[88] La Cour ne conclut pas que l'employeur qui rémunère son salarié pendant la durée d'une suspension administrative n'a pas à démontrer que la mesure est justifiée : « ... même si un salarié est suspendu avec solde, il est possible que la suspension soit traitée éventuellement comme une résiliation unilatérale du contrat si elle ne se résout pas par la réintégration du salarié. De plus, il se peut que la suspension initiale se transforme en congédiement déguisé ou soit considérée comme tel en raison de sa durée même ou à cause d'une prolongation indéterminée ou excessive » (par. 71).

[89] La Cour dit formuler son raisonnement en fonction du *Code civil du Québec* (« C.c.Q. »), qui impose les obligations synallagmatiques suivantes : « ... l'employeur s'engage à permettre au salarié d'exécuter la prestation de travail convenue, à lui verser rémunération et à prendre les mesures nécessaires en vue de protéger sa santé, sa sécurité et sa dignité (art. 2087 C.c.Q.). [Pour sa] part, le salarié est tenu d'exécuter son travail avec prudence et diligence et d'agir avec loyauté et honnêteté envers son employeur (art. 2088 C.c.Q.) » (par. 29). Le même raisonnement ne vaut donc pas d'emblée pour les contrats régis par la common law, car les mêmes obligations n'existent pas dans cet autre système de droit.

[90] Cela dit, dans *Farber*, l'arrêt de principe en la matière rendu dans un dossier provenant du Québec, le juge Gonthier souligne au par. 35 la similarité du droit québécois et du droit des autres provinces canadiennes en matière de congédiement déguisé : « Ainsi, bien que les décisions des provinces de common law ne fassent pas autorité, il peut être intéressant de s'y référer afin de vérifier

courts have considered fundamental changes to an employment contract resulting in the termination of that contract.” Likewise, the principles underlying the Court’s analysis of administrative suspensions in *Cabiakman* were drawn from a large body of arbitral jurisprudence that has influenced both common law and civil law employment norms. In that case, the Court referred, *inter alia*, to the Quebec case of *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666, in which an arbitrator, citing *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, at p. 671, in which another arbitrator, relying on D. J. M. Brown and D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2nd ed. 1984), the leading Canadian authority on labour arbitration, had stated:

... in assessing the appropriateness of a suspension pending trial, rather than inquiring into the guilt or innocence of the accused employee, arbitrators will attempt to determine whether the effects of the alleged offence on the employment relationship are such that continuation of the employment pending the decisions of the competent authorities would create sufficient serious and immediate risk, contrary to the employer’s legitimate interests, which encompass the employer’s financial integrity, the safety and security of its property and of the other employees, and its reputation.

(*Cabiakman*, at para. 66)

[91] In the common law provinces, as in Quebec, courts have begun to apply the principles discussed above in the context of non-unionized workplaces by imposing a basic requirement of business justification on an employer that suspends an employee for administrative reasons. In one case, *Reininger v. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 (Ont. S.C.J.), a truck driver was suspended without pay for a 90-day period during which his driver’s licence was to be suspended and then until after his trial on criminal charges. After finding that an authority to suspend was implied in the contract on the basis of company policy and practices, as well as other factors (paras. 17-20), Howden J. inquired into whether the suspension was reasonable

quelles modifications les tribunaux ont considérées être des modifications fondamentales du contrat d’emploi entraînant la résiliation dudit contrat. » De même, dans *Cabiakman*, les principes qui sous-tendent l’analyse de la suspension administrative par la Cour sont tirés d’une abondante jurisprudence arbitrale qui a influé sur les normes d’emploi applicables tant en common law qu’en droit civil. Dans cet arrêt, la Cour renvoie entre autres à la décision québécoise *Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec*, [1991] T.A. 666, dans laquelle un arbitre, qui cite *Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal*, [1984] T.A. 668, p. 671, dans laquelle un autre arbitre, s’appuyant sur l’ouvrage de D. J. M. Brown et de D. M. Beatty, *Canadian Labour Arbitration* (2<sup>e</sup> éd. 1984), qui fait le plus autorité au Canada au chapitre de l’arbitrage en droit du travail, dit ce qui suit :

... en évaluant la justesse d’une suspension en attendant le procès, au lieu de rechercher la culpabilité ou l’innocence du salarié accusé, les arbitres vont tenter de déterminer si l’infraction alléguée a des effets sur la relation d’emploi de façon telle que la continuation de celui-ci, en attendant les décisions des autorités compétentes, présenterait des risques sérieux et immédiats suffisants contraires aux intérêts légitimes de l’employeur, qui englobent son intégrité financière, la sécurité et la sûreté de ses propriétés et des autres employés, sa réputation.

(*Cabiakman*, par. 66)

[91] Dans les provinces de common law comme au Québec, les tribunaux ont entrepris d’appliquer les principes susmentionnés aux milieux de travail non syndiqués et d’imposer à l’employeur l’obligation fondamentale d’établir la justification organisationnelle de la suspension administrative d’un salarié. Dans l’affaire *Reininger c. Unique Personnel Canada Inc.* (2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 (C.S.J. Ont.), un camionneur avait été suspendu sans salaire pendant la période de 90 jours au cours de laquelle son permis de conduire était suspendu, puis jusqu’à ce qu’il soit statué sur les accusations dont il faisait l’objet. Après avoir conclu que le contrat conférait le pouvoir tacite de suspendre le salarié au vu des politiques et des pratiques de

or justified. Finding that no framework had yet been developed by common law courts, he drew factors from arbitral jurisprudence on the same question, and in particular from a test adopted in *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176 (Ont.), and adapted them to the case before him. He synthesized these factors as follows (*Reininger*, at para. 42):

- 1) The onus is on the employer to demonstrate to the court on a civil standard of proof that a reasonably serious and immediate risk to the employer's legitimate interests exists. The employer must establish that the nature of the charge is such as to be potentially harmful to the employer's reputation or product, or that it will render the employee unable properly to perform his duties, or that it will have a harmful effect on its employees or customers.
- 2) The employer must show that it made a genuine attempt to assess the risk of continuing employment, including making its own investigation or inquiry. The fact that the police have investigated the matter and have acquired the evidence to lay the charge significantly lessens the burden of investigation on the employer.
- 3) The employer must also show that it has taken reasonable steps to ascertain whether the risk of continued employment might be mitigated through such techniques as closer supervision or transfer to another position.
- 4) There is a continuing onus on the employer during a period of suspension to consider objectively the possibility of reinstatement within a reasonable period of time following suspension in light of new facts or circumstances that may come to its attention.

[92] On the facts of the case before him, Howden J. found that the suspension without pay was justified for the 90-day period during which the employee's driver's licence was suspended and no other position was available. However, he considered it unreasonable for the employer to have

l'entreprise, ainsi que d'autres facteurs (par. 17-20), le juge Howden s'est demandé si la suspension était raisonnable ou justifiée. Constatant que les tribunaux de common law n'avaient établi aucun cadre juridique, il a repris les facteurs issus de la jurisprudence arbitrale sur le sujet, notamment un critère retenu dans *Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528* (1977), 17 L.A.C. (2d) 176 (Ont.), et il les a adaptés à l'affaire dont il était saisi. Voici sa synthèse de ces facteurs (*Reininger*, par. 42) :

[TRADUCTION]

- 1) Il incombe à l'employeur de démontrer au tribunal, selon la norme de preuve en matière civile, l'existence d'un risque raisonnablement sérieux et immédiat pour ses intérêts légitimes. Il doit établir que, par sa nature, l'accusation est susceptible de porter atteinte à sa réputation ou à son produit, qu'elle sera préjudiciable à ses salariés ou à ses clients ou qu'elle rendra le salarié inapte au bon accomplissement de ses tâches.
- 2) L'employeur doit établir qu'il a fait de véritables efforts pour évaluer le risque du maintien du salarié dans son poste, notamment en faisant sa propre enquête ou ses propres vérifications. Le fait que la police a enquêté et recueilli des éléments de preuve avant de porter l'accusation atténue considérablement l'obligation de vérification de l'employeur.
- 3) Il incombe également à l'employeur de démontrer qu'il a pris des mesures raisonnables pour déterminer si le risque lié au maintien du salarié dans son poste pouvait être réduit par des mesures telles que la surveillance serrée ou la mutation à un autre poste.
- 4) Durant toute la suspension, il incombe à l'employeur de considérer objectivement la possibilité de réintégrer le salarié dans son poste dans un délai raisonnable une fois la suspension terminée, à la lumière des faits nouveaux ou des circonstances nouvelles portés à son attention.

[92] Eu égard aux faits de l'espèce, le juge Howden conclut que la suspension sans salaire était justifiée pendant les 90 jours au cours desquels le permis de conduire du salarié était suspendu et aucun autre poste n'était disponible. Il estime toutefois qu'il n'était pas raisonnable de

imposed a further suspension pending the outcome of the employee's criminal trial.

[93] Although the tests from *Reininger* and *Cabiakman* were developed in the contexts of different legal systems, they both incorporate principles from the collective bargaining context and are, as a result, quite similar. For the determination of whether a suspension is justified, both tests focus on the need for legitimate business reasons, good faith and a minimal impact in terms of duration. (Incidentally, the test from *Reininger*, unlike the one from *Cabiakman*, does not address the requirement that the employee be paid, given that in the former case, the issue was analyzed through the lens of a disciplinary suspension, which means that it was assumed that the employee would not be paid.)

[94] As I mentioned above, the test relied on by the Court of Appeal in the instant case was taken from *Devlin*. In that case, the employee, the president and CEO of a company, had been suspended by a newly elected slate of directors who were dissatisfied with his management record. Silverman J., citing *Pierce v. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64 (Ont. H.C.J.), and *MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 (P.E.I.S.C. (T.D.)), set out the following list of factors — reproduced here once again for ease of reference — to consider in determining whether a suspension of an employee amounts to a constructive dismissal (para. 50):

1. the duration of the suspension;
2. whether someone was appointed to replace the suspended employee;
3. whether the employee was asked for his or her keys;
4. whether the employee continued to be paid and receive benefits;
5. whether there is evidence that the employer intended to terminate the employee at that time; and

prolonger la suspension du salarié jusqu'au dénouement du procès criminel.

[93] Bien que les démarches adoptées dans *Reininger* et dans *Cabiakman* l'aient été en fonction de systèmes juridiques différents, elles font toutes deux appel à des principes dégagés dans le contexte de la négociation collective, de sorte qu'elles présentent une grande ressemblance. Pour déterminer si une suspension est justifiée, chacune des démarches met l'accent sur la nécessité de motifs organisationnels légitimes, sur la bonne foi et sur la réduction maximale de la durée de la mesure. (Signalons au passage que, à la différence de la Cour dans l'arrêt *Cabiakman*, le tribunal saisi dans *Reininger* ne se prononce pas sur la nécessité de rémunérer le salarié, car il examine la question en considérant que la suspension est de nature disciplinaire, de sorte qu'il est tenu pour acquis que le salarié n'est pas rémunéré.)

[94] Comme je le mentionne précédemment, le test appliqué par la Cour d'appel en l'espèce est issu de l'affaire *Devlin* où le salarié, président et directeur général d'une société, avait été suspendu par un nouveau conseil d'administration insatisfait du bilan de sa gestion. Citant *Pierce c. Canada Trust Realtor* (1986), 11 C.C.E.L. 64 (H.C.J. Ont.), et *MacKay c. Avco Financial Services Canada Ltd.* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 (C.S.Î.P.-É. (1<sup>re</sup> inst.)), le juge Silverman énumère les facteurs (reproduits à nouveau ci-après pour en faciliter la consultation) dont il faut tenir compte pour déterminer si la suspension d'un salarié équivaut ou non à un congédiement déguisé (par. 50) :

[TRADUCTION]

1. Combien de temps a duré la suspension?
2. Quelqu'un a-t-il été nommé pour remplacer le salarié suspendu?
3. A-t-on demandé au salarié de remettre ses clés?
4. Le salarié a-t-il continué à toucher son salaire et à bénéficier des avantages sociaux?
5. Existe-t-il une preuve que, à l'époque, l'employeur avait l'intention de licencier le salarié?

6. whether the employer suspended the employee in good faith, for example, for *bona fide* business reasons.

The court also noted, citing *Carscallen*, at para. 34, that a suspension with pay is less likely to be found to amount to a constructive dismissal than one without pay (*Devlin*, at para. 51).

[95] Although *Devlin* did not involve a suspension pending the resolution of criminal charges, these factors, like the ones considered in *Cabiakman* and in *Reininger*, focus on a need for legitimate business reasons, good faith, and minimization of the duration of the suspension. As in *Cabiakman*, the *Devlin* factors also emphasize the importance of the employee's being paid during the suspension period. In my view, the additional factors in the test from *Devlin* are consistent with the approach taken in *Cabiakman* and *Reininger*, and they help answer the fundamental question whether the suspension was reasonable and justified.

[96] For instance, the appointment of a replacement would suggest that the suspension was not temporary and would rule out certain possible business reasons, such as a shortage of work. Requiring that the employee turn in his or her keys would suggest a degree of permanence to the change and would indicate that the reasons for suspension were more likely related to the employee's conduct than to extrinsic business concerns.

- (f) *The Commission Has Failed to Establish That the Suspension Was Reasonable or Justified*

[97] I do not find it necessary to articulate a rigid framework for determining whether a particular administrative suspension is wrongful. The approach to be taken and the factors to be considered will depend on the nature and circumstances of the suspension. The overriding question will be whether the suspension was reasonable and justified. That

6. L'employeur a-t-il suspendu le salarié de bonne foi, par exemple pour de véritables motifs de nature organisationnelle?

Il ajoute en citant l'arrêt *Carscallen*, par. 34, qu'une suspension avec salaire est moins susceptible d'être assimilée à un congédiement déguisé qu'une suspension sans salaire (*Devlin*, par. 51).

[95] Certes, dans *Devlin*, il ne s'agissait pas d'une suspension jusqu'à ce qu'il soit statué sur des accusations au pénal, mais ces facteurs, comme ceux pris en compte dans *Cabiakman* et dans *Reininger*, s'attachent à la nécessité de motifs organisationnels légitimes, à la bonne foi et à la réduction maximale de la durée de la suspension. De plus, à l'instar des facteurs retenus dans l'arrêt *Cabiakman*, ils témoignent du caractère déterminant de la rémunération ou de la non-rémunération du salarié pendant la suspension. Selon moi, les éléments supplémentaires pris en compte dans *Devlin* sont compatibles avec la démarche du tribunal dans *Cabiakman* et *Reininger* et ils permettent de trancher la question fondamentale de savoir si la suspension était raisonnable et justifiée.

[96] À titre d'exemple, la nomination d'un remplaçant permet de penser que la suspension n'est pas temporaire et d'écarter certains motifs organisationnels possibles, tel le manque de travail. De même, exiger du salarié qu'il remette ses clés démontre que la modification est jusqu'à un certain point permanente et que c'est vraisemblablement la conduite du salarié, et non des préoccupations organisationnelles extrinsèques, qui motive la suspension.

- f) *La Commission n'a pas établi que la suspension était raisonnable ou justifiée*

[97] L'existence d'un cadre rigide ne me paraît pas nécessaire pour déterminer dans chaque cas si une suspension administrative est justifiée ou non. L'approche retenue et les facteurs pris en compte varient selon la nature de la suspension et les circonstances. La question primordiale est de savoir si la suspension était raisonnable et justifiée. Cela



said, it is clear from the above discussion that certain factors, while they may not be necessary, will always be relevant. These factors include the duration of the suspension, whether the suspension is with pay, and good faith on the employer's part, including the demonstration of legitimate business reasons.

[98] In my view, legitimate business reasons constitute a requirement for a finding that an administrative suspension based on an implied authority to suspend is not wrongful. Other than in the context of a disciplinary suspension, an employer does not, as a matter of law, have an implied authority to suspend an employee without such reasons. Legitimate business reasons must always be shown, although the nature or the importance of those reasons will vary with the circumstances of the suspension.

[99] In the instant case, this basic requirement was not met. To begin with, Mr. Potter was given no reasons for the suspension. It seems to me that, in most circumstances, an administrative suspension cannot be found to be justified in the absence of a basic level of communication with the employee. At a minimum, acting in good faith in relation to contractual dealings means being honest, reasonable, candid, and forthright: *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 66. Failing to give an employee any reason whatsoever for his suspension is, in my opinion, not being forthright. Moreover, the limited evidence presented in support of the Board's ostensible purpose of facilitating a buyout is undercut by the actions the Board took to have Mr. Potter terminated. As I mentioned above, the Board's resolution of January 5, 2010, and the January 11, 2010 letter to the Minister in which the Board recommended that Mr. Potter be terminated ought to have been admitted at this stage of the analysis. With respect, this constituted a significant error on the trial judge's part. Add to this the facts that Mr. Potter was replaced during the suspension period and that that period was indefinite, and there remains no doubt in my mind that the suspension was unauthorized. To reiterate, which factors must

dit, il ressort de l'examen qui précède que certains facteurs, même si leur prise en compte n'est pas nécessaire, seront toujours pertinents. Au nombre de ces facteurs, mentionnons la durée de la suspension, le fait qu'il s'agit d'une suspension avec ou sans salaire et la bonne foi de l'employeur, ce qui comprend l'existence avérée de motifs organisationnels légitimes.

[98] L'existence de motifs organisationnels légitimes représente selon moi une exigence à laquelle il faut satisfaire pour établir qu'une suspension administrative issue de l'exercice du pouvoir tacite de suspendre n'est pas injustifiée. Sauf dans le contexte disciplinaire, l'employeur n'a pas le pouvoir tacite de suspendre un salarié en l'absence de tels motifs. Il est toujours nécessaire d'établir l'existence de motifs organisationnels légitimes, quoique la nature ou l'importance de ceux-ci varient selon les circonstances de la suspension.

[99] En l'espèce, cette exigence fondamentale n'est pas satisfaite. D'abord, aucune raison n'a été donnée à M. Potter pour justifier la suspension. J'estime que, la plupart du temps, on ne peut conclure qu'une suspension administrative est justifiée s'il n'y a pas eu un minimum de communication avec le salarié. Dans une relation contractuelle, les parties doivent à tout le moins se montrer honnêtes, franches et raisonnables (*Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 66). Ne pas informer le salarié de ce qui motive sa suspension n'est pas franc. De plus, la preuve restreinte offerte pour étayer l'objectif déclaré du conseil — favoriser la conclusion d'un accord sur une indemnité de départ — est battue en brèche par les mesures prises par le conseil pour que M. Potter soit congédié. Rappelons que la résolution du conseil datée du 5 janvier 2010 et la lettre du 11 janvier 2010 recommandant au ministre le congédiement de M. Potter auraient dû être admises en preuve à cette étape de l'analyse. Avec égards, j'estime que le juge de première instance a commis une grave erreur sur ce point. Sans compter que M. Potter a été remplacé et que la durée de sa suspension était indéfinie, d'où mon opinion que la suspension n'était pas autorisée. Je le répète, les facteurs à considérer varient

be considered will vary with the context and will depend on the nature and circumstances of the suspension.

[100] The Court of Appeal applied the *Devlin* factors in upholding the trial judge's decision. I find that, in doing so, it overemphasized the fact that the suspension was with pay, underemphasized the absence of legitimate business reasons and disregarded the evidence of the Board's intention to terminate Mr. Potter. Even where an administrative suspension is with pay, an employer must still meet the basic requirement of a good faith business justification: see *Cabiakman*, at para. 71. The Commission had not shown that the suspension in this case was reasonable and justified.

[101] I would stress that, on the evidence, it cannot be said that Mr. Potter acquiesced in this change. Even if Mr. Potter was interested in a buyout, that interest can in no way be taken as consent to his suspension, nor can it be prejudicial to his position in his action, as the trial judge seemed to imply. In my opinion, Mr. Potter simply did what most employees would do if their employer raises the possibility of a buyout: listen to the offer and, depending on its terms, consider accepting it.

[102] I wish to go back for a moment to situate the analysis within the framework of the test for constructive dismissal. The fact that the suspension was unauthorized establishes that a breach of the employment contract has occurred. Because the Board has failed to establish that the suspension was reasonable or justified, it cannot argue that it was acting pursuant to an implied term of the contract, which means that the suspension constituted a unilateral act. Mr. Potter has accordingly discharged his burden at the first step of the analysis. As I explained above, whether a breach has occurred must be determined objectively, and what a reasonable person in the employee's circumstances would have known or ought to have foreseen is not relevant at this step.

selon le contexte et dépendent de la nature de la suspension et de ses circonstances.

[100] La Cour d'appel confirme la conclusion du juge de première instance à la lumière des facteurs énumérés dans *Devlin*. J'estime que, ce faisant, elle accorde trop d'importance au fait que M. Potter a été suspendu avec salaire et trop peu à l'absence de motifs organisationnels légitimes, et qu'elle écarte la preuve de l'intention du conseil de congédier M. Potter. Même lorsqu'un salarié fait l'objet d'une suspension administrative avec salaire, l'employeur doit satisfaire à l'exigence fondamentale d'un motif commercial ou organisationnel légitime (voir *Cabiakman*, par. 71). La Commission n'a pas établi que, en l'espèce, la suspension était raisonnable et justifiée.

[101] Je souligne que, selon la preuve, on ne peut affirmer que M. Potter a acquiescé à la modification. Même s'il désirait mettre fin à son contrat moyennant une indemnité, et malgré ce que laisse entendre le juge de première instance, on ne peut voir dans cet intérêt un consentement à la suspension ou un élément préjudiciable à sa thèse. J'estime que M. Potter a simplement fait ce que font la plupart des salariés lorsque l'employeur évoque la possibilité d'une indemnité de départ, soit écouter l'offre et, selon sa teneur, envisager de l'accepter.

[102] Mais revenons un moment sur l'analyse que commande le critère applicable au congédiement déguisé. L'absence d'autorisation de la suspension démontre qu'il y a eu violation du contrat de travail. Le conseil ayant omis de démontrer que la suspension était raisonnable ou justifiée, il ne pouvait prétendre agir sur la base d'une condition tacite du contrat, de sorte que la suspension constitue un acte unilatéral. M. Potter s'est donc acquitté de son fardeau de preuve à la première étape de l'analyse. Le fait qu'il y a eu violation ou non doit être déterminé de manière objective, et ce qu'une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que le salarié aurait su ou aurait dû raisonnablement prévoir importe peu à cette étape.

[103] As I also explained above, in a constructive dismissal case involving an administrative suspension, the burden shifts to the employer to show that the suspension was reasonable. With respect, the trial judge therefore erred in placing the burden on Mr. Potter to show that it was unreasonable. And he also erred in conflating the first and second steps of the constructive dismissal analysis and in restricting evidence of the existence of the breach to what Mr. Potter knew or ought reasonably to have foreseen at the time of the unilateral act.

(4) The Unauthorized Suspension Amounts to Constructive Dismissal

[104] Having established that the suspension was unauthorized and therefore amounted to a breach of the employment contract, Mr. Potter must also satisfy the criteria of the second step of the first branch of the test for constructive dismissal. As I mentioned above, what must be determined at this step is whether at the time of the suspension, “a reasonable person in the same situation as [Mr. Potter] would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed” (*Farber*, at para. 26). It is at this stage of the analysis that the fact that Mr. Potter neither knew about nor could reasonably have been expected to know about the letter recommending the termination of his employment becomes relevant and that that letter must accordingly be excluded. As I will explain below, however, the exclusion of the letter does not affect the outcome of the analysis.

[105] It was reasonable for Mr. Potter to perceive the unauthorized unilateral suspension as a substantial change to the contract. As far as he knew, he was being indefinitely suspended and had been given no reason for the suspension. The letter to Mr. Potter stated that the suspension was to continue “until further direction from the Commission”. When Mr. Potter had his lawyer write to request clarification of the Board’s instructions, the Board persisted in its silence regarding the reason and simply stated that he “is not to return

[103] Rappelons que, dans le cas d’un congédiement déguisé issu d’une suspension administrative, il appartient à l’employeur d’établir que la mesure était raisonnable. Avec égards, le juge de première instance a donc tort de conclure qu’il incombait à M. Potter de prouver que la suspension était déraisonnable. Qui plus est, il fait erreur en confondant les première et seconde étapes de l’analyse que commande l’allégation de congédiement déguisé et en considérant que seul ce que savait M. Potter au moment de l’acte unilatéral ou ce qu’il aurait dû alors raisonnablement prévoir était susceptible de prouver la violation.

(4) La suspension non autorisée équivaut à un congédiement déguisé

[104] Comme il est établi que la suspension n’était pas autorisée et qu’elle équivalait donc à une violation du contrat de travail, M. Potter doit également satisfaire à la seconde exigence du premier volet du critère pour qu’il y ait congédiement déguisé. En effet, il faut alors déterminer si, au moment de la suspension, « une personne raisonnable, se trouvant dans la même situation que [M. Potter], aurait considéré qu’il s’agissait d’une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail » (*Farber*, par. 26). C’est à cette étape de l’analyse que devient pertinent le fait que M. Potter ignorait l’existence de la lettre recommandant son congédiement ou qu’on ne pouvait raisonnablement s’attendre à ce qu’il en connaisse l’existence, de sorte que la lettre doit être exclue de la preuve. Or, comme je l’indique ci-après, l’exclusion de la lettre ne modifie en rien l’issue de l’analyse.

[105] Il était raisonnable que M. Potter voie dans sa suspension unilatérale non autorisée une modification substantielle de son contrat de travail. Pour autant qu’il savait, l’employeur le suspendait indéfiniment sans justifier la mesure. Selon la lettre qui lui était adressée, la suspension s’appliquait jusqu’à ce que [TRADUCTION] « [la Commission] ait donné de nouvelles directives ». Lorsque son conseiller juridique a demandé des éclaircissements sur les directives de l’employeur, le conseil a persisté dans son refus de justifier la mesure et s’est contenté de

to work until further notice”. In my opinion, that is sufficient to discharge Mr. Potter’s burden here. Knowledge of the reasons given by the Commission at trial should not be imputed to Mr. Potter as of the time of the suspension.

[106] I would suggest that in most cases in which a breach of an employment contract results from an unauthorized administrative suspension, a finding that the suspension amounted to a substantial change is inevitable. If the employer is unable to show the suspension to be reasonable and justified, there is little chance, to my mind, that the employer could then turn around and say that a reasonable employee would not have felt that its unreasonable and unjustified acts evinced an intention no longer to be bound by the contract. Any exception to this rule would likely arise only if the unauthorized suspension was of particularly short duration.

#### B. *Repudiation by the Employee*

[107] Because I have concluded that Mr. Potter was constructively dismissed, the question whether the bringing of his action for constructive dismissal amounted to a resignation does not arise. The contract had already been repudiated by the Board. Although the courts below both ruled on this issue and submissions were made on it in this Court, it would in my view be inadvisable to reach any conclusions with respect to the resignation of an employee in the absence of circumstances requiring me to address the issue.

[108] I would note, however, that in many failed constructive dismissal cases, the reason why the question of resignation by the employee does not arise will be that it is clear that the employee has resigned, given that, after the employer acted unilaterally to, for instance, demote the employee or transfer him or her to a new position, the employee elected to quit work and sue the employer. In this typical situation, if the constructive dismissal action fails, the employee cannot then argue that he or she did not quit work.

répondre que M. Potter [TRADUCTION] « ne [devait] pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre ». À mon sens, cela suffit pour que M. Potter s’acquitte de son fardeau de preuve à cette étape. On ne doit pas considérer qu’il connaissait, au moment de la suspension, les motifs révélés au procès par la Commission.

[106] J’estime que, dans la plupart des cas où la violation du contrat de travail résulte d’une suspension administrative non autorisée, force est de conclure à une modification de nature substantielle. Lorsqu’il n’est pas en mesure d’établir que la suspension est raisonnable et justifiée, l’employeur peut rarement, selon moi, changer son fusil d’épaule et prétendre qu’un employé raisonnable n’aurait pas considéré que ses actes déraisonnables et injustifiés étaient la manifestation de son intention de ne plus être lié par le contrat. Seule pourrait faire exception à la règle la suspension non autorisée dont la durée serait particulièrement courte.

#### B. *Répudiation du contrat par le salarié*

[107] Vu ma conclusion selon laquelle M. Potter a été congédié de manière déguisée, la question de savoir si son action pour congédiement déguisé a entraîné sa démission ne se pose pas. Le contrat avait déjà été répudié par le conseil. Même si les tribunaux inférieurs se prononcent tous deux sur la question et que des observations sur ce point ont été présentées à la Cour, j’estime qu’il n’est pas opportun de tirer quelque conclusion à cet égard en l’absence de circonstances qui l’exigent.

[108] Je signale toutefois que, dans de nombreuses affaires où la thèse du congédiement déguisé a été rejetée, la question de la démission du salarié ne se posait pas, car la démission du salarié était manifeste. En effet, après que l’employeur eut pris une mesure unilatérale — rétrogradation ou mutation à un autre poste, par exemple —, le salarié a choisi de quitter son emploi et de poursuivre l’employeur. Dans un cas de figure aussi clair, le salarié débouté en justice ne peut ensuite prétendre ne pas avoir quitté son emploi.

[109] Nevertheless, there are instances in which it will not be necessary to conclude that the employee has resigned in bringing the constructive dismissal suit. One such case would be where, following the changes to the contract, the employee has continued to work under protest. This Court has held that employees have a duty to mitigate their damages by remaining in the workplace, provided that doing so would not be objectively unreasonable: see, e.g., *Evans v. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661. Where the employment relationship has not become untenable, it is not evident that by commencing legal action the employee should be held to have resigned by operation of law.

[110] In the case at bar, the unilateral change by the employer was an indefinite suspension with pay. After the suspension had continued for approximately eight weeks, Mr. Potter sued for damages for constructive dismissal. He did not, as has happened in other cases, clearly *resign*, given that he had already stopped performing his duties while continuing to be paid and that, in his view, the fact that he continued to “work” — i.e. that he remained on suspension with pay — was consistent with the position he was taking in his constructive dismissal action. The Board of course viewed Mr. Potter’s action as a resignation and promptly cut his salary and benefits. Were I to uphold the trial judge’s decision that Mr. Potter was not constructively dismissed, I would then have to determine whether Mr. Potter resigned when he commenced his action for constructive dismissal, or was wrongfully terminated by the Board when it cut his salary and benefits.

[111] The courts below took the view — as does the Commission — that a resignation had been effected by operation of law. In *Suleman*, for example, an employee whose workload had been reduced had failed to make out a case of constructive dismissal and was found to have repudiated her contract “by the position she took in her

[109] Néanmoins, il arrive parfois qu’il ne soit pas nécessaire de conclure que le salarié qui a intenté une poursuite pour congédiement déguisé a démissionné de son poste. Ce peut être le cas par exemple lorsque le salarié continue de travailler sous toutes réserves après la modification de son contrat. Dans l’arrêt *Evans c. Teamsters Local Union No. 31*, 2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661, la Cour a statué que le salarié avait l’obligation de limiter son préjudice en continuant d’exercer ses fonctions, à condition que ce ne soit pas objectivement déraisonnable. Lorsque la relation d’emploi n’est pas devenue intenable, il ne va pas de soi que la poursuite engagée par le salarié emporte légalement sa démission.

[110] En l’espèce, la modification unilatérale a consisté, pour l’employeur, à suspendre le salarié pour une durée indéfinie, avec salaire. Après environ huit semaines de suspension, M. Potter a intenté une action en dommages-intérêts pour congédiement déguisé. Il n’a pas clairement *démissionné* comme les salariés en cause dans d’autres affaires, car il avait déjà cessé d’exercer ses fonctions tout en continuant d’être rémunéré et, à son avis, le fait qu’il continuait de « travailler » — c.-à-d. qu’il était toujours suspendu avec salaire — était compatible avec la thèse sous-tendant son action pour congédiement déguisé. Bien sûr, le conseil a estimé que, par son geste, M. Potter avait démissionné, et il a promptement mis fin à sa rémunération et à ses avantages. Si je confirmais la décision du juge de première instance selon laquelle M. Potter n’a pas fait l’objet d’un congédiement déguisé, il faudrait dès lors que je détermine si M. Potter a démissionné lorsqu’il a intenté son action pour congédiement déguisé ou s’il a été congédié de façon injustifiée par le conseil lorsque ce dernier a mis fin à sa rémunération et à ses avantages.

[111] Les tribunaux inférieurs et la Commission estiment qu’il y a eu démission par l’effet de la loi. À titre d’exemple, dans l’affaire *Suleman*, une salariée dont la charge de travail avait été réduite n’a pas réussi à démontrer son congédiement déguisé, et le tribunal a conclu qu’elle avait répudié son contrat vu [TRADUCTION] « la position qu’elle avait adoptée

statement of claim” (p. 144; Court of Appeal reasons, at para. 99). This view certainly finds support in the traditional principles of the law applicable to constructive dismissal, and I have no doubt that the employee will be found to have resigned in the majority of failed constructive dismissal cases. However, I will leave open the question whether there are factual circumstances in which an employee whose constructive dismissal action is unsuccessful might nevertheless argue that he or she did not resign.

### C. *Deduction of Pension Benefits*

[112] I will now turn to the question whether the pension benefits Mr. Potter received should be deducted from his damages. According to the Board’s resolution dated December 12, 2005 that established the terms and conditions of Mr. Potter’s appointment, the Public Service Superannuation pension plan applied to him (Court of Appeal reasons, at para. 14). The plan in question is governed by the *Public Service Superannuation Act*. It is a contributory plan and is not intended to provide compensation to a contributor who has been wrongfully dismissed. The resolution also provided that Mr. Potter was entitled to a regular retirement allowance and a special retirement allowance, both of them equivalent to 25 weeks’ pay.

[113] Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* reads as follows:

**16** Where a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance under this Act, the Superannuation Act, the Teachers’ Act or the *Teachers’ Pension Act* becomes employed in full time employment in the Public Service, his or her entitlement to such immediate pension or annual allowance is to be suspended effective the date of his or her appointment and if he or she becomes a contributor under this Act, the period of such re-employment is to be additional pensionable service for the purposes of this Act.

(See also the French version.)

dans son exposé de la demande » (p. 144; motifs de la Cour d’appel, par. 99). Ce point de vue trouve certainement appui dans les principes traditionnels du droit applicable au congédiement déguisé, et je ne doute pas que, dans la plupart des affaires où l’allégation de congédiement déguisé est rejetée, le tribunal conclut qu’il y a eu démission. Toutefois, je m’abstiens de trancher la question de savoir s’il existe ou non des circonstances dans lesquelles le salarié qui allègue en vain le congédiement déguisé peut néanmoins soutenir qu’il n’a pas démissionné.

### C. *Déduction des prestations de retraite*

[112] Je passe maintenant aux prestations de retraite touchées par M. Potter et à leur déduction du montant de ses dommages-intérêts. Selon la résolution du conseil datée du 12 décembre 2005 qui établit les modalités et les conditions de la nomination de M. Potter, le Régime de pension de retraite dans les services publics s’appliquait à ce dernier (motifs de la Cour d’appel, par. 14). Le régime est soumis à la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics*. Il est de type contributif et n’a pas été conçu pour indemniser le cotisant qui est congédié injustement. La résolution indique également que M. Potter avait droit à une allocation de retraite régulière ainsi qu’à une allocation de retraite spéciale, chacune équivalant à 25 semaines de salaire.

[113] L’article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* est libellé comme suit :

**16** Lorsqu’un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle en application de la présente loi, de la loi sur la pension de retraite, de la loi des enseignants ou de la *Loi sur la pension de retraite des enseignants* est affecté à un poste à plein temps dans les services publics, son droit à cette pension à jouissance immédiate ou à cette allocation annuelle doit être suspendu à compter du jour de sa nomination, et s’il se met à cotiser sous le régime de la présente loi, la nouvelle période d’emploi doit s’ajouter au service ouvrant droit à pension aux fins de la présente loi.

(Se reporter également à la version anglaise.)

[114] In this Court, Mr. Potter submits that the trial judge should not have deducted amounts received under the pension plan from the damages to be awarded. He relies on this Court's decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, arguing that payments received under a defined benefit pension plan should not be used to reduce damages payable for wrongful dismissal. Mr. Potter argues that s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* should apply only to employees in receipt of pension benefits who return to employment in the public service and that it does not apply in a wrongful dismissal case.

[115] The Commission contends that the trial judge was right to deduct the amounts Mr. Potter had received under his pension plan. In its view, s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* is intended to prevent employees, regardless of the circumstances, from collecting pension benefits at the same time as they are receiving a salary, and thus falls within the exception to the common law rule from *Waterman* that I will discuss below.

[116] This Court must decide whether, in accordance with its decision in *Waterman*, Mr. Potter's receipt of pension benefits should result in a reduction of the damages awarded to him. If the answer to this first question is no, the Court must decide whether s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* precludes Mr. Potter from collecting pension benefits in addition to his damages for wrongful termination.

- (1) Does the Compensation Principle Require That the Pension Benefits Be Deducted From Mr. Potter's Damages?

[117] First of all, I recognize that the trial judge did not have the benefit of this Court's decision in *Waterman* when he decided to deduct Mr. Potter's pension benefits from the award of damages. That case is central to our decision in the case at bar.

[114] M. Potter fait valoir devant notre Cour que le juge de première instance n'aurait pas dû déduire les sommes qu'il a touchées en application du régime de pension de retraite du montant des dommages-intérêts qu'il a obtenus. Il s'appuie sur notre arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, pour affirmer que les sommes perçues dans le cadre d'un régime à prestations déterminées ne doivent pas être retranchées du montant des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. M. Potter ajoute que l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne devrait s'appliquer qu'aux salariés qui, après avoir touché des prestations de retraite, reprennent le travail dans les services publics, et qu'il ne s'applique pas en cas de congédiement injustifié.

[115] La Commission soutient que le juge de première instance a eu raison de déduire les sommes. Selon elle, l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* vise à empêcher, quelles que soient les circonstances, qu'un employé touche à la fois des prestations de retraite et un salaire et qu'il bénéficie ainsi de l'exception à la règle de common law reconnue dans l'arrêt *Waterman*.

[116] Notre Cour doit décider si, suivant cet arrêt, les prestations de retraite versées à M. Potter devraient avoir pour effet de réduire le montant des dommages-intérêts auxquels il a droit. Si elle répond par la négative, il lui faut déterminer si l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* empêche M. Potter de toucher ses prestations de retraite en plus des dommages-intérêts versés pour congédiement injustifié.

- (1) Le principe de l'indemnisation exige-t-il que les prestations de retraite soient déduites des dommages-intérêts accordés à M. Potter?

[117] Tout d'abord, l'arrêt *Waterman* n'avait pas encore été rendu lorsque le juge de première instance a tranché en faveur de la déduction des prestations de retraite de M. Potter du montant de ses dommages-intérêts. Or, cet arrêt est décisif en l'espèce.

[118] In *Waterman*, Cromwell J. wrote that “[t]he general rule is that contract damages should place the plaintiff in the economic position that he or she would have been in had the defendant performed the contract” (para. 2). However, there are exceptions to this rule. One of them is the private insurance exception, which concerns, *inter alia*, “pension payments to which an employee has contributed and which were not intended to be an indemnity for the type of loss suffered” (para. 16). Such benefits should generally not be deducted from damages awarded for breach of contract.

[119] In *Waterman*, as in the case at bar, the question was whether pension benefits received by the plaintiff should be deducted from damages that had been awarded to him. There was a clear compensating advantage, as the plaintiff had received both his full pension benefits and the salary he would have earned had he worked. In addition, there was a “but for” causal link between the defendant’s breach and the plaintiff’s receipt of pension benefits: by wrongfully dismissing the plaintiff, the defendant had obliged him to claim those benefits.

[120] After carefully reviewing the jurisprudence of this Court and of other common law jurisdictions on the deduction of private insurance benefits from damages, Cromwell J. formulated some general propositions to help in determining whether such benefits should be deducted in a given case:

- Benefits have *not* been deducted if (a) they *are not* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach *and* (b) the plaintiff has contributed to the entitlement to the benefit . . . .
- Benefits have *not* been deducted where the plaintiff has contributed to an indemnity benefit . . . .
- Benefits *have* been deducted when they *are* intended to be an indemnity for the sort of loss caused by the breach but the plaintiff has not contributed in order

[118] Dans *Waterman*, le juge Cromwell écrit que « [s]elon la règle générale, les dommages-intérêts contractuels devraient placer le demandeur dans la situation financière où il se serait trouvé si le défendeur avait respecté le contrat » (par. 2). Cependant, il y a des exceptions à cette règle. L’une d’elles vise l’assurance privée et s’applique notamment aux « prestations de retraite auxquelles un employé a contribué et qui n’étaient pas censées constituer une indemnité pour le type de perte subie » (par. 16). De tels avantages ne devraient généralement pas être déduits des dommages-intérêts accordés pour violation contractuelle.

[119] Dans *Waterman*, comme en l’espèce, il fallait décider si les prestations de retraite du demandeur devaient être déduites de ses dommages-intérêts. Il existait un avantage compensatoire manifeste, car l’intéressé avait bénéficié tant de prestations de retraite maximales que du salaire qu’il aurait touché s’il avait travaillé. De plus, il y avait un lien déterminant entre la violation par le défendeur et le versement de prestations de retraite au demandeur : en congédiant ce dernier injustement, le défendeur l’avait obligé à présenter une demande de prestations.

[120] Après avoir examiné attentivement les décisions de notre Cour et celles des tribunaux d’autres ressorts de common law concernant la déduction des prestations issues d’une assurance privée, le juge Cromwell fait certains constats susceptibles d’aider le tribunal à décider si, dans un cas donné, le montant des prestations doit être déduit ou non des dommages-intérêts :

- Les prestations *n’ont pas* été déduites si a) elles *n’étaient pas* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement *et* b) le demandeur a payé pour avoir droit aux prestations . . . .
- Les prestations *n’ont pas* été déduites dans les cas où le demandeur a contribué à une prestation indemnitaire . . . .
- Les prestations *ont* été déduites dans les cas où elles *étaient* destinées à dédommager le demandeur de la perte causée par le manquement, mais le demandeur



to obtain entitlement to the benefit . . . [Emphasis in original.]

(*Waterman*, at para. 56)

[121] Had the trial judge in the instant case had the benefit of *Waterman*, he would have concluded that Mr. Potter's pension benefits should not be deducted from the damages awarded to him as a consequence of his employer's breach. As I mentioned above, those benefits were not intended to compensate Mr. Potter in the event of his being wrongfully dismissed. The pension plan was a contributory plan. For the foregoing reasons, on the basis of the private insurance exception from *Waterman*, the pension benefits received by Mr. Potter should not be deducted from the damages to which he is entitled.

(2) Does Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* Displace the Private Insurance Exception and Require That the Pension Benefits Be Deducted?

[122] Having concluded that the pension benefits should not be deducted from the damages to be awarded to Mr. Potter on the basis of the exception to the common law rule from *Waterman*, I must now inquire into whether s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* displaces the private insurance exception and precludes Mr. Potter from collecting both his pension benefits and the equivalent of his salary. The Commission argues that s. 16 precludes the application of *Waterman*. Mr. Potter contends that this section is intended for situations in which a former employee who is receiving pension benefits returns to employment in the public service and that it therefore neither applies to wrongful dismissal cases nor precludes Mr. Potter from collecting both the full damages amount and his pension benefits.

[123] I agree with Mr. Potter. Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not require that the pension benefits received by Mr. Potter be deducted from the damages to which he is entitled as a result of his wrongful dismissal. This section

n'a pas payé pour avoir droit aux prestations . . . [En italique dans l'original.]

(*Waterman*, par. 56)

[121] Si, en l'espèce, le juge de première instance avait pu prendre connaissance de l'arrêt *Waterman*, il aurait conclu que les prestations de retraite de M. Potter ne devaient pas être déduites des dommages-intérêts obtenus pour la violation du contrat par l'employeur. Je le répète, ces prestations ne visaient pas à indemniser un salarié en cas de congédiement injustifié. Le régime de pension de retraite est un régime contributif. Pour les motifs qui précèdent, compte tenu de l'exception relative à l'assurance privée reconnue dans *Waterman*, les prestations de retraite de M. Potter ne devraient pas être déduites de ses dommages-intérêts.

(2) L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* a-t-il pour effet d'écarter l'exception relative à l'assurance privée et d'exiger la déduction des prestations de retraite?

[122] Puisque je conclus que les prestations de retraite de M. Potter ne doivent pas être déduites de ses dommages-intérêts en raison de l'exception à la règle de common law reconnue dans *Waterman*, je dois maintenant décider si l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* écarte l'exception relative à l'assurance privée et empêche M. Potter de toucher à la fois ses prestations de retraite et l'équivalent de son salaire. La Commission fait valoir que l'art. 16 fait obstacle à l'application de l'arrêt *Waterman*. M. Potter soutient que la disposition vise plutôt l'ancien salarié qui touche des prestations de retraite et qui reprend le travail dans les services publics, de sorte qu'elle ne s'applique pas au congédiement injustifié, ni ne l'empêche de toucher la totalité des dommages-intérêts auxquels il a droit en plus de ses prestations de retraite.

[123] Je donne raison à M. Potter. L'article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* n'exige pas que les prestations de retraite qui lui ont été versées soient déduites des dommages-intérêts auxquels il a droit par suite de

applies to a “contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance” on being appointed to employment in the public service. It therefore prevents a retired employee who returns to employment in the public service from collecting pension benefits while at the same time receiving a salary as an employee. Section 16 does not establish a general bar on the receipt of both a pension entitlement and employment income. More specifically, it does not apply to an employee who has been wrongfully dismissed and is entitled to receive damages as a result of that wrongful dismissal.

[124] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. Furthermore, Iacobucci J., 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, at para. 39, wrote the following about situations in which it is argued that a statutory provision overrides a common law rule:

To begin with, I think it useful to stress the presumption that the legislature does not intend to change existing law or to depart from established principles, policies or practices. In *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614, for example, Fauteux J. (as he then was) wrote that “a Legislature is not presumed to depart from the general system of the law without expressing its intentions to do so with irresistible clearness, failing which the law remains undisturbed”. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1077, Lamer J. (as he then was) wrote that “in the absence of a clear provision to the contrary, the legislator should not be assumed to have intended to alter the pre-existing ordinary rules of common law”.

[125] The ordinary meaning of the words of s. 16 does not support the assertion that the New Brunswick legislature intended to preclude the rule in *Waterman*. On the contrary, it supports Mr. Potter’s position that the section applies to the situation of a retired employee who returns to employment in the

son congédiement injustifié. Cet article s’applique au « cotisant qui reçoit une pension [. . .] immédiate ou une allocation annuelle » lorsqu’il est nommé à un poste dans les services publics. Il empêche donc le salarié retraité qui retourne travailler dans les services publics de toucher à la fois des prestations de retraite et un revenu d’emploi. Il ne frappe pas d’interdiction générale le cumul des prestations de retraite et du revenu d’emploi. Plus particulièrement, il ne vise pas le salarié qui a droit à des dommages-intérêts parce qu’il a été injustement congédié.

[124] Suivant la règle fondamentale d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1). De plus, 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, par. 39, le juge Iacobucci dit ce qui suit au sujet des situations dans lesquelles on prétend qu’une disposition législative l’emporte sur une règle de common law :

Tout d’abord, je pense qu’il est utile d’insister sur la présomption que le législateur n’a pas l’intention de modifier le droit existant ni de s’écarter des principes, politiques ou pratiques établis. Dans *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, p. 614, par exemple, le juge Fauteux (plus tard Juge en chef) écrit : [TRADUCTION] « le législateur n’est pas censé s’écarter du régime juridique général sans exprimer de façon incontestablement claire son intention de le faire, sinon la loi reste inchangée ». Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1077, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) écrit que « le législateur n’est pas censé, à défaut de disposition claire au contraire, avoir l’intention de modifier les règles de droit commun pré-existantes ».

[125] Le sens ordinaire des termes employés à l’art. 16 n’appuie pas la prétention selon laquelle le législateur du Nouveau-Brunswick a voulu faire obstacle à l’application de la règle issue de l’arrêt *Waterman*. Au contraire, il appuie la thèse de M. Potter selon laquelle la disposition s’applique au

public service. It applies to “a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance [who] becomes employed in full time employment in the Public Service” or, in the French version of the section, “*un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle [et qui] est affecté à un poste à plein temps dans les services publics*”. Further, pension benefits are suspended as of “the date of his or her appointment”, or the “*jour de sa nomination*” in the French version. The Commission’s position could succeed only if the circumstance in which the section applies — where the contributor “becomes employed” and as of “the date of his or her appointment” — were disregarded. According to the *Concise Oxford English Dictionary* (12th ed. 2011), “appointment” means “the action or process of appointing someone”, while “appoint” means “assign a job or a role to” (p. 63). *Le Petit Robert* dictionary (new ed. 2012) defines “*nomination*” as “[a]ction de nommer (qqn) à un emploi, à une fonction, à une dignité” (p. 1699) ([TRANSLATION] “action of appointing (someone) to a job, position or office”).

[126] Section 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not therefore apply to an employee who has been wrongfully dismissed and was obliged to claim pension benefits as a consequence of the breach of the employment contract. Where a court decides that a wrongfully dismissed employee is entitled to damages, he or she does not “becom[e] employed in full time employment in the Public Service” at the time of the breach. It would be wrong to equate such a decision to an “appointment” or in French, a “*nomination*”. The court is simply finding that the employee *should* have continued to be employed by the employer and that he or she is entitled to damages.

[127] As for the context of s. 16, there is nothing in the *Public Service Superannuation Act* to suggest an intention to preclude the receipt of pension benefits in the circumstances covered by the rule from *Waterman*. Nowhere does that Act say that

salarié retraité qui reprend le travail dans les services publics. Il s’applique à « un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle [et qui] est affecté à un poste à plein temps dans les services publics » (dans la version anglaise, « *a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance [who] becomes employed in full time employment in the Public Service* »). Qui plus est, le versement des prestations de retraite est suspendu à compter du « jour de sa nomination » (dans la version anglaise, « *the date of his or her appointment* »). On ne peut faire droit à la prétention de la Commission que si l’on fait abstraction des situations dans lesquelles s’applique la disposition, à savoir lorsque le cotisant « est affecté à un poste » et « à compter du jour de sa nomination ». *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012) définit le mot « nomination » comme suit : « [a]ction de nommer (qqn) à un emploi, à une fonction, à une dignité » (p. 1699). Selon le *Concise Oxford English Dictionary* (12<sup>e</sup> éd. 2011), « *appointment* » s’entend de « *the action or process of appointing someone* » ([TRADUCTION] « l’action de nommer quelqu’un ou le processus de nomination »), alors que « *appoint* » veut dire « *assign a job or a role to* » (« assigner un emploi ou une fonction à (quelqu’un) ») (p. 63).

[126] L’article 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne s’applique donc pas au salarié qui a été congédié injustement et qui, en raison de la violation du contrat d’emploi, a dû demander des prestations de retraite. Le salarié injustement congédié auquel le tribunal reconnaît le droit à des dommages-intérêts n’est pas « affecté à un poste à plein temps dans les services publics » au moment de la violation. Il serait erroné de voir une « nomination » (en anglais, « *appointment* ») dans la décision du tribunal. Le tribunal conclut seulement que l’employeur *aurait dû* continuer d’employer le salarié et que ce dernier a droit à des dommages-intérêts.

[127] Pour ce qui est du contexte de l’art. 16, rien dans la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne donne à penser que le législateur a voulu empêcher qu’un salarié touche des prestations de retraite dans les circonstances

pension benefits should be deducted from damages awarded to wrongfully dismissed employees. And at no time in the legislative debate leading up to the enactment of s. 16 was it suggested that the section was to apply where an employee is wrongfully dismissed (*Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, June 16, 1966, at pp. 1235-54). Moreover, s. 16 has not changed significantly since being enacted in 1966 (S.N.B. 1966, c. 23), when it read as follows:

16. Where a contributor in receipt of an immediate pension or an annual allowance under this Act, the *Superannuation Act*, the *Teachers' Act* or the *Teachers' Pension Act* (1966) becomes employed in full time employment in the Public Service, his entitlement to such immediate pension or annual allowance is to be suspended effective the date of his appointment and if he becomes, or would have become but for the provisions of subsection (2) of section 4, a contributor under this Act, the period of such re-employment is to be additional pensionable service for the purposes of this Act.

[128] I therefore conclude that s. 16 of the *Public Service Superannuation Act* does not override the rule from *Waterman* and does not preclude Mr. Potter from collecting both the equivalent of his salary and his pension benefits.

#### V. Conclusion

[129] I would answer the questions raised by the appeal as follows:

(1) Did the trial judge err in concluding that Mr. Potter was not constructively dismissed?

Yes.

(2) If Mr. Potter was not constructively dismissed, did the trial judge err in concluding

visées par la règle de l'arrêt *Waterman*. La Loi ne prévoit pas que les prestations de retraite doivent être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. Et lors des débats législatifs qui ont précédé son adoption, il n'a jamais été question que l'art. 16 s'applique au salarié injustement congédié (*Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick*, 16 juin 1966, p. 1235-1254). De plus, l'art. 16, qui était libellé comme suit lors de son adoption en 1966 (S.N.B. 1966, c. 23), n'a pas été sensiblement modifié depuis :

[TRADUCTION]

16. Lorsqu'un cotisant qui reçoit une pension à jouissance immédiate ou une allocation annuelle en application de la présente loi, de la loi sur la pension de retraite, de la loi des enseignants ou de la *Loi sur la pension de retraite des enseignants* (1966) est affecté à un poste à plein temps dans les services publics, son droit à cette pension à jouissance immédiate ou à cette allocation annuelle doit être suspendu à compter du jour de sa nomination, et s'il se met à cotiser sous le régime de la présente loi, ou aurait pu se mettre à cotiser s'il n'y avait les dispositions du paragraphe (2) de l'article 4, la nouvelle période d'emploi doit s'ajouter au service ouvrant droit à pension aux fins de la présente loi.

[128] En conséquence, je conclus que l'art. 16 de la *Loi sur la pension de retraite dans les services publics* ne supprime pas la règle de l'arrêt *Waterman* et n'empêche pas M. Potter de toucher à la fois l'équivalent de son salaire et ses prestations de retraite.

#### V. Conclusion

[129] Je réponds comme suit aux questions en litige dans le pourvoi.

(1) Le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que M. Potter n'avait pas fait l'objet d'un congédiement déguisé?

Oui.

(2) Si M. Potter n'a pas fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance

that Mr. Potter resigned when he launched his action in damages?

a-t-il eu tort de conclure qu'il a démissionné lorsqu'il a intenté son action en dommages-intérêts?

It is unnecessary to answer this question.

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

(3) If Mr. Potter was constructively dismissed, did the trial judge err in finding that the amounts Mr. Potter received under his pension should be deducted from his damages for wrongful dismissal?

(3) Si M. Potter a fait l'objet d'un congédiement déguisé, le juge de première instance a-t-il eu tort de conclure que les sommes touchées au titre de sa pension devaient être déduites des dommages-intérêts pour congédiement injustifié?

Yes.

Oui.

#### VI. Disposition

#### VI. Dispositif

[130] I would allow the appeal with costs throughout, set aside the Court of Appeal's judgment and allow Mr. Potter's action for constructive dismissal. Mr. Potter is entitled to damages for wrongful dismissal as assessed by the trial judge, with the exception that the pension benefits Mr. Potter has already received are not to be deducted from those damages.

[130] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel et d'accueillir l'action pour congédiement déguisé. M. Potter a droit aux dommages-intérêts pour congédiement injustifié établis par le juge de première instance, mais j'estime que les prestations de retraite déjà touchées par M. Potter ne doivent pas en être déduites.

The reasons of McLachlin C.J. and Cromwell J. were delivered by

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell rendus par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

#### I. Introduction

#### I. Introduction

[131] I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Wagner J. My understanding of the legal principles that apply to this case is somewhat different from my colleague's and there are some issues which he discusses on which I prefer not to comment. I therefore will briefly set out my reasons for thinking that the appeal should be allowed.

[131] Je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Wagner quant à la manière dont il convient de statuer sur le pourvoi. Mon interprétation des principes juridiques qui s'appliquent en l'espèce diffère cependant quelque peu de celle de mon collègue et je préfère ne pas me prononcer sur certaines des questions qu'il examine. J'expose donc brièvement les motifs pour lesquels le pourvoi devrait selon moi être accueilli.

[132] My colleague's thorough and careful recitation of the facts and judicial history has saved me from having to set out this background. The key facts for my purposes are these.

[132] L'exposé des faits et de l'historique judiciaire auquel se livre mon collègue avec exhaustivité et rigueur me dispense de relater à mon tour ces éléments. Voici quels sont les faits déterminants pour les besoins de mon opinion.

[133] Mr. Potter was employed for a fixed term of seven years which expired on December 12, 2012. The intent was to provide him with a term of employment that would take him to retirement: trial reasons, 2011 NBQB 296, 384 N.B.R. (2d) 14, at para. 71. Some difficulties in Mr. Potter's relationship with his employer developed and by the spring of 2009, the New Brunswick Legal Aid Services Commission initiated discussions with him with the objective of obtaining a "buyout" of the remaining term. Mr. Potter had shown himself open to discuss this approach.

[134] Beginning in October 2009, Mr. Potter was on approved sick leave which was ultimately extended to January 18, 2010. As Mr. Potter's January date of return to work approached, the ongoing discussions about a buyout had not borne fruit. Early in January (January 5, 2010), and unbeknownst to him, the Commission's Board of Directors acted to bring things to a head. The Board passed a resolution directing the Board's Chair to request of the Minister of Justice that Mr. Potter's appointment be revoked for cause if the Commission's counsel was not able to negotiate a resolution by January 11th that would bring Mr. Potter's term to an end in exchange for no more than 18 months' salary including his retirement allowance: Court of Appeal reasons, 2013 NBCA 27, 402 N.B.R. (2d) 41, at para. 32. Under the terms of his appointment, Mr. Potter at that point had just short of three years left on his term appointment and at the end of his term he became entitled to a retirement allowance of 25 weeks' pay as well as a special retirement allowance of 25 weeks' pay: trial reasons, at para. 8.

[135] There was no agreement between the parties with respect to the buyout and so, on January 11th, the Board followed the course of action set out in its January 5th resolution. The Chair wrote to the Minister of Justice recommending that Mr. Potter's employment be terminated for cause. On the same date, the Commission's counsel wrote to Mr. Potter's counsel instructing that Mr. Potter

[133] M. Potter s'est vu confier un mandat de sept ans qui a expiré le 12 décembre 2012. L'intention des parties était de lui assurer un emploi à durée déterminée jusqu'à sa retraite (motifs de première instance, 2011 NBBR 296, 384 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 14, par. 71). La relation entre M. Potter et son employeur a connu quelques soubresauts et, dès le printemps 2009, la Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a entrepris des discussions avec le salarié afin d'obtenir son départ en contrepartie d'une indemnité. M. Potter s'est montré disposé à envisager pareille éventualité.

[134] À compter d'octobre 2009, M. Potter a bénéficié d'un congé maladie autorisé qui s'est finalement prolongé jusqu'au 18 janvier 2010. À l'approche de son retour au travail en janvier, les discussions en cours sur le versement d'une indemnité de départ n'avaient pas encore abouti. Tôt en 2010 — le 5 janvier en fait — et à son insu, le conseil d'administration de la Commission a cherché à accélérer les choses. Il a adopté une résolution qui enjoignait à sa présidente de demander au ministre de la Justice de révoquer la nomination de M. Potter pour motif valable advenant que le conseiller juridique de la Commission ne parvienne pas, au plus tard le 11 janvier, à un règlement selon lequel le mandat prendrait fin et M. Potter toucherait en contrepartie au plus 18 mois de salaire, prestations de retraite comprises (motifs de la Cour d'appel, 2013 NBCA 27, 402 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 41, par. 32). Suivant le libellé de la nomination de M. Potter, il restait alors un peu moins de trois ans avant l'expiration du mandat, moment auquel le salarié aurait droit à une allocation de retraite de 25 semaines de salaire ainsi qu'à une allocation de retraite spéciale de 25 semaines de salaire également (motifs de première instance, par. 8).

[135] Nulle entente n'est intervenue entre les parties concernant l'indemnité de départ, de sorte que, le 11 janvier, le conseil a pris la mesure arrêtée dans sa résolution du 5 janvier. La présidente a écrit au ministre de la Justice pour lui recommander la révocation pour motif valable de la nomination de M. Potter. Le même jour, le conseiller juridique de la Commission signifiait par écrit à celui de

was not to return to the workplace until further direction from the Commission and that he would continue to be paid “until instructed otherwise”. As noted earlier, Mr. Potter had been set to return to work from his approved sick leave on January 18th. Mr. Potter’s counsel sought clarification as to whether Mr. Potter had been suspended. The Commission’s counsel responded by expressing surprise that there was any confusion and indicating simply that “[h]e is not to return to work until further notice”.

[136] Two months later, Mr. Potter started an action for wrongful dismissal. On these facts, the trial judge concluded that Mr. Potter had not been constructively dismissed and that conclusion was upheld by the Court of Appeal.

[137] The main issue on the further appeal to this Court is whether the trial judge made a reviewable error in finding that these facts did not constitute a constructive dismissal of Mr. Potter. To approach this question, we must apply the well-accepted standards of appellate review: errors of law are reviewed for correctness while errors of fact and errors of mixed law and fact, unless tainted by a legal error, are reviewed for palpable and overriding error; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

## II. Analysis

### A. *Introduction*

[138] In my respectful opinion, the trial judge and the Court of Appeal made two related errors of law in their analysis of whether the Commission had repudiated Mr. Potter’s contract of employment and thereby “constructively” dismissed him.

[139] First, the trial judge failed to recognize that an employer can repudiate a contract of employment

M. Potter que le salarié ne devait pas rentrer au travail avant de nouvelles directives de la Commission et qu’il continuerait de toucher son salaire [TRADUCTION] « jusqu’à nouvel ordre ». Rappelons que M. Potter était censé rentrer de son congé maladie autorisé le 18 janvier. Son conseiller juridique a demandé qu’on lui précise si son client était suspendu ou non. Dans sa réponse, le conseiller juridique de la Commission a dit s’étonner du doute exprimé et s’est contenté d’indiquer que M. Potter [TRADUCTION] « ne [devait] pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre ».

[136] Deux mois plus tard, M. Potter intentait une action pour congédiement injustifié. Au vu des faits, le juge de première instance a conclu que M. Potter n’avait pas fait l’objet d’un congédiement déguisé, une conclusion que la Cour d’appel a confirmée.

[137] Le pourvoi devant notre Cour porte principalement sur la question de savoir si, en arrivant à la conclusion que les faits n’établissaient pas le congédiement déguisé de M. Potter, le juge de première instance a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire. Pour trancher, il nous faut recourir aux normes de contrôle en appel dont l’applicabilité est reconnue. Ainsi, l’erreur de droit donne lieu à un contrôle au regard de la norme de la décision correcte, alors que l’erreur de fait ou l’erreur mixte de fait et de droit, sauf si elle est viciée par une erreur de droit, commande la recherche d’une erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

## II. Analyse

### A. *Introduction*

[138] À mon humble avis, deux erreurs connexes entachent l’analyse du juge de première instance et celle de la Cour d’appel quant à savoir si la Commission avait répudié le contrat de travail et de ce fait congédié M. Potter de manière « déguisée ».

[139] Premièrement, le juge de première instance omet de reconnaître qu’un employeur peut

other than by breaching an important term of that contract, such as by unilaterally changing one or more of its important terms. Repudiation may also consist of conduct which, when viewed in light of all of the circumstances, shows that, in the mind of a reasonable person viewing the matter objectively, the employer did not intend to be bound in the future by the terms of the contract. As a result of failing to recognize this, the trial judge erroneously focused only on the employer's suspension of Mr. Potter with pay and asked whether that constituted a sufficiently serious breach of contract to constitute repudiation and therefore constructive dismissal. Even if the suspension was not a sufficiently serious breach on its own to constitute repudiation, the trial judge had to consider whether, viewed in light of all of the circumstances, the employer's conduct evinced the intention not to be bound by the terms of the contract in the future.

[140] I do not find it necessary to decide whether Mr. Potter's contract of employment permitted his employer to suspend him indefinitely with pay. Even assuming that it did, the suspension in this case, viewed as it must be in light of all of the surrounding circumstances and the correct legal principles, showed that his employer did not intend to be bound in the future by essential terms of the contract of employment. In short, the trial judge's legal error led him into a palpable and overriding error of mixed law and fact.

[141] The judge further erred, in my view, by excluding from consideration the fact, unknown to Mr. Potter at the time, that the employer was seeking to have him dismissed for cause. The Court of Appeal assumed without deciding that this was an error, but found that if it was, such error was harmless. In my respectful view, this was one of the surrounding circumstances which the judge was obliged to consider in deciding whether the suspension, viewed in light of all of the circumstances, evinced the employer's intention not to be bound by the contract of employment.

répudier un contrat de travail d'une autre manière que par la violation d'une clause importante du contrat, par exemple, par la modification unilatérale de l'une ou plusieurs de ses clauses importantes. La répudiation peut aussi résulter d'un acte qui, à la lumière de l'ensemble des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable, montre que l'employeur ne voulait plus être lié par les clauses du contrat. Faute de le reconnaître, le juge de première instance met à tort l'accent sur la seule suspension de M. Potter avec salaire et se demande erronément s'il en découle une violation suffisamment grave pour emporter répudiation et, par conséquent, congédiement déguisé. Même si la suspension ne constituait pas en soi une violation suffisamment grave pour emporter répudiation, le juge devait se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'employeur avait manifesté par ses actes l'intention de ne plus être lié par le contrat.

[140] Il ne me paraît pas nécessaire de décider si le contrat de travail permettait ou non à l'employeur de suspendre M. Potter indéfiniment avec salaire. À supposer même qu'il le lui permettait, la suspension intervenue en l'espèce, dûment considérée au vu de toutes les circonstances et des bons principes juridiques, montre que l'employeur ne souhaitait plus être lié par des clauses essentielles du contrat de travail. En somme, l'erreur de droit du juge a entraîné de sa part une erreur mixte de fait et de droit à la fois manifeste et dominante.

[141] À mon sens, le juge a par ailleurs eu tort d'écarter de l'examen la démarche entreprise à l'insu de M. Potter afin d'obtenir la révocation de sa nomination pour motif valable. La Cour d'appel suppose sans statuer en ce sens qu'il s'agit d'une erreur, mais qu'elle est sans conséquence. Soit dit en tout respect, c'est l'une des circonstances dont le juge devait tenir compte pour décider si, au vu de toutes les circonstances, la suspension manifestait l'intention de l'employeur de ne plus être lié par le contrat de travail.



B. *First Error: Anticipatory Repudiation Must Be Assessed in Light of All of the Circumstances*

[142] To explain why I think the trial judge erred in his approach to the constructive dismissal issue, I have found it helpful to take a step back from the details of wrongful dismissal law and to put the analysis in the broader context of the underlying, general principles of contract law. In doing this, I am following the approach taken in what the Court has characterized as the leading case in this field, *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315; see also *Farber v. Royal Trust Co.*, [1997] 1 S.C.R. 846, at para. 33.

(1) Repudiation, Anticipatory Breach and Constructive Dismissal

[143] The whole of the law of wrongful dismissal is grounded in the broader contract law principles relating to repudiation and anticipatory breach: see, e.g., G. England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at pp. 346-47.

[144] The term repudiation refers to the situation in which a breach of contract by one party gives rise to the right of the other party to terminate the contract and pursue the available remedies for the breach: J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 676-78. This occurs when one party actually breaches the contract in some very important respect and is said to thereby repudiate the contract. If the other party “accepts” the repudiation, the contract is over. If the other party does not accept the repudiation, the contract continues (subject to various other doctrines). In either case, the non-breaching party can pursue the available remedies which may vary depending on whether that party has accepted the repudiation or affirmed the contract.

[145] There is a wealth of learning about the types of breach that constitute repudiation. Without getting into the details, we may say in brief that

B. *Première erreur : la répudiation anticipative doit être appréciée au regard de toutes les circonstances*

[142] Pour expliquer ma conclusion selon laquelle le juge de première instance est dans l’erreur en ce qui concerne le congédiement déguisé, il me paraît opportun de mettre de côté les subtilités du droit applicable au congédiement injustifié et de situer l’analyse dans le contexte global des principes généraux et sous-jacents du droit des contrats. Ce faisant, je reprends la démarche suivie dans un jugement que notre Cour a qualifié d’arrêt de principe en cette matière, à savoir *In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos*, [1918] 1 K.B. 315 (voir aussi *Farber c. Cie Trust Royal*, [1997] 1 R.C.S. 846, par. 33).

(1) Répudiation, violation anticipative et congédiement déguisé

[143] Le droit applicable au congédiement injustifié prend entièrement appui sur les principes généraux du droit des contrats liés à la répudiation et à la violation anticipative (voir p. ex. G. England, *Individual Employment Law* (2<sup>e</sup> éd. 2008), p. 346-347).

[144] Il y a répudiation lorsque la violation d’un contrat par une partie confère à l’autre le droit de mettre fin au contrat et de se pourvoir en justice pour violation (J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2<sup>e</sup> éd. 2012), p. 676-678). Cela se produit lorsque l’une des parties viole le contrat sous un rapport très important et que l’on considère alors qu’elle a répudié le contrat. Si l’autre partie « accepte » la répudiation, le contrat cesse d’exister. Dans le cas contraire, le contrat demeure (sous réserve de l’application de divers autres principes). Dans l’un et l’autre cas, la partie non fautive peut exercer les recours que lui confère l’acceptation de la répudiation ou la confirmation du contrat, selon le cas.

[145] La question de savoir quelle violation emporte répudiation a fait couler beaucoup d’encre. Sans entrer dans le détail, on peut affirmer que la

a breach is a repudiation of the contract if it is a breach of a contractual condition or of some other sufficiently important term of the contract so that there is a substantial failure of performance: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at ¶590; McCamus, at pp. 676-77.

[146] I pause here to deal with three problems of terminology that can cause confusion.

[147] The first relates to the word “repudiation”; it is used in at least two different senses. Sometimes it refers to the conduct of the breaching party in committing a breach that is sufficiently serious to give the non-breaching party the right to treat the contract as over. At other times the term is used to refer to the choice of the non-breaching party, faced with this sort of serious breach, to treat the contract as over. I will use the word “repudiation” to refer to the acts of the party alleged to be in breach. I will refer to the choice of the non-breaching party to treat the contract as over as “acceptance” of the repudiation.

[148] The second terminological clarification deals with the term “fundamental breach”. The types of breach that are sufficiently serious to constitute repudiation are often referred to as “fundamental” breaches. However, use of the term “fundamental breach” can cause confusion because it is also used in the distinct context of deciding whether a contractual provision excluding or limiting liability is effective in the face of a radical departure from the contractual obligations: see, e.g., *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 104-23. To avoid that confusion, I prefer to refer to breaches of this nature as breaches of “sufficiently important terms” or “repudiatory” breaches: see, e.g., McCamus, at p. 651.

[149] The final point of terminology is concerned with “anticipatory” breach. An anticipatory breach “occurs when one party manifests, through words or conduct, an intention not to perform or not to be bound by provisions of the agreement that require

violation équivaut en somme à une répudiation lorsqu’elle vise une condition ou quelque autre clause du contrat suffisamment importante pour qu’il en résulte une inexécution substantielle (S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6<sup>e</sup> éd. 2010), ¶590; McCamus, p. 676-677).

[146] Je marque ici une pause pour me pencher sur trois problèmes d’ordre terminologique susceptibles de créer de la confusion.

[147] La première difficulté réside dans le mot « répudiation », que l’on emploie dans au moins deux sens différents. Il renvoie parfois aux actes de la partie qui commet une violation suffisamment grave pour conférer à l’autre partie le droit de considérer que le contrat a cessé d’exister. D’autres fois, il renvoie au choix de cette autre partie, après pareille violation grave, de considérer que le contrat a cessé d’exister. J’emploie le mot « répudiation » relativement aux actes de la partie qui aurait manqué à ses obligations. Le choix de l’autre partie de considérer que le contrat a cessé d’exister correspond pour moi à l’« acceptation » de la répudiation.

[148] Le terme « violation fondamentale » appelle une deuxième clarification terminologique. La violation suffisamment grave pour emporter répudiation est souvent qualifiée de « fondamentale ». Or, l’expression « violation fondamentale » prête à confusion en ce qu’elle est aussi employée dans un contexte différent, celui où il faut décider si une disposition contractuelle ayant pour effet d’écarter ou de limiter la responsabilité demeure applicable malgré l’inobservation marquée des obligations contractuelles (voir p. ex. *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 104-123). Je préfère qualifier pareille violation de violation « d’une clause suffisamment importante » ou de violation « répudiatoire » (voir p. ex. McCamus, p. 651).

[149] Le troisième et dernier souci d’ordre terminologique a trait à la violation « anticipative », laquelle [TRADUCTION] « survient lorsque, par ses paroles ou par ses actes, une partie manifeste l’intention de ne plus exécuter un accord ou de ne plus

performance in the future”: McCamus, at p. 689; see also A. Swan, with the assistance of J. Adamski, *Canadian Contract Law* (2nd ed. 2009), at §7.89. When the anticipated future non-observance relates to important terms of the contract or shows an intention not to be bound in the future, the anticipatory breach gives rise to anticipatory repudiation. The focus in such cases is on what the party’s words and/or conduct say about future performance of the contract. For example, there will be an anticipatory repudiation if the words and conduct evince an intention to breach a term of the contract which, if actually breached, would constitute repudiation of the contract.

[150] How do these general contract principles play out in wrongful dismissal cases?

[151] The most straightforward case is one in which the employer expressly dismisses the employee in breach of the contract of employment. This is an express, anticipatory repudiation: the employer states expressly that he or she will not observe the terms of the employment contract in the future. As McCardie J. put it in *Rubel Bronze*, “in the ordinary case of wrongful dismissal a master purports completely to terminate the contract. He refuses to accept further service. He wholly declines to pay further remuneration. The repudiation, as a rule, is undoubted, decisive, and complete”: p. 321. The employer’s express and complete repudiation of the contract in the future gives rise to the employee’s right to treat the contract as over at that point and to sue for damages for its breach.

[152] More complicated are cases of so-called “constructive” dismissal in which there is no express repudiation by the employer. As my colleague points out, the employer’s acts are treated as a dismissal because of the way they are characterized by the law.

[153] Constructive dismissals may be the result of repudiatory breach — that is, an actual breach of a condition or other sufficiently significant term

être liée par ses stipulations qui commandent une exécution ultérieure » (McCamus, p. 689; voir également A. Swan, avec le concours de J. Adamski, *Canadian Contract Law* (2<sup>e</sup> éd. 2009), §7.89). Lorsque l’inobservation ultérieure anticipative vise une clause importante du contrat ou traduit l’intention de ne plus être lié par le contrat, la violation anticipative entraîne la répudiation anticipative. On s’attache alors à ce que les paroles ou les actes de l’intéressé permettent de conclure concernant l’exécution ultérieure du contrat. Par exemple, il y a répudiation anticipative lorsque ces paroles ou ces actes manifestent l’intention de ne pas respecter une clause du contrat dont la violation emporterait la répudiation du contrat.

[150] De quelle manière ces principes généraux du droit des contrats s’appliquent-ils dans une affaire de congédiement injustifié?

[151] Le cas le plus simple est celui où l’employeur congédie expressément le salarié en contravention du contrat de travail. Il y a alors répudiation anticipative expresse, l’employeur indiquant expressément qu’il ne respectera plus les clauses du contrat de travail. Pour reprendre les propos du juge McCardie dans *Rubel Bronze*, [TRADUCTION] « dans un cas ordinaire de congédiement injustifié, le commettant entend mettre totalement à néant le contrat. Il refuse tout service supplémentaire. Il refuse de verser toute rémunération supplémentaire. En principe, la répudiation ne fait pas de doute, elle est décisive et elle est totale » (p. 321). La répudiation expresse et totale du contrat par l’employeur confère au salarié le droit de considérer que le contrat n’a plus d’existence et d’intenter une action en dommages-intérêts pour violation.

[152] Le cas du congédiement « déguisé » est plus compliqué vu l’absence de répudiation expresse par l’employeur. Comme le souligne mon collègue, les actes de l’employeur sont assimilés à un congédiement en raison de la manière dont ils sont qualifiés en droit.

[153] Le congédiement déguisé peut résulter de la violation répudiatoire, c’est-à-dire de la violation concrète d’une condition ou d’une autre clause

of the employee's contract. As McCardie J. put it in *Rubel Bronze*, "If the conduct of the employer amounts to a basic refusal to continue the servant on the agreed terms of the employment, then there is at once a wrongful dismissal and a repudiation of the contract": p. 323. These sorts of breaches relate to unilateral and important changes to the employee's terms of employment; the question of how significant the change must be is one of degree: England, at pp. 348-56; *Rubel Bronze*, at p. 323.

[154] Constructive dismissal may also occur even if the employee cannot point to an actual, specific, important change in compensation, work assignments, etc., that on its own constitutes a repudiatory breach. This occurs, for example, where the employer, through a course of conduct, "evinces an intention no longer to be bound by the contract": *Rubel Bronze*, at p. 322, citing *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), at p. 122, per Lord Collins, quoting *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, at p. 213. The focus in these sorts of anticipatory repudiation cases is not simply on the seriousness of any actual breach, but on what the employer's intent is with respect to *future* adherence to the contract of employment.

[155] Thus, an employee is constructively dismissed in two situations: where the employer's conduct is "a significant breach going to the root of the contract of employment" and where the employer's conduct otherwise "shows that the employer no longer intends to be bound by one or more of the essential terms of the contract": *Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), at p. 717.

[156] At least two factors have contributed to some lack of clarity in the law. There has been a blurring of the distinction between the two categories of repudiation which constitute "constructive" dismissal flowing from a lack of precision in describing the actual or future breach underlying them. For example, it is often said that a breach will be sufficiently significant to constitute repudiation

suffisamment importante du contrat. Comme le dit le juge McCardie dans *Rubel Bronze*, [TRADUCTION] « [l]orsque les actes de l'employeur équivalent foncièrement au refus de garder l'employé à son service aux conditions de travail convenues, il y a à la fois congédiement injustifié et répudiation du contrat » (p. 323). Les violations de ce genre font suite à des modifications unilatérales et importantes des conditions de travail du salarié; la question de l'importance que doit présenter une telle modification est affaire de degré (England, p. 348-356; *Rubel Bronze*, p. 323).

[154] Il peut également y avoir congédiement déguisé même si le salarié ne peut invoquer une modification concrète, précise et importante au chapitre de sa rémunération, de ses tâches, etc., qui, à elle seule, constitue une violation répudiatoire. La situation se présente par exemple lorsque, par ses actes, l'employeur [TRADUCTION] « manifeste l'intention de ne plus être lié par le contrat » (*Rubel Bronze*, p. 322, citant *General Billposting Co. v. Atkinson*, [1909] A.C. 118 (H.L.), p. 122, lord Collins, citant *Freeth v. Burr* (1874), L.R. 9 C.P. 208, p. 213). Dans ces cas de répudiation anticipative, on ne s'attache pas seulement à la gravité de quelque violation concrète, mais aussi à l'intention de l'employeur concernant le respect *ultérieur* du contrat de travail.

[155] Par conséquent, un salarié est congédié de manière déguisée dans deux situations : les cas où les actes de l'employeur constituent [TRADUCTION] « une violation importante touchant l'assise du contrat de travail » et ceux où, d'une autre façon, les actes de l'employeur « témoignent de l'intention de ce dernier de ne plus être lié par l'une ou plusieurs des clauses essentielles du contrat » (*Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp*, [1978] 1 All E.R. 713 (C.A.), p. 717).

[156] Au moins deux éléments sont à l'origine d'un certain manque de clarté du droit en la matière. À cause de la délimitation imprécise de la violation concrète ou éventuelle qui les sous-tend, les deux cas où la répudiation donne lieu à un congédiement « déguisé » sont confondus. À titre d'exemple, on dit souvent qu'une violation est suffisamment importante pour emporter répudiation lorsqu'elle est

if it is of such a nature as to show the intent of the breaching party not to be bound by the contract in the future. But this way of describing the breach risks confusing repudiation inferred from the importance of an actual breach of contract with anticipatory repudiation inferred from conduct which may or may not be a breach, but that nonetheless evinces the intention not to be bound by the contract, or at least by some of its important terms, in the future.

[157] Both of these problems are apparent in plausible readings of the discussion of the common law of unjust dismissal in *Farber*, a civil law case. In my view, we should take this opportunity to clarify these points. As I see it, these are the points that led in this case to the errors both at trial and in the Court of Appeal.

[158] The issue in *Farber* was whether unilateral changes made by the employer to the employment contract amounted to a constructive dismissal of the employee: para. 1. The employer eliminated the employee's position, but offered him a different position. *Farber* was therefore, in common law terms, a case about alleged repudiation by significant breach; the question was whether the employer's alleged breach of contract — that is, the elimination of his position coupled with the offer of a new one — was sufficiently important to constitute a repudiation of the contract by the employer. The Court referred to such a breach as a “fundamental breach” to signify “fundamental changes” to the contract in the sense that they were “substantial” changes to “essential” terms: see, e.g., para. 35. For the reasons that I have just discussed, I suggest that it would be more helpful in future to avoid the term “fundamental breach” in this context.

[159] *Farber*'s discussion of the common law is capable of being read as saying that there are not two categories of repudiation constituting constructive dismissal, but only one. Constructive dismissal only occurs when the employer commits what the Court referred to as a fundamental breach, or to use the language that I prefer, where the employer has

de nature à montrer l'intention de la partie fautive de ne plus être liée par le contrat. Or, cette façon de définir la violation présente le risque de confondre la répudiation inférée de l'importance de la violation concrète du contrat avec la répudiation anticipative inférée d'actes qui constituent ou non une violation, mais qui sont néanmoins la manifestation de l'intention de ne plus être lié par le contrat ou, du moins, par certaines de ses clauses importantes.

[157] La difficulté ressort des interprétations plausibles de l'analyse de la common law applicable au congédiement injustifié à laquelle se livre la Cour dans *Farber*, une affaire de droit civil. J'estime qu'il nous faut saisir l'occasion de clarifier ce point car, à mon sens, c'est lui qui est à l'origine en l'espèce des erreurs commises en première instance et en appel.

[158] Il s'agissait dans cette affaire de décider si la modification unilatérale du contrat de travail par l'employeur équivalait au congédiement déguisé du salarié (par. 1). Après avoir supprimé le poste du salarié, l'employeur lui en avait offert un autre. Sous l'angle de la common law, il y avait donc répudiation alléguée découlant d'une violation importante. La question était de savoir si la violation alléguée du contrat par l'employeur, soit la suppression du poste jumelée à l'offre de nouvelles fonctions, était suffisamment importante pour emporter la répudiation du contrat par l'employeur. La Cour a alors parlé de « bris fondamental », c'est-à-dire de « modification fondamentale » du contrat au sens d'une modification « substantielle » de ses conditions « essentielles » (voir p. ex. par. 35). Pour les raisons tout juste exposées, j'estime qu'il serait préférable à l'avenir d'éviter de parler de « bris fondamental » dans ce contexte.

[159] On peut conclure de l'analyse fondée sur la common law dans *Farber* que la répudiation équivaut à un congédiement déguisé non pas dans deux cas, mais dans un seul. Il n'y a congédiement déguisé que lorsque l'employeur commet ce que la Cour appelle un bris (ou une violation) fondamental ou, pour employer une formulation qui me paraît

committed a sufficiently significant breach: para. 33. On this reading of the decision the employer's conduct that is not a breach or is not a sufficiently significant breach cannot constitute constructive dismissal. However, I do not think that this is the correct interpretation of the common law discussion in *Farber*. It is well established in the common law that an employer may constructively dismiss an employee even though the employer's conduct which evinces an intention not to be bound by the contract in the future does not constitute a present breach of contract or, if there is a present breach, is not sufficiently important to constitute repudiation on its own.

[160] Two judgments of the Ontario Court of Appeal have addressed this point and provided useful clarification with which I respectfully agree.

[161] In *Stolze v. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323 (C.A.), at p. 326, the Court of Appeal, relying on *Farber*, stated the common law test for constructive dismissal as follows: “The court must . . . consider whether the act or acts of the employer have been such as to constitute a repudiation of the fundamental terms of the contract” (emphasis added). I agree with this statement of the law which leaves in place both of the categories of repudiation that I have discussed — that is, repudiation by significant breach and anticipatory repudiation.

[162] In *Shah v. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44, the Court of Appeal rejected the employer's contention that constructive dismissal could be established *only* if the employer had unilaterally changed a fundamental term of the employment contract. The court held, instead, that even if there is no change to a specific term of the contract of employment, an employer will be found to have constructively dismissed an employee if it demonstrated an intention no longer to be bound by the contract in the future, such as, for example, by a course of conduct which made the employee's position intolerable: paras. 8 and 10. I agree that

préférable, lorsque la violation par l'employeur est suffisamment importante (par. 33). Il résulte de cette interprétation que les actes de l'employeur qui ne constituent pas une violation ou qui ne sont pas une violation suffisamment importante ne peuvent donner lieu à un congédiement déguisé. Toutefois, je ne crois pas que ce soit la bonne façon d'interpréter l'analyse des règles de common law effectuée dans *Farber*. Il est bien établi dans ce système juridique qu'un employeur peut congédier un salarié de manière déguisée même lorsque ses actes, qui traduisent son intention de ne plus être lié par le contrat, ne constituent pas alors une violation de contrat ou, s'ils en constituent une, que celle-ci n'est pas suffisamment importante pour emporter répudiation à elle seule.

[160] Deux arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario portent sur ce point et apportent des éclaircissements utiles auxquels je souscris.

[161] Dans l'arrêt *Stolze c. Addario* (1997), 36 O.R. (3d) 323 (C.A.), p. 326, la Cour d'appel, s'appuyant sur l'arrêt *Farber*, formule comme suit le critère applicable au congédiement déguisé en common law : [TRADUCTION] « La cour doit [. . .] se demander si l'acte ou les actes de l'employeur sont de nature à emporter la répudiation des clauses fondamentales du contrat » (je souligne). Je souscris à cet énoncé du droit qui reprend les deux formes de répudiation dont j'ai fait état, à savoir la répudiation découlant d'une violation importante et la répudiation anticipative.

[162] Dans *Shah c. Xerox Canada Ltd.* (2000), 131 O.A.C. 44, la Cour d'appel rejette la prétention de l'employeur selon laquelle le congédiement déguisé *ne* peut être établi *que* lorsqu'il y a eu modification unilatérale d'une clause fondamentale du contrat de travail. La Cour d'appel conclut plutôt que, même si aucune clause particulière du contrat de travail n'a été modifiée, on conclura que l'employeur a congédié le salarié de façon déguisée s'il a manifesté l'intention de ne plus être lié par le contrat, notamment en se conduisant d'une manière qui a rendu la situation du salarié intolérable (par. 8 et 10). Je conviens que l'arrêt *Farber* ne permet pas

*Farber* does not stand for the proposition that constructive dismissal can be established only by actual breach of a fundamental term of the employment contract.

(2) The Trial Judge's Decision

[163] This brings me to what in my view was the first of the trial judge's errors which the Court of Appeal failed to correct. The trial judge framed the issue as being "whether or not the Commission breached the terms of [Mr. Potter's] employment contract by removing from him all the duties and powers of the [Executive Director] for an indefinite period of time": para. 34. The judge held that "the Commission did not do or say anything that would lead an objective observer to conclude that they had removed those duties from him permanently. On the contrary, the evidence supports a finding that the parties had been discussing what his future with the Commission would be and those discussions were not completed": para. 38. The Court of Appeal upheld this conclusion, focusing, as had the trial judge, on the question of whether the suspension with pay "substantially altered the essential terms of the employee's contract of employment": para. 83, citing *Farber*, at para. 26.

[164] In my respectful view, the approach followed by the trial judge and affirmed by the Court of Appeal was based on a legal error. This error resulted from failing to recognize that constructive dismissal may be established not only on the basis of an actual important breach, but also by conduct which, in light of all of the circumstances, shows that the employer does not intend to be bound in the future by important terms of the contract of employment. It follows that in assessing whether the employer's conduct constituted a repudiation of the contract of employment, the court must not only consider the importance of any actual breach in isolation, but must also consider the impact of the employer's conduct, in light of the circumstances and viewed objectively, on a reasonable person in the position of the employee. Consideration must be given not only to whether the suspension itself constituted a sufficiently serious breach of contract to constitute

d'affirmer que le congédiement déguisé ne peut être établi que par la violation concrète d'une clause fondamentale du contrat de travail.

(2) La décision du juge de première instance

[163] Je passe donc à ce que j'estime être la première erreur du juge de première instance que la Cour d'appel n'a pas corrigée. Le juge circonscrit la question à trancher comme étant celle de savoir, [TRADUCTION] « si la Commission a violé les clauses [du] contrat de travail [de M. Potter] en lui enlevant de toutes les fonctions et tous les pouvoirs de directeur général pour une durée indéfinie » (par. 34). Le juge conclut que « la Commission n'a rien fait ou dit qui amènerait un observateur objectif à conclure qu'elle lui avait enlevé ces fonctions de façon permanente. Au contraire, la preuve étaye la conclusion selon laquelle les parties discutaient son avenir à la Commission et ces discussions n'étaient pas terminées » (par. 38). La Cour d'appel confirme cette conclusion et s'attache, à l'instar du juge de première instance, à déterminer si la suspension avec salaire « constituait une modification substantielle des conditions essentielles du contrat de travail de l'employé » (par. 83, citant *Farber*, par. 26).

[164] Soit dit en tout respect, j'estime que l'approche du juge de première instance, que confirme la Cour d'appel, repose sur une erreur de droit. Elle omet en effet de reconnaître que le congédiement déguisé peut découler non seulement d'une violation concrète importante, mais aussi d'actes qui, compte tenu de l'ensemble des circonstances, montrent l'intention de l'employeur de ne plus être lié par des clauses importantes du contrat de travail. Ainsi, une cour de justice doit, dans son examen visant à déterminer si les actes de l'employeur sont assimilables à une répudiation du contrat, se pencher non seulement sur l'importance de toute violation concrète considérée isolément, mais aussi sur l'effet de ces actes à la lumière des circonstances et du point de vue objectif d'une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié. Il lui faut non seulement se demander si la suspension constituait en soi une violation du contrat suffisamment

repudiation, but whether the suspension, viewed in light of all of the surrounding circumstances, constituted an anticipatory breach in the sense that the employer evinced the intention not to be bound by important terms of the contract in the future. As Lord Scarman put it in *Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), at p. 590, the trial judge and the Court of Appeal in this case were “concentrating too much attention on one act isolated from its surrounding circumstances and failing to pay proper regard to the impact of the party’s conduct on the other party”.

[165] What were the surrounding circumstances and what was their legal relevance? The suspension occurred in the context of the Commission wanting to “buy out” Mr. Potter’s fixed term contract: trial reasons, at para. 43. As the trial judge put it, the Commission “made no secret that it wanted to negotiate a buy-out of Mr. Potter’s contract”: para. 40. The trial judge did not recognize that this intention to “buy out” Mr. Potter’s contract was consistent only with the Commission’s intention that Mr. Potter would leave his position before the end of his contractual term. The purpose of the buyout negotiations was to bring his contract of employment to an end through negotiation of a new contract on terms more favourable to the employer than Mr. Potter’s existing fixed term of employment. Moreover, as the trial judge found, the Commission did not want Mr. Potter to return to the workplace to ensure “that nothing would occur that might complicate the settlement negotiations”: para. 43. Once again, the trial judge failed to recognize that Mr. Potter’s indefinite suspension in the context of the buyout negotiations further underlined the Commission’s intention that Mr. Potter’s employment would come to an end otherwise than in accordance with his existing contract of employment. The suspension was of indefinite duration: the letter from the Commission’s counsel instructed that he not return to the workplace “until further direction”. Moreover, the letter gave no assurance that the Commission would in the future feel itself bound by the remuneration and benefit provisions of the contract of employment. The letter simply indicated

grave pour équivaloir à une répudiation, mais aussi si, compte tenu de toutes les circonstances, la suspension constituait une violation anticipative au sens où l’employeur a manifesté son intention de ne plus être lié par d’importantes clauses du contrat. Comme le dit lord Scarman dans l’arrêt *Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction UK Ltd.*, [1980] 1 All E.R. 571 (H.L.), p. 590, dans cette affaire, le juge de première instance et la Cour d’appel [TRADUCTION] « se sont trop attachés à un seul acte, isolé de son contexte, et n’ont pas dûment tenu compte de l’effet des actes sur l’autre partie ».

[165] Quelles sont donc ces circonstances et quelle est leur importance sur le plan juridique? La suspension est survenue alors que la Commission cherchait à « racheter » le contrat à durée déterminée de M. Potter (motifs de première instance, par. 43), ce que la Commission « n’a pas dissimulé » selon le juge de première instance (par. 40). Le juge ne reconnaît pas que cette intention d’obtenir le départ de M. Potter contre le versement d’une indemnité s’expliquait seulement par la volonté de la Commission que M. Potter quitte son poste avant l’expiration de son contrat à durée déterminée. Les négociations entreprises en ce sens visaient à mettre fin au contrat et à en conclure un nouveau dont les conditions seraient plus avantageuses pour l’employeur. Qui plus est, conclut le juge, la Commission souhaitait que M. Potter ne rentre pas au travail afin que « n’arriv[e] rien qui puisse compliquer les négociations [en vue d’un] règlement amiable » (par. 43). Encore là, le juge ne reconnaît pas que la suspension de M. Potter pour une durée indéfinie dans le contexte de la négociation d’une indemnité de départ confirme l’intention de la Commission de mettre fin à l’emploi de M. Potter autrement que dans le respect du contrat de travail existant. La suspension était d’une durée indéfinie : la lettre du conseiller juridique de la Commission enjoignait au salarié de ne pas rentrer au travail [TRADUCTION] « avant qu’elle n’ait donné de nouvelles directives ». En outre, la Commission n’y donnait pas l’assurance qu’elle continuerait de se sentir liée par les clauses du contrat relatives à la rémunération et aux avantages sociaux. Elle se contentait



that Mr. Potter would continue to be paid “until instructed otherwise”. The inescapable inference is that the Commission felt entitled to depart from the remuneration provisions of the contract at any time in the future.

[166] The surrounding circumstances therefore reveal the following: (i) the Commission wanted to bring Mr. Potter’s employment to an end before the expiry of the term of his contract; (ii) the Commission wanted him to stay out of the workplace indefinitely; and (iii) the Commission provided no assurances that it would continue to honour the remuneration terms of his contract in the future. Had the trial judge taken these surrounding circumstances into account, as the relevant legal principles require, rather than focusing simply on how serious a breach of contract the suspension was, he would inevitably have concluded that the Commission had evinced a clear intention not to be bound in the future by important provisions of Mr. Potter’s employment contract. As my colleague Wagner J. concludes, the Commission was not entitled to unilaterally impose a purported “administrative suspension” of this nature.

*C. The Trial Judge’s Second Error: Excluding Relevant Evidence*

[167] The trial judge’s second error was to exclude from consideration the fact that on the same day the Commission’s counsel instructed Mr. Potter to stay out of the workplace indefinitely, the Chair of the Commission sent a letter to the Minister of Justice seeking to have Mr. Potter’s appointment revoked for cause. The trial judge decided that he could only consider what Mr. Potter knew at the time he claimed to have been constructively dismissed because “he could hardly allege that he was constructively dismissed based on something the employer did unbeknownst to him”: para. 36. The Court of Appeal, while conceding that this might have been an error, found that if it was, it was “wholly harmless”: para. 94.

d’indiquer que M. Potter continuerait de toucher son salaire « jusqu’à nouvel ordre ». La seule conclusion possible est que la Commission estimait pouvoir désormais déroger aux clauses du contrat portant sur la rémunération.

[166] Les circonstances de l’affaire sont donc les suivantes : (i) la Commission entendait mettre fin à l’emploi de M. Potter avant l’expiration de son contrat, (ii) elle lui a enjoint de ne pas rentrer au travail jusqu’à nouvel ordre et (iii) elle ne lui a pas donné l’assurance qu’elle continuerait de respecter les clauses de son contrat relatives à la rémunération. Si, conformément aux principes de droit applicables, le juge de première instance avait tenu compte de ces circonstances et non seulement de la gravité de la violation du contrat que constituait la suspension, il aurait nécessairement conclu que la Commission avait clairement manifesté l’intention de ne plus être liée par d’importantes clauses du contrat de travail de M. Potter. Comme le conclut mon collègue le juge Wagner, la Commission n’avait pas le pouvoir de prendre unilatéralement une telle mesure qualifiée de « suspension administrative ».

*C. La seconde erreur du juge de première instance : l’exclusion d’un élément de preuve pertinent*

[167] La seconde erreur du juge de première instance a été d’écarter le fait que le jour même où le conseiller juridique de la Commission a enjoint à M. Potter de ne pas rentrer au travail pour une période indéterminée, sa présidente a écrit au ministre de la Justice pour demander la révocation pour motif valable de la nomination de M. Potter. Le juge a décidé de ne tenir compte que de ce que M. Potter savait au moment où il a prétendu avoir été congédié de façon déguisée, car [TRADUCTION] « il [pouvait] difficilement soutenir qu’il a[vait] été congédié de façon déguisée en s’appuyant sur quelque chose que l’employeur a[avait] fait à son insu » (par. 36). Même si elle reconnaît qu’il a pu s’agir d’une erreur, la Cour d’appel conclut que, le cas échéant, l’erreur n’a eu « absolument aucune conséquence » (par. 94).

[168] While the law on this point is not as clear or as settled as one would wish, my view is that a non-breaching party claiming repudiation (i.e. Mr. Potter) is entitled to rely on grounds actually in existence at the time of the alleged repudiation but which were unknown to him at the time. I am also of the view that, contrary to the opinion of the Court of Appeal, the judge's exclusion of this letter from consideration was not a harmless error. The letter, understood in the context in which it was written, made it crystal clear that the Commission did not intend to be bound in the future by important provisions of his contract of employment.

#### Evidentiary Framework for Assessing the Employer's Intention

[169] Where the question is simply whether the employer's actual breach of the contract of employment was sufficiently serious to constitute a repudiation of the contract, the test is purely objective and is judged on the basis of what a reasonable person in the position of the other party would conclude. As held in *Farber*, the question of whether the employer has substantially altered the essential terms of the employee's contract is assessed by asking whether, at the time, a reasonable person in the same situation as the employee would have felt that the essential terms of the employment contract were being substantially changed: para. 26. It is not necessary for the employer to have intended to force the employee to leave and the employer's motives are not controlling: *Farber*, at para. 27; *Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757 (H.L.). The relevant time is the time at which the employee had to decide whether to treat the employer's actions as a repudiation of the contract. As stated in *Farber*, "what is relevant is what was known by the [employee] at the time of the offer and what ought to have been foreseen by a reasonable person in the same situation. Evidence of events that occurred *ex post facto* is not relevant unless [those events] could reasonably have been foreseen": para. 42.

[168] Bien que, sur ce point, le droit ne soit ni aussi clair ni aussi bien établi qu'on pourrait le souhaiter, j'estime que la partie non fautive qui allègue la répudiation (en l'occurrence, M. Potter) peut invoquer des éléments qui existaient bel et bien au moment de la répudiation alléguée, mais qui lui étaient alors inconnus. Je suis également d'avis, contrairement à la Cour d'appel, que la décision erronée du juge de première instance d'écarter la lettre en question n'a pas été sans conséquence. Considérée dans le contexte de sa rédaction, la lettre fait ressortir on ne peut plus clairement que la Commission n'entendait plus être liée par d'importantes clauses du contrat de travail.

#### Critère d'appréciation de l'intention de l'employeur

[169] Lorsqu'il s'agit seulement de savoir si la violation du contrat de travail par l'employeur est suffisamment grave pour constituer une répudiation, le critère à appliquer est purement objectif et consiste à se demander ce que conclurait une personne raisonnable se trouvant dans la situation de l'autre partie. Comme le conclut la Cour dans l'arrêt *Farber*, pour déterminer si l'employeur a modifié substantiellement les clauses essentielles du contrat de travail du salarié, il faut se demander si, au moment considéré, une personne raisonnable se trouvant dans la situation du salarié aurait considéré qu'il s'agissait d'une modification substantielle des clauses essentielles du contrat de travail (par. 26). Point n'est besoin que l'employeur ait eu l'intention de contraindre le salarié à quitter son emploi, et ses motivations importent peu (*Farber*, par. 27; *Federal Commerce & Navigation Co. c. Molena Alpha Inc.*, [1979] A.C. 757 (H.L.)). Le moment à considérer est celui où le salarié a dû décider de voir ou non dans les actes de l'employeur la répudiation du contrat. Comme le précise la Cour dans l'arrêt *Farber*, « sera pertinent ce qui était connu par [le salarié] au moment de l'offre ou devait être prévu par une personne raisonnable se trouvant dans sa situation. La preuve de faits *ex post facto* ne sera pertinente que si [ces faits] faisaient partie de l'expectative raisonnable » (par. 42).

[170] These principles reflect common sense and justice as, otherwise, “a party in breach could remove the other’s right to terminate by accompanying the substantial breach with an expression of hope that the contract would continue”: Waddams, at ¶595.

[171] These principles do not mean, however, that the breaching party’s motives or subjective intention are irrelevant in all cases or that the other party is always restricted to relying on information of which that party was actually unaware at the relevant time. So, for example, where the employee claims that the employer’s course of conduct evinces an intention not to be bound in the future by the contract, the court must evaluate that conduct in light of all of the circumstances. In doing so, while the breaching party’s motives as such are irrelevant, they may throw light on the way the alleged repudiatory conduct would be viewed by a reasonable person: see, e.g., *Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223, at para. 63; see also *Woodar*, at p. 574, per Lord Wilberforce. Moreover, a party alleging repudiation (in this case Mr. Potter) may rely on the other party’s conduct up to the time he accepted the repudiation and sued for constructive dismissal, even if he was unaware of it at that time.

[172] This last point is the important one for the purposes of this case: the trial judge excluded from consideration the fact, unknown to Mr. Potter at the time, that the Commission on the very day that it suspended him, sought as well to put in motion the steps to have him dismissed for cause. Moreover, the Commission’s counsel admitted on discovery that at the time of the suspension, the Commission had decided that Mr. Potter’s use to the Commission had come to an end.

[173] To exclude this evidence from consideration, as I see it, would be to make the employee’s right to claim constructive dismissal depend on whether the employer has succeeded in concealing his or her true state of mind: *Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), at p. 91. Happily, the authorities do not support that unattractive position.

[170] C’est ce que commandent le bon sens et la justice, car sinon [TRADUCTION] « la partie fautive pourrait priver l’autre de son droit de résilier le contrat en joignant à la violation substantielle l’expression du vœu que le contrat demeure » (Waddams, ¶595).

[171] Il ne s’ensuit toutefois pas que les motivations de la partie fautive, ou son intention subjective, n’ont aucune pertinence ou que l’autre partie ne peut jamais se fonder sur des données dont elle n’avait pas connaissance au moment considéré. Par exemple, si le salarié fait valoir que les actes de l’employeur traduisent son intention de ne plus être lié par le contrat, la cour doit apprécier ce comportement à la lumière de l’ensemble des circonstances. Bien que les motivations de la partie fautive ne soient pas alors pertinentes en elles-mêmes, elles peuvent indiquer la manière dont une personne raisonnable considérerait la conduite répudiatoire alléguée (voir p. ex. *Eminence Property Developments Ltd. c. Heaney*, [2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223, par. 63; voir aussi *Woodar*, p. 574, lord Wilberforce). Qui plus est, la partie qui allègue la répudiation (en l’espèce, M. Potter) peut se fonder sur le comportement qu’a eu l’autre partie jusqu’à ce qu’elle accepte la répudiation et poursuive pour congédiement déguisé, même si ce comportement lui était alors inconnu.

[172] C’est ce dernier point qui importe en l’espèce : le juge de première instance n’a pas pris en considération le fait, alors inconnu de M. Potter, que le jour où elle l’a suspendu, la Commission a également entrepris d’obtenir son congédiement pour motif valable. Par ailleurs, le conseiller juridique de la Commission a reconnu en interrogatoire préalable qu’au moment où elle a suspendu M. Potter, la Commission avait résolu de se passer de ses services.

[173] À mon sens, écarter cet élément de preuve c’est faire dépendre le droit du salarié d’alléguer le congédiement déguisé de l’habileté de l’employeur à dissimuler son véritable état d’esprit (*Universal Cargo Carriers Corp. c. Citati*, [1957] 2 All E.R. 70 (Q.B.), p. 91). Heureusement, la jurisprudence n’appuie pas cette éventualité peu souhaitable.

[174] Lord Sumner set out the relevant principle in *British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), at pp. 71-72:

I do not think . . . that a buyer, who has repudiated a contract for a given reason which fails him, has, therefore, no other opportunity of defence either as to the whole or as to part, but must fail utterly. If he had repudiated, giving no reason at all, I suppose all reasons and all defences in the action, partial or complete, would be open to him. His motives certainly are immaterial, and I do not see why his reasons should be crucial. What he says is of course very material upon the question whether he means to repudiate at all, and, if so, how far, and how much, and on the question in what respects he waives the performance of conditions still performable in futuro or dispenses the opposite party from performing his own obligations any further; but I do not see how the fact, that the buyers have wrongly said “we treat this contract as being at an end, owing to your unreasonable delay in the performance of it” obliges them, when that reason fails, to pay in full, if, at the very time of this repudiation, the sellers had become wholly and finally disabled from performing essential terms of the contract altogether. [Emphasis added.]

[175] This principle was reiterated more recently in *Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514 (C.A.), at p. 526, where Evans L.J. cited with approval the rule set out in *Taylor v. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267 (C.A.), at p. 269, per Greer J.:

It is a long established rule of law that a contracting party, who, after he has become entitled to refuse performance of his contractual obligations, gives a wrong reason for his refusal, does not thereby deprive himself of a justification which in fact existed, whether he was aware of it or not. [Emphasis added.]

[176] This principle must be qualified in certain situations, such as the case in which the ground advanced is one that, had it been advanced at the time, could have been corrected by the other party:

[174] Dans l'arrêt *British and Beningtons, Ltd. c. North Western Cachar Tea Co.*, [1923] A.C. 48 (H.L.), lord Sumner expose le principe applicable (p. 71-72)

[TRADUCTION] Je ne crois pas [. . .] que l'acheteur qui a répudié un contrat pour une raison qui se révèle non valable n'a plus d'autre moyen de défense à opposer à l'action en entier ou en partie, et que sa contestation est inéluctablement vouée à l'échec. S'il avait répudié le contrat sans donner de raison, je suppose qu'il pourrait opposer tout moyen à l'action en entier ou en partie. Ses motivations sont assurément sans importance et je ne vois pas pourquoi les raisons qu'il a invoquées seraient cruciales. Ce qu'il dit est bien sûr très important quant à savoir s'il entend réellement répudier le contrat et, le cas échéant, jusqu'à quel point et dans quelle mesure il entend le faire, et quant à savoir à quels égards il renonce à l'exécution de conditions dont l'exécution est encore possible à l'avenir, ou dispense l'autre partie de l'exécution ultérieure de ses propres obligations; or, je ne vois pas en quoi le fait d'avoir dit à tort « nous considérons que ce contrat a pris fin en raison du retard déraisonnable que vous accusez dans son exécution » oblige les acheteurs, lorsque cette raison n'est pas valable, à effectuer le paiement en totalité si, au moment même de cette répudiation, il était devenu complètement et définitivement impossible aux vendeurs d'exécuter des clauses essentielles du contrat considéré globalement. [Je souligne.]

[175] Ce principe a été repris plus récemment dans l'arrêt *Glencore Grain Rotterdam BV c. Lebanese Organisation for International Commerce*, [1997] 4 All E.R. 514 (C.A.), p. 526, où le lord juge Evans cite en l'approuvant la règle énoncée dans *Taylor c. Oakes, Roncoroni, and Co.* (1922), 127 L.T. 267 (C.A.), p. 269 (le juge Greer) :

[TRADUCTION] Il est une règle de droit établie de longue date voulant que la partie contractante qui, alors qu'elle peut refuser d'exécuter ses obligations contractuelles, donne une raison non valable pour justifier son refus ne soit pas du coup empêchée de faire valoir un motif de refus qui existait bel et bien, à son insu ou non. [Je souligne.]

[176] Certaines nuances s'imposent parfois, notamment lorsque le motif invoqué, s'il l'avait été en temps opportun, aurait permis à l'autre partie d'apporter les correctifs voulus (voir *Glencore*). Ce

see *Glencore*. But those sorts of qualifications of the principle are not relevant here. See also *Universal Cargo Carriers*, at p. 89; *Scandinavian Trading Co. A/B v. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B.), at p. 90.

[177] This principle is the mirror image of the common law principle that (subject to contractual and procedural considerations) an employer who dismisses an employee for cause may generally rely on any cause that in fact existed at the time of dismissal even if the employer was not aware of it at that time: see, e.g., *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553, at pp. 563-64.

[178] I conclude that Mr. Potter, having accepted what he thought was the Commission's repudiation of his contract of employment, is entitled to rely on acts of the Commission up to that time which constituted evidence of repudiation even though he was not aware of those acts at that time he accepted the repudiation. The trial judge therefore erred in failing to take this into consideration in deciding whether Mr. Potter had been constructively dismissed.

[179] The Court of Appeal was of the view that if this was an error, it was a harmless one because the Commission did not think that it had the authority to dismiss Mr. Potter: para. 94. With respect, the Commission's belief about the question of its legal authority is beside the point. The question is whether a reasonable person, viewing all of the circumstances objectively, would conclude that the Commission had evinced an intention not to be bound by the contract of employment in the future. When its attempt to have Mr. Potter dismissed for cause is added to the other circumstances that I have reviewed above, the inescapable conclusion is that, as the Commission's counsel put it during discovery, the Commission had concluded that Mr. Potter's usefulness had come to an end. I agree with Mr. Potter when he argues that when the Commission suspended him indefinitely, it intended that he would never return to work and, I would add, it had no intention of paying him what his fixed term

n'est cependant pas le cas en l'espèce. Voir aussi *Universal Cargo Carriers*, p. 89; *Scandinavian Trading Co. A/B c. Zodiac Petroleum S.A.*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 81 (Q.B.), p. 90.

[177] Cette règle est le reflet du principe de common law selon lequel, sous réserve de considérations d'ordre contractuel et procédural, l'employeur qui congédie un salarié pour motif valable peut généralement s'appuyer sur tout motif qui existait au moment du congédiement même s'il en ignorait alors l'existence (voir p. ex. *Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553, p. 563-564).

[178] Je conclus que M. Potter, qui a accepté ce qu'il estimait être une répudiation de son contrat de travail par la Commission, peut invoquer les actes commis jusqu'alors par cette dernière et qui établissaient la répudiation, même s'il ne connaissait pas l'existence de ces actes au moment d'accepter la répudiation. Le juge de première instance a donc eu tort de ne pas tenir compte de ces actes pour décider si M. Potter avait fait l'objet ou non d'un congédiement déguisé.

[179] La Cour d'appel estime que, s'il s'agit d'une erreur, elle est sans conséquence, car la Commission ne croyait pas avoir le pouvoir de congédier M. Potter (par. 94). Sauf le respect dû à la Commission, son avis sur sa compétence importe peu. La question est de savoir si une personne raisonnable, considérant les circonstances objectivement, conclurait que la Commission a manifesté l'intention de ne plus être liée par le contrat de travail. Lorsqu'on ajoute aux autres circonstances déjà mentionnées la tentative de la Commission de faire en sorte que M. Potter soit congédié pour motif valable, force est de conclure que, comme l'a dit son conseiller juridique en interrogatoire préalable, elle avait résolu de se passer des services du salarié. Je conviens avec M. Potter que, lorsqu'elle l'a suspendu indéfiniment, la Commission entendait faire en sorte qu'il ne revienne jamais au travail, et j'ajouterais qu'elle n'avait nullement l'intention de lui verser ce à quoi elle était tenue par le contrat de travail

contract of employment required. If that does not evince a firm and clear intention on the part of the employer not to be bound in the future by the terms of his contract of employment, it is difficult for me to conceive of what would.

#### D. *Other Issues*

[180] I prefer not to address the common employer doctrine. Both parties accept that the Legal Aid Services Commission may be treated for all intents and purposes as Mr. Potter's employer.

[181] The Commission also argued that if Mr. Potter did not succeed in establishing constructive dismissal, he resigned by starting his action. Given my conclusion that he was constructively dismissed, I prefer not to address this additional and thorny question. Of course, under the general law, the non-breaching party faced with a repudiatory breach by the other party has a choice to either affirm the contract or to accept the repudiation and treat the contract as over. That principle of the general law of contract does not fit comfortably with contracts of employment given the obvious difficulty of an employee affirming the contract but suing for damages for its breach. The issue is further complicated by questions of mitigation. I would leave these questions for another day.

[182] The appellant submits that the pension benefits that he received should not be deducted from his damage award for wrongful dismissal. Our decision in *IBM Canada Limited v. Waterman*, 2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985, which was not available at the time of the trial or the appeal to the Court of Appeal, settles this point in favour of Mr. Potter.

#### III. Disposition

[183] I would allow the appeal with costs throughout as proposed by my colleague Wagner J.

à durée déterminée. Si cela n'est pas la manifestation de l'intention ferme et claire de l'employeur de ne plus être lié par les clauses de son contrat de travail, je vois mal ce qui pourrait l'être.

#### D. *Autres points*

[180] Je préfère ne pas me pencher sur la doctrine de l'employeur unique. Les deux parties conviennent que la Commission des services d'aide juridique peut être considérée à tous égards comme l'employeur de M. Potter.

[181] La Commission soutient également que si le congédiement déguisé n'est pas établi, il y a eu démission de M. Potter lorsqu'il a intenté son action. Vu ma conclusion selon laquelle le salarié a fait l'objet d'un congédiement déguisé, je préfère ne pas me prononcer sur cette question épineuse. Certes, en droit commun, une violation répudiatoire confère à la partie non fautive le droit soit de confirmer le contrat, soit d'accepter la répudiation et de considérer que le contrat n'est plus. Ce principe du droit général des contrats ne s'applique pas aisément au contrat de travail pour la raison évidente qu'il est difficile à un salarié de confirmer le contrat tout en poursuivant l'employeur en dommages-intérêts pour violation. L'obligation de limiter le préjudice rend les choses encore plus compliquées. Ces questions devront être tranchées à une autre occasion.

[182] L'appelant soutient que les prestations de retraite qu'il a touchées ne doivent pas être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié. L'arrêt *IBM Canada Limitée c. Waterman*, 2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985, qui n'avait pas encore été rendu au moment du procès ou de l'appel devant la Cour d'appel, règle ce point en faveur de M. Potter.

#### III. Dispositif

[183] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, comme le propose mon collègue le juge Wagner.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: EJ Mockler Professional Corporation, Fredericton; Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Stewart McKelvey, Fredericton.*

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant : EJ Mockler Professional Corporation, Fredericton; Heenan Blaikie, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimée : Stewart McKelvey, Fredericton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Nahoor Araya** *Respondent***INDEXED AS: R. v. ARAYA****2015 SCC 11**

File No.: 35669.

2014: October 17; 2015: March 13.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Charge to jury — Evidence — Admissibility — Limiting instructions — Characterization of witness's testimony — Accused convicted of manslaughter — Accused's appearance changing between time of offence and time of trial — Whether photographs of accused taken days after offence admissible — Whether trial judge's instructions to jury on use it could make of photographs of accused insufficient — Whether trial judge erred in jury instructions by referring to witness's account of conversation with accused as confession.*

A was convicted of manslaughter for his alleged involvement in a shooting that took place in a Toronto park. The victim and some friends were socializing in the park when a group of men entered the park and attempted to rob some of them. The victim was shot and killed while chasing after the assailants who fled the scene. Eye-witnesses only provided general descriptions of the assailants — young, black, thin and clean-shaven — and described the shooter as being between 5'4" and 5'8". A, who was 6'1" at the time, was not identified as being among the assailants. He was arrested five days after the shooting, when a teacher of his notified the police that A had approached him and confessed to being present at the shooting but not to having fired the gun.

Because A's appearance had changed between the time of the shooting and his trial, the Crown sought to have admitted two photographs of him taken five days after the shooting in order to establish what he looked

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Nahoor Araya** *Intimé***RÉPERTORIÉ : R. c. ARAYA****2015 CSC 11**

N° du greffe : 35669.

2014 : 17 octobre; 2015 : 13 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

*Droit criminel — Exposé au jury — Preuve — Admissibilité — Directives restrictives — Qualification du témoignage d'un témoin — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Modification de l'apparence de l'accusé entre la perpétration de l'infraction et la tenue du procès — Les photos de l'accusé prises quelques jours après l'infraction étaient-elles admissibles? — Les directives du juge du procès sur l'usage que le jury pouvait en faire étaient-elles insuffisantes? — Dans son exposé, le juge a-t-il eu tort de décrire les propos de l'accusé relatés par un témoin comme un aveu?*

A a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable pour sa participation alléguée à un meurtre par balle survenu dans un parc de Toronto. La victime et quelques amis bavardaient dans le parc lorsqu'un groupe d'hommes s'est amené et a tenté de voler certains d'entre eux. La victime a été abattue d'une balle après s'être mise à la poursuite des agresseurs qui avaient pris la fuite. Les témoins oculaires n'ont pu donner qu'une description générale des agresseurs : jeunes, de race noire, minces et rasés de près. Ils ont dit du tireur qu'il mesurait entre 5 pieds 4 pouces et 5 pieds 8 pouces. A, qui faisait alors 6 pieds 1 pouce, n'a pas été identifié comme étant l'un des agresseurs. Il a été arrêté cinq jours plus tard après que son enseignant eut informé la police qu'il l'avait approché et lui avait confié avoir été présent lors de l'homicide, mais ne pas avoir tiré le coup de feu.

A ayant changé d'apparence entre le jour de l'homicide et son procès, le ministère public a demandé l'admission en preuve de deux photos de lui prises cinq jours après l'homicide afin d'établir ce dont il avait l'air à



like at the time. The defence objected, arguing that the photographs were highly prejudicial. The trial judge admitted the photographs for the purpose of allowing the jury to consider whether A had any of the physical attributes described by the eyewitnesses, subject to a limiting instruction that warned the jury that it could not conclude that A was among the assailants solely because his appearance fit within the general description provided by the eyewitnesses. In his instructions to the jury, the trial judge also summarized the Crown's position that the conversation which took place between A and his teacher should be viewed as a confession of guilt. A appealed his conviction and sentence. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal and remitted the matter for a new trial.

*Held:* The appeal should be allowed, A's conviction for manslaughter restored, and the matter remanded to the Court of Appeal for consideration of the sentencing appeal.

There is no reason to disturb the trial judge's finding that the photographs were admissible. Whether A could have been among the assailants was a critical issue in this case, because he denied being in the park the night of the shooting. Moreover, A did not concede that his appearance fit within the general eyewitness descriptions. Accordingly, the photographs were relevant to the limited question of whether A's appearance at the time of the shooting fit within the general descriptions provided by witnesses. Regarding the potential prejudicial effect of the photographs, there are particular dangers involved in showing eyewitnesses a single photograph to determine if the individual shown is the individual they saw, because the witness's memory may be tainted by exposure to that photograph. However, this concern is not relevant where it is the jury who has been exposed to the photograph of a single person and asked to consider whether the person shown falls within a general description. The jury has no pre-existing memory of the person's appearance to corrupt, nor is the concern about the over-persuasiveness of tainted witness testimony relevant in this context. In light of the deference afforded to trial judges on questions of balancing probative effect against prejudice, there is no reason to disturb the trial judge's finding that the risk associated with the photographs could be appropriately mitigated by a limiting instruction, and thus that the probative value of the photographs outweighed their prejudicial effect.

The trial judge's limiting instruction with respect to the use it could make of the photographs was adequate.

l'époque. La défense s'y est opposée en faisant valoir que les photos étaient très préjudiciables. Le juge du procès les a admises à la seule fin de permettre au jury de déterminer si A avait l'une ou l'autre des caractéristiques physiques mentionnées par les témoins, sous réserve de la directive restrictive de se garder de conclure à tort que A avait été au nombre des agresseurs seulement parce que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires. Dans son exposé au jury, le juge a également résumé la thèse du ministère public, à savoir que l'entretien à l'école de A avec son enseignant devait être considéré comme un aveu de culpabilité. A a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine. Les juges majoritaires de la Cour d'appel lui ont donné gain de cause et ont ordonné un nouveau procès.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable de A est rétablie et l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour qu'elle statue sur l'appel de la peine.

Nul motif ne justifie de réformer la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos étaient admissibles en preuve. La question de savoir si A avait pu se trouver parmi les agresseurs revêtait une importance cruciale, car il niait être allé au parc le soir en question. Qui plus est, A ne reconnaissait pas que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires. Les photos étaient donc pertinentes quant à la seule question de savoir si l'apparence de A au moment des faits correspondait aux descriptions générales des témoins. En ce qui concerne l'effet préjudiciable éventuel, montrer aux témoins une seule photo pour savoir si la personne photographiée est celle qu'ils ont vue comporte des risques particuliers, car leur souvenir peut être influencé par la vue de la photo. Cette crainte n'est cependant pas justifiée lorsque c'est au jury qu'on montre la photo d'une seule personne et auquel on demande de déterminer si cette personne correspond à une description générale. Le jury n'a pas de l'apparence de la personne un souvenir préexistant qui est susceptible d'être influencé, et la crainte qu'un témoignage ainsi vicié ne soit trop persuasif n'est pas justifiée dans le contexte. Au vu de la déférence qui s'impose à l'endroit de la mise en balance de la valeur probante et de l'effet préjudiciable par le juge de première instance, nul motif ne justifie de réformer la conclusion selon laquelle le risque associé aux photos pouvait être dûment atténué par une directive restrictive, de sorte que la valeur probante des photos l'emportait sur leur effet préjudiciable.

La directive restrictive du juge du procès concernant l'usage qui pouvait être fait des photos était suffisante. La

Parsing the language in one particular sentence to determine whether it was sufficient to warn of an impermissible line of reasoning, without taking into consideration the greater context of the jury instructions and the trial itself, represents the kind of dissection and minute scrutiny this Court has warned against. In this case, there does not appear to be a considerable risk that the jury would have, as a consequence of minor imperfections with the jury instructions, abandoned their common sense and adopted clearly flawed reasoning. Moreover, the risk of a juror actually using the photographs as the basis for an impermissible line of reasoning in the context of this case was appropriately minimized both by the fact that Crown counsel did not urge the jury to adopt impermissible lines of inference and by the trial judge's charge to the jury as a whole.

The trial judge's use of the word "confession" in his jury instructions does not constitute a toxic instruction such that a new trial should be ordered. Indeed, the trial judge did not himself label A's statements to his teacher as confessions. Rather, he repeatedly described the school exchange as a conversation. Moreover, the trial judge only referred to the exchanges as a confession when reiterating the Crown's position, which was that the school conversation should be viewed as a confession of guilt. When viewed in light of the trial judge's other cautions to the jury, including the caution that the teacher's testimony be evaluated only for its evidence of what A said, rather than the teacher's interpretation of his statements, as well as the caution that confession to mere presence at the scene was not sufficient to establish guilt, a single use of the word "confession" in describing the Crown's submissions would not have been so toxic as to call for a correcting instruction. The trial judge fairly described the conversation between A and his teacher and it was properly for the jury to conclude whether the conversation amounted to a confession.

Since the jury instructions were adequate, it is not necessary to consider whether the facts of this case would warrant the application of the curative proviso provided in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; **referred to:** *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687; *R. v. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270; *R. v. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Avetysan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Daley*,

réduire à la formulation d'une phrase en particulier pour déterminer si elle met suffisamment en garde ou non contre un raisonnement inacceptable, sans tenir compte du contexte général de l'exposé au jury, ni du procès comme tel, revient à se livrer à la dissection et à l'examen détaillé contre lesquels notre Cour a déjà fait une mise en garde. En l'espèce, il ne semble pas y avoir eu un grand risque que le jury, à cause de légères imperfections de l'exposé, perde tout bon sens et adhère à un raisonnement manifestement erroné. De plus, le fait que l'avocat du ministère public n'a pas invité le jury à tirer d'inférences inacceptables et l'exposé du juge du procès dans son ensemble ont adéquatement atténué le risque qu'un juré utilise de fait les photos pour échafauder un raisonnement inacceptable.

L'emploi du mot « aveu » par le juge du procès n'a pas rendu ses directives toxiques de telle sorte qu'un nouveau procès doive être ordonné. En effet, le juge n'a pas qualifié d'aveux les déclarations de A à son enseignant. Il a en fait décrit maintes fois l'échange survenu à l'école comme un « entretien ». En outre, il n'a parlé d'aveux à cet égard que pour rappeler la thèse du ministère public selon laquelle l'entretien à l'école devait être considéré comme un aveu de culpabilité. À la lumière des autres mises en garde du jury, y compris celle voulant qu'il doive considérer le témoignage de l'enseignant seulement pour établir ce que A avait dit, et non son interprétation de ses propos, de même que la précision selon laquelle l'aveu de la seule présence sur les lieux n'était pas suffisant pour établir la culpabilité, l'utilisation une seule fois du mot « aveu » pour faire état de la thèse du ministère public ne saurait avoir rendu la directive toxique au point de justifier sa rectification. Le juge a bien fait état de l'entretien de A avec son enseignant, et le jury était admis à conclure qu'il s'agissait d'un aveu ou non.

Comme les directives au jury étaient adéquates, il est inutile d'examiner si les faits de l'espèce justifieraient l'application de la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436; **arrêts mentionnés :** *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687; *R. c. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270; *R. c. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Avetysan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Cooper*,

2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445; *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 21(2), 686(1)(a), (b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Gillese and Strathy JJ.A.), 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284, 305 C.C.C. (3d) 14, [2013] O.J. No. 5546 (QL), 2013 CarswellOnt 16738 (WL Can.), setting aside the accused's conviction for manslaughter. Appeal allowed.

*Michael Bernstein*, for the appellant.

*James Lockyer* and *Richard Posner*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — Nahoor Araya was tried by a judge and jury for second degree murder and convicted of the included offence of manslaughter for his alleged involvement in a shooting that took place in a Toronto park on October 3, 2008. The Ontario Court of Appeal (Strathy J.A. (as he then was), dissenting) overturned that conviction and ordered a new trial, finding that the jury instructions given at trial were insufficient to warn the jury against making improper inferences with regard to certain photographs of Mr. Araya taken a few days after the shooting and admitted at trial. The Crown appeals this decision and asks that the manslaughter conviction be restored. In the alternative, the Crown argues that the majority of the Court of Appeal erred in failing to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445; *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 21(2), 686(1)(a), (b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Gillese et Strathy), 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284, 305 C.C.C. (3d) 14, [2013] O.J. No. 5546 (QL), 2013 CarswellOnt 16738 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable prononcée contre l'accusé. Pourvoi accueilli.

*Michael Bernstein*, pour l'appelante.

*James Lockyer* et *Richard Posner*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — À l'issue d'un procès devant juge et jury pour meurtre au deuxième degré, Nahoor Araya a été reconnu coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable en raison de sa participation alléguée à l'homicide par balle survenu dans un parc de Toronto le 3 octobre 2008. La Cour d'appel de l'Ontario (sous réserve de la dissidence du juge Strathy, aujourd'hui Juge en chef) a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès au motif que, dans ses directives, le juge n'avait pas bien mis le jury en garde contre toute inférence injustifiée à partir de photos de M. Araya prises quelques jours après l'homicide et admises en preuve. Le ministère public fait appel de la décision et demande le rétablissement de la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Il fait valoir subsidiairement que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont omis à tort d'appliquer la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.

[2] In supporting the decision of the majority of the Court of Appeal, Mr. Araya proffered two additional arguments: first, that the photographs had no probative value whatsoever and were thus inadmissible, and second, that the jury instructions were also flawed with respect to the testimony of Cordel Browne, Mr. Araya's high school English teacher, with whom Mr. Araya spoke after the shooting.

[3] On the issue of the jury instructions regarding the photographs, I agree with Strathy J.A. that the trial judge's instructions were adequate. While not perfectly phrased, the totality of the instructions, viewed in the context of the case as a whole, adequately guarded against the possibility that the jurors might use the photographs as the basis for impermissible reasoning.

[4] On the issue of admissibility, I do not agree with Mr. Araya's contention that the photographs had no probative value. Identity was a key issue in this case. Mr. Araya's appearance had changed from the time of the shooting to the time of his trial. The defence never conceded that Mr. Araya fell within the admittedly broad descriptions of the assailants given by eyewitnesses to the events in the park. Thus, the burden remained on the Crown to establish identity, and the trial judge found that the photographs were probative in showing that Mr. Araya fit within the class of individuals described by the eyewitnesses. I agree with the Court of Appeal that the trial judge's decision on admissibility should not be disturbed.

[5] Finally, on the issue of Mr. Browne's testimony, I do not agree with Mr. Araya's contention that the trial judge erred in instructing the jury with regard to the proper uses or characterization of Mr. Browne's testimony. The trial judge fairly described the conversation between Mr. Araya and Mr. Browne in the jury charge, and it was properly for the jury to conclude whether this conversation amounted to a confession.

[6] I would allow the appeal and remand the matter to the Court of Appeal for consideration of the

[2] À l'appui de la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel, M. Araya formule deux nouveaux arguments. Premièrement, les photos n'avaient aucune valeur probante et étaient donc inadmissibles en preuve. Deuxièmement, les directives au jury étaient lacunaires quant au témoignage de son enseignant d'anglais au secondaire, Cordel Browne, avec lequel il s'est entretenu après l'homicide.

[3] Concernant les directives sur les photos, je conviens avec le juge Strathy qu'elles sont adéquates. Elles ne sont certes pas formulées idéalement, mais dans leur ensemble, eu égard au contexte de l'affaire considérée globalement, elles mettent bien les jurés en garde contre l'emploi des photos pour échafauder un raisonnement inacceptable.

[4] Au chapitre de l'admissibilité, je ne fais pas droit à la prétention de M. Araya selon laquelle les photos n'avaient pas de valeur probante. L'identification était centrale en l'espèce, et l'apparence de M. Araya avait changé entre l'homicide et le procès. La défense n'a jamais reconnu que M. Araya correspondait à la description des agresseurs — assurément générale — fournie par les témoins oculaires des événements dans le parc. L'identification de l'accusé incombait donc toujours au ministère public, et le juge du procès a conclu que les photos avaient un caractère probant en ce qu'elles indiquaient que M. Araya appartenait à la catégorie des personnes visées par la description des témoins. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il n'y a pas lieu de réformer cette décision sur l'admissibilité en preuve.

[5] Enfin, en ce qui a trait au témoignage de M. Browne, je ne conviens pas avec M. Araya que le juge a donné au jury des directives erronées sur l'emploi de cet élément de preuve ou sur sa juste qualification. Dans son exposé, le juge a bien fait état de l'entretien entre MM. Araya et Browne, et le jury était admis à conclure qu'il s'agissait d'un aveu ou non.

[6] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer le dossier à la Cour d'appel pour examen de

sentencing issue. It is thus unnecessary to consider the issue of the curative proviso.

### I. Factual Background

[7] On the evening of October 3, 2008, 17-year-old Boris Cikovic and a group of friends were drinking and socializing in and around the tennis courts in Buttonwood Park in west Toronto. According to witnesses, a second group of around three or four men entered the park at about 10:30 p.m., got into a confrontation with some of the individuals in Mr. Cikovic's group, and attempted to rob some of them. Mr. Cikovic resisted and used a taser against one of the assailants. The assailants then fled the scene and Mr. Cikovic chased after them, at which point one of the assailants turned and shot Mr. Cikovic, killing him.

[8] The lighting near the tennis courts was dim, and eyewitnesses were only able to provide broad, general descriptions of the unknown men: young, black, thin, and clean-shaven. Some witnesses recalled some of the men wearing bandanas over their faces. The shooter was described as being between 5'4" and 5'8". Mr. Araya was 6'1" at the time. None of the witnesses specifically identified Mr. Araya as being among the assailants.

[9] On October 7, four days after the shooting, Mr. Araya approached Mr. Browne, his English teacher, and asked to speak to him in private. There was disagreement at trial over the nature of the conversation. Mr. Araya testified at trial that while he did have a conversation with Mr. Browne, he did not mention being in Buttonwood Park or having any involvement with the shooting. Instead, he testified that he made up a fabricated story about a confrontation at a different location, in the hopes that Mr. Browne would worry about Mr. Araya's well-being and offer him a place to stay that night. According to Mr. Browne, Mr. Araya said that he had been with the group of people who robbed and shot Mr. Cikovic at Buttonwood Park on October 3,

la question de la détermination de la peine. Il est donc inutile de se pencher sur l'application de la disposition réparatrice.

### I. Les faits

[7] Le soir du 3 octobre 2008, Boris Cikovic, âgé de 17 ans, et un groupe d'amis prenaient un verre tout en bavardant sur le terrain de tennis et aux alentours, dans le parc Buttonwood situé dans l'ouest de Toronto. Selon les témoins, un groupe de trois ou quatre hommes s'est amené au parc vers 22 h 30, s'est engagé dans un affrontement avec certains membres du groupe de M. Cikovic et a tenté de voler certains d'entre eux. M. Cikovic ne s'est pas laissé faire et a utilisé un pistolet électrique pour repousser l'un des agresseurs. Ces derniers ont alors pris la fuite, mais M. Cikovic s'est lancé à leur poursuite, ce que constatant, l'un des fuyards s'est retourné et a fait feu. M. Cikovic a été atteint mortellement.

[8] L'éclairage à proximité du terrain de tennis était faible, de sorte que les témoins oculaires n'ont pu donner qu'une description générale des inconnus : ils étaient jeunes, de race noire, minces et rasés de près. Certains ont dit se souvenir qu'un bandana recouvrait une partie du visage de quelques-uns. Le tireur aurait mesuré entre 5 pieds 4 pouces et 5 pieds 8 pouces, tandis que M. Araya faisait alors 6 pieds 1 pouce. Aucun des témoins n'a précisément identifié M. Araya comme étant l'un des agresseurs.

[9] Le 7 octobre, soit quatre jours après l'homicide, M. Araya a approché son enseignant d'anglais, M. Browne, et a demandé à lui parler en privé. Le procès a fait ressortir un désaccord sur la nature de l'entretien. Selon M. Araya, même s'il avait parlé à M. Browne, il ne lui avait pas dit s'être trouvé au parc Buttonwood ou avoir été mêlé de quelque manière à l'homicide. Il aurait plutôt inventé une histoire d'affrontement à un autre endroit dans l'espoir que M. Browne, soucieux du bien-être de son élève, lui offre le gîte pour la nuit. Selon M. Browne, M. Araya aurait dit avoir fait partie du groupe qui avait volé et abattu M. Cikovic au parc Buttonwood le 3 octobre, mais ne pas avoir tiré le coup de feu, et aurait requis ses conseils sur ce qu'il devait faire.

but that he had not fired the gun and wanted Mr. Browne's advice on what to do. Mr. Browne told Mr. Araya that he should inform the authorities, and subsequently notified the police of his conversation with Mr. Araya. Mr. Araya was arrested on October 8. Mr. Browne also gave the police a statement on October 8 about his conversation with Mr. Araya at school the previous day.

## II. Procedural History

### A. *Trial Proceedings*

[10] Mr. Araya was tried before a jury in 2011 on the basis that he was among the assailants on the night of the shooting, and was thus liable for second degree murder pursuant to s. 21(2) of the *Criminal Code*. The Crown did not allege that Mr. Araya was the shooter. Eyewitnesses to the event testified to their recollections about the description of the assailants. As noted above, these descriptions were limited to vague, general characteristics – young, black, thin, and clean-shaven.

[11] Mr. Araya testified that he was not in Buttonwood Park on the night of October 3, 2008, but was instead at a friend's house several kilometres away from the park. He admitted to having a conversation with Mr. Browne at school on October 7, but disputed the nature of that conversation. His position was that he made up a story related to a different robbery to get Mr. Browne's attention and concern, but that even in this fabricated story, he did not admit to having been at Buttonwood Park on the night of October 3.

[12] Mr. Araya pointed to a number of discrepancies that had arisen between Mr. Browne's statement to police the day after the school conversation and his testimony at trial. Specifically, while Mr. Browne testified that Mr. Araya had admitted to being in the group of assailants at the park on October 3, Mr. Araya said that discrepancies in this testimony, such as whether he had told Mr. Browne "I was involved" or "I wasn't involved", and "we rolled up" or "they rolled up", undermined the value

M. Browne aurait conseillé à M. Araya d'informer les autorités, puis il aurait relaté leur entretien à la police. M. Araya a été arrêté le 8 octobre. Le même jour, M. Browne faisait une déposition à la police sur son entretien de la veille avec M. Araya à l'école.

## II. Historique judiciaire

### A. *Le procès*

[10] M. Araya a subi son procès devant jury en 2011. Il était accusé de meurtre au deuxième degré au motif qu'il avait été au nombre des agresseurs le soir de l'homicide, en application du par. 21(2) du *Code criminel*. Le ministère public n'a pas prétendu qu'il avait été l'auteur du coup de feu. Les témoins oculaires ont témoigné sur ce dont ils se souvenaient des agresseurs. Rappelons que leurs descriptions faisaient état de caractéristiques vagues et générales : jeunes, de race noire, minces et rasés de près.

[11] Lors de son témoignage, M. Araya a soutenu ne pas s'être trouvé au parc Buttonwood le soir du 3 octobre 2008, mais avoir plutôt rendu visite à une amie à plusieurs kilomètres de là. Il a reconnu avoir eu un entretien avec M. Browne à l'école le 7 octobre, mais il en a contesté la teneur. Il a dit avoir inventé une autre histoire de vol afin d'obtenir la sollicitude de M. Browne, mais que, même dans le récit des faits inventés, il n'avait pas avoué s'être trouvé au parc Buttonwood le 3 octobre au soir.

[12] M. Araya a invoqué un certain nombre de contradictions entre la déposition de M. Browne au lendemain de leur entretien à l'école et le témoignage de l'enseignant au procès. Plus particulièrement, tandis que, selon M. Browne, il avait reconnu avoir été du groupe d'agresseurs qui avait sévi dans le parc le 3 octobre, M. Araya a fait valoir que les incohérences du témoignage de M. Browne, notamment quant à savoir s'il avait dit [TRADUCTION] « j'ai participé » ou « je n'ai pas participé » et « on

of Mr. Browne's inculpatory testimony (Mr. Browne testified that he understood "roll up" in this context to mean to rob the individuals in the tennis court).

[13] The question of whether Mr. Araya was in Buttonwood Park was thus central to the case against Mr. Araya. He disputed that he was among those at the park, and never conceded that his appearance on October 3, 2008 fit within the general description provided by the eyewitnesses.

[14] Mr. Araya's appearance had changed between the events in 2008 and his trial: by 2011, he had gained weight, had shorter hair, was clean-shaven, and wore glasses. The Crown sought to admit two photographs of Mr. Araya taken five days after the shooting in order to establish what he looked like at the time. The defence objected to the admission of the photographs, arguing at trial that they were highly prejudicial. The concern was that the jury might hear the vague eyewitness descriptions of the assailants, note that the photographs of Mr. Araya showed that he fit those descriptions, and impermissibly conclude that Mr. Araya must have been one of the assailants as a result. The trial judge, McMahon J., admitted the photographs for the limited purpose of allowing the jury to consider whether Mr. Araya had any of the physical attributes described by the eyewitnesses, subject to a limiting instruction that warned against improperly concluding that Mr. Araya was among the assailants based solely on his appearance fitting within the general eyewitness descriptions.

[15] Before the jury retired to consider their verdict, the trial judge issued lengthy jury instructions that addressed, *inter alia*, the photographs at issue and Mr. Browne's testimony.

[16] Mr. Araya was convicted of manslaughter and sentenced to eight years in prison, less credit for the time he had spent in pre-trial custody.

les a abordés » ou « ils les ont abordés », compromettaient la valeur du témoignage inculpatoire de l'enseignant (lequel a dit avoir compris que, dans le contexte, « aborder » les personnes présentes sur le terrain de tennis voulait dire aller les voler).

[13] Ainsi, la question de la présence de M. Araya au parc Buttonwood était déterminante quant à sa culpabilité. Il a nié y avoir été présent et n'a jamais reconnu que son apparence du 3 octobre 2008 correspondait à la description générale des témoins oculaires.

[14] Au procès en 2011, M. Araya avait changé d'apparence depuis les événements survenus en 2008 : il avait pris du poids, ses cheveux étaient plus courts, il se rasait de près et il portait des lunettes. Le ministère public a tenté de faire admettre en preuve deux photos de M. Araya prises cinq jours après l'homicide afin d'établir ce dont il avait l'air à l'époque. La défense s'y est opposée en faisant valoir qu'elles étaient très préjudiciables. Elle craignait que les jurés entendent les descriptions vagues des agresseurs fournies par les témoins oculaires, qu'ils constatent que les photos correspondaient à ces descriptions et qu'ils concluent à tort que M. Araya devait donc avoir été l'un des agresseurs. Le juge McMahon, qui présidait le procès, a admis les photos en preuve à la seule fin de permettre au jury de déterminer si l'accusé avait l'une ou l'autre des caractéristiques physiques mentionnées par les témoins, sous réserve d'une directive restrictive selon laquelle les jurés devaient se garder de conclure à tort que M. Araya avait été au nombre des agresseurs seulement parce que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires.

[15] Avant que le jury ne se retire pour délibérer, le juge du procès lui a donné de longues directives portant entre autres sur les photos et sur le témoignage de M. Browne.

[16] M. Araya a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et condamné à huit ans d'emprisonnement, déduction faite des crédits accordés pour le temps passé en détention avant le procès.

B. *Ontario Court of Appeal, 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284*

[17] Mr. Araya appealed his conviction and sentence to the Ontario Court of Appeal, where he argued that the trial judge erred in admitting the photographs and, in the alternative, that if the photographs were properly admitted, the limiting instructions to the jury were insufficient to protect against prejudice.

(1) The Majority (per Gillese J.A., Laskin J.A. Concurring)

[18] The majority found no error in the trial judge's finding that the photographs were relevant and had some probative value (para. 31), but agreed with Mr. Araya that this probative value was minimal in light of the fact that the defence did not challenge the allegation that Mr. Araya's appearance in 2008 fit within the general description provided by eyewitnesses (para. 32).

[19] The majority then found that the use of the photographs could have had a significant prejudicial effect by leading jurors to engage in a flawed and impermissible line of reasoning in the following manner: "The photos of the appellant at the time of the shooting reveal a young, thin, relatively clean-shaven black male. Thus, at the time of the shooting, the appellant fit the eyewitness generic descriptions of the robbers in the tennis courts. Therefore, the appellant was in the park and/or one of the robbers" (para. 33).

[20] Given the potential prejudice that would arise if a juror were to engage in such reasoning, the majority found that clear jury instructions were required, and that the instructions had to meet two requirements. First, they had to indicate the permissible use that could have been made of the photos, and second, they had to explain the dangers of impermissible lines of reasoning (para. 42). The majority found that the first of these requirements was met (para. 45), but found the instructions insufficient with regard to the second requirement because they did not "clearly explain to the jury the chain of

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 734, 312 O.A.C. 284*

[17] M. Araya a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine devant la Cour d'appel de l'Ontario. Il a soutenu que le juge du procès avait eu tort d'admettre les photos en preuve et, à supposer que leur admission ait été régulière, que les directives restrictives du juge n'avaient pas suffi à le protéger contre un effet préjudiciable.

(1) Les juges majoritaires (la juge Gillese avec l'accord du juge Laskin)

[18] Les juges majoritaires ne relèvent aucune erreur dans la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos sont pertinentes et ont une certaine valeur probante (par. 31). Ils conviennent cependant avec M. Araya que cette valeur probante est minimale dans la mesure où la défense ne contestait pas l'allégation voulant que l'apparence de l'accusé en 2008 ait correspondu aux descriptions générales des témoins oculaires (par. 32).

[19] Les juges majoritaires estiment par ailleurs que les photos ont pu avoir un effet préjudiciable important en ce que les jurés les ont utilisées pour échafauder le raisonnement lacunaire et inacceptable suivant : [TRADUCTION] « Les photos de l'appellant au moment de l'homicide montrent qu'il était jeune, de race noire, mince et relativement rasé de près. L'appellant correspondait donc alors au signalement générique des voleurs du terrain de tennis, de sorte qu'il se trouvait dans le parc ou était l'un des voleurs, ou les deux » (par. 33).

[20] Étant donné le risque d'effet préjudiciable si un juré tenait ce raisonnement, les juges majoritaires statuent que des directives restrictives claires s'imposaient et qu'elles devaient satisfaire à deux conditions. Il fallait premièrement qu'elles précisent l'utilisation qui pouvait être faite des photos et, deuxièmement, qu'elles expliquent les risques d'un raisonnement inacceptable (par. 42). Les juges majoritaires concluent au respect de la première condition (par. 45), mais estiment que les directives ne satisfont pas à la seconde en ce qu'elles omettent [TRADUCTION] « d'expliquer clairement au jury



impermissible reasoning” (para. 47). The majority also took issue with the specific wording of the trial judge’s limiting instruction, finding it “confusing” (para. 46).

[21] In light of the insufficiency of the limiting instruction, the majority found that there was a “risk of a serious miscarriage of justice” (para. 50), and allowed the appeal on this ground. The majority thus did not find it necessary to address Mr. Araya’s other asserted grounds for appeal, including the trial judge’s treatment of Mr. Browne’s testimony.

[22] The majority allowed the appeal and remitted the matter for a new trial.

(2) Strathy J.A., Dissenting

[23] Strathy J.A. dissented. He agreed with the majority that the photographs were probative. He stated that in the absence of an admission from Mr. Araya that he fit within the general eyewitness descriptions in 2008, his appearance “remained a live issue” (para. 154). He reviewed the trial judge’s jury charge and found it adequate to guard against the risk of a miscarriage of justice. Specifically, he found that the risk of prejudice needed to be evaluated “having regard to all the evidence before the jury, the arguments of counsel, and the trial judge’s charge, taken as a whole” (para. 157, citing *R. v. Hay*, 2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694, at para. 47).

[24] Looking at the trial proceedings as a whole, Strathy J.A. found that the impugned photographs played a minor role in the Crown’s case. They were also referred to by the defence as serving to exclude Mr. Araya from the general eyewitness descriptions, because some of the witnesses had described the assailants as clean-shaven, while Mr. Araya had facial hair at the time (para. 158). He also noted that the defence did not object to the jury instruction on this issue (para. 171). He found that the majority’s view that there was significant risk that jurors would make impermissible use of the photos “gives no credit to the jury’s common sense and no weight to the trial

en quoi consiste le raisonnement inacceptable » (par. 47). Ils reprochent en outre au libellé des directives restrictives de « prêter à confusion » (par. 46).

[21] Vu le caractère lacunaire des directives restrictives, les juges majoritaires concluent à l’existence d’un [TRADUCTION] « risque d’erreur judiciaire grave » (par. 50) et accueillent l’appel pour ce motif. Ils n’estiment pas nécessaire de se prononcer sur les autres moyens d’appel invoqués par M. Araya, y compris le sort réservé au témoignage de M. Browne par le juge du procès.

[22] La formation majoritaire accueille l’appel et ordonne un nouveau procès.

(2) Le juge Strathy, dissident

[23] Dissident, le juge Strathy convient avec ses collègues que les photos avaient une valeur probante. Puisque M. Araya ne reconnaissait pas que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins oculaires recueillies en 2008, ce point [TRADUCTION] « demeurait litigieux » (par. 154). Après examen de l’exposé du juge au jury, il conclut que le risque d’erreur judiciaire est convenablement écarté. Plus précisément, il estime que le risque d’effet préjudiciable doit être apprécié « eu égard à la totalité de la preuve présentée au jury, aux plaidoiries et à l’exposé du juge au jury considéré globalement » (par. 157, citant *R. c. Hay*, 2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694, par. 47).

[24] S’agissant de l’instance dans son ensemble, le juge Strathy considère que les photos constituent un élément infime de la preuve du ministère public. Sans compter qu’elles ont servi à la défense pour dissocier M. Araya des descriptions générales obtenues, car certains des témoins oculaires avaient dit des agresseurs qu’ils étaient rasés de près, alors que M. Araya avait alors des poils au visage (par. 158). Il ajoute que la défense ne s’est pas opposée à l’exposé au jury sur ce point (par. 171). À son avis, l’opinion de ses collègues selon laquelle il existait un risque important que les jurés fassent un usage inacceptable des photos [TRADUCTION] « nie tout bon

judge's instruction that it was precisely what they should not do" (paras. 178-79).

[25] Strathy J.A. also considered several other arguments raised by Mr. Araya at the Court of Appeal. Most relevant to the arguments before this Court, he considered whether the trial judge erred in his instructions pertaining to Mr. Browne's testimony. Strathy J.A. summarized both Mr. Browne's version and Mr. Araya's version of the conversation they had at school on October 7, 2008 (paras. 93-109), as well as their respective versions of a subsequent conversation at the Metro West Detention Centre on October 23, 2008 (paras. 116-22). He acknowledged that there were apparent discrepancies between Mr. Browne's police statement and his testimony at trial (para. 104), but that the trial judge "thoroughly reviewed the evidence of both the appellant and Browne concerning their two conversations" (para. 246), that the jury instructions explained how the jury should consider the differences between Mr. Browne's police statement and his testimony at trial (para. 247), and that the jury was told to consider Mr. Browne's testimony as to what Mr. Araya said, not what Mr. Browne interpreted those statements to mean (para. 249).

[26] Strathy J.A. concluded that the apparent discrepancies between Mr. Browne's police statement and trial testimony about the school conversation and between Mr. Browne's and Mr. Araya's characterization of the detention centre conversation arose because of ambiguous language (paras. 253-54). Thus, "it was for the jury to consider the explanation of the alleged inconsistency and to determine what to make of the evidence" (para. 255). The trial judge's explanation of the jury's duties and his caution that Mr. Browne's testimony be considered only for Mr. Araya's words, rather than Mr. Browne's interpretation of them, were sufficient to render the jury instructions adequate (para. 255).

[27] Strathy J.A. would have dismissed the appeal from conviction.

sens au jury et fait abstraction des directives du juge lui enjoignant précisément de s'abstenir d'un tel usage » (par. 178-179).

[25] Le juge Strathy examine par ailleurs de nouveaux arguments formulés par M. Araya en Cour d'appel. Le plus pertinent pour les besoins du présent pourvoi a trait au caractère erroné ou non des directives du juge du procès sur le témoignage de M. Browne. Le juge Strathy résume les deux versions de l'entretien à l'école du 7 octobre 2008 — celle de M. Browne et celle de M. Araya (par. 93-109) —, ainsi que leurs versions respectives de la teneur de leur entretien ultérieur au centre de détention Metro West le 23 octobre 2008 (par. 116-122). Il reconnaît l'existence de contradictions manifestes entre ce que M. Browne a dit aux policiers et ce qu'il a affirmé au procès (par. 104). Or, selon lui, le juge du procès [TRADUCTION] « fait exhaustivement état tant du témoignage de l'appelant que de celui de M. Browne sur les deux entretiens » (par. 246), ses directives précisent au jury l'emploi qu'il peut faire des différences entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès (par. 247) et il enjoint aux jurés de tenir compte de ce que M. Araya aurait dit à M. Browne, et non de l'interprétation des dires de M. Araya par M. Browne (par. 249).

[26] Le juge Strathy arrive à la conclusion que les différences manifestes entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès concernant l'entretien à l'école, ainsi qu'entre les versions de l'un et l'autre témoins sur la nature de leur entretien au centre de détention, sont imputables au caractère équivoque de certains des termes employés (par. 253-254). [TRADUCTION] « Il appartenait donc au jury de soupeser l'explication de la contradiction alléguée et de décider du sort à réserver à l'élément de preuve » (par. 255). L'exposé du juge sur les attributions du jury et sa mise en garde selon laquelle le témoignage de M. Browne ne valait que pour la teneur des propos de M. Araya, non pour son interprétation de ces propos, suffisent à rendre adéquates les directives au jury (par. 255).

[27] Le juge Strathy aurait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité.

### III. Issues

[28] The Crown raises the following issues on appeal:

- (1) Whether the trial judge's jury instructions regarding the permissible and impermissible uses of the two photographs of Mr. Araya were insufficient; and
- (2) Whether the majority at the Court of Appeal erred in failing to apply the curative proviso in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

[29] Mr. Araya seeks to uphold the decision of the majority of the Court of Appeal and raises the following additional issues:

- (3) Whether the photographs were inadmissible because they lacked any probative value whatsoever; and
- (4) Whether the trial judge erred in failing to instruct the jury that Mr. Browne's account of the October 7, 2008 conversation with Mr. Araya could not be relied upon as a confession of his involvement in the robbery. This issue was raised by Mr. Araya before the Court of Appeal but not addressed by the majority.

### IV. Analysis

[30] Under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*, a court of appeal may allow an appeal against a conviction where the verdict is unreasonable or unsupported by the evidence, where there has been a wrong decision on a question of law, or where a miscarriage of justice has occurred. Mr. Araya asserts that the trial judge's decision to admit the photographs, his instructions to the jury regarding the permissible use of the photographs, and his instructions regarding the use of Mr. Browne's testimony each amounted to a miscarriage of justice. Based on the grounds raised, I am of the opinion that these arguments are properly understood as assertions that the trial judge engaged in misdirection or non-direction of the jury amounting to errors of law.

### III. Questions en litige

[28] Le ministère public soulève les questions suivantes :

- (1) Les directives du juge au jury concernant l'utilisation qui pouvait être faite ou non des deux photos de M. Araya étaient-elles insuffisantes?
- (2) Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont-ils eu tort de ne pas appliquer la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*?

[29] M. Araya demande à la Cour de confirmer la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel et soulève deux autres questions :

- (3) Les photos étaient-elles inadmissibles en preuve au motif qu'elles n'avaient aucune valeur probante?
- (4) Le juge du procès a-t-il omis à tort de préciser au jury que la relation par M. Browne de l'entretien du 7 octobre 2008 avec M. Araya ne pouvait être considérée comme un aveu de la participation de ce dernier au vol. M. Araya a saisi la Cour d'appel de la question, mais les juges majoritaires ne l'ont pas examinée.

### IV. Analyse

[30] L'alinéa 686(1)(a) du *Code criminel* dispose que la Cour d'appel peut accueillir l'appel lorsque le verdict est déraisonnable ou ne peut s'appuyer sur la preuve, qu'une décision erronée a été rendue sur une question de droit ou qu'il y a eu erreur judiciaire. M. Araya prétend que la décision du juge d'admettre les photos en preuve, ainsi que ses directives sur l'emploi que le jury pouvait faire des photos de M. Araya et du témoignage de M. Browne, équivalent chacune à une erreur judiciaire. Au vu des moyens invoqués, j'estime que ces prétentions sont à juste titre assimilées à des affirmations selon lesquelles le juge a donné au jury des directives erronées ou n'a pas donné de directives du tout, de sorte qu'il y a eu erreurs de droit de sa part.

### A. Admissibility of Photographs

[31] It is a basic principle of the law of evidence that the probative value of a particular piece of evidence depends on the context in which it is proffered. In assessing whether evidence was admissible at trial, the trial judge's weighing of probative value and prejudicial effect is entitled to significant deference. Though this deference is not unlimited, "the trial judge's advantage of being able to assess on the spot the dynamics of the trial and the likely impact of the evidence on the jurors" provides good reason to defer to his or her weighing of the probative value against any prejudicial effect that might arise as a result of admission: *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 73.

[32] Under s. 21(2) of the *Criminal Code*, an accused may be found culpable of an offence if that person shares a common intent to commit an unlawful act with one or more other people, and one of those other people commits an offence that the defendant knew or ought to have known was a probable consequence of the plan.<sup>1</sup> In this case, Mr. Araya was convicted of manslaughter under this party liability provision; while the Crown did not assert that Mr. Araya was the shooter, it did argue that Mr. Araya was among the group of assailants, and that the shooting was a probable consequence of their plan to accost Mr. Cikovic's group in the park. Accordingly, the Crown needed to establish that Mr. Araya was in Buttonwood Park at the time of the shooting, as well as the extent of his involvement in the assailants' common intent to commit robbery and that he knew or should have known that the shooting was a probable consequence of that plan.

<sup>1</sup> Section 21(2) operates somewhat differently where a conviction is sought on a charge of murder. Under this Court's decision in *R. v. Rodney*, [1990] 2 S.C.R. 687, "[a] conviction for murder must be based on proof of subjective foresight of death" (p. 692). Thus, culpability for murder under s. 21(2) only exists where a defendant knew the killing was a probable consequence of the common plan in which he or she was a participant.

### A. Admissibilité en preuve des photos

[31] Un principe fondamental du droit de la preuve veut que la valeur probante d'un élément dépende du contexte dans lequel il est présenté. L'appréciation par le juge de la valeur probante et de l'effet préjudiciable d'un élément en vue de statuer sur son admissibilité au procès commande une grande déférence. Cette déférence n'est pas illimitée, mais parce que « le juge du procès a l'avantage d'être en mesure d'apprécier sur place la dynamique du procès et l'effet que la preuve aura vraisemblablement sur les jurés », il convient de déférer à sa mise en balance de la valeur probante de l'élément et de l'effet préjudiciable que pourrait avoir son admission (*R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 73).

[32] Selon le par. 21(2) du *Code criminel*, un accusé peut être reconnu coupable d'une infraction lorsque, avec une ou plusieurs autres personnes, il partage l'intention commune de commettre un acte illégal et que l'une ou plusieurs de ces autres personnes commettent une infraction dont il savait ou aurait dû savoir que la perpétration serait la conséquence probable du projet<sup>1</sup>. Dans la présente affaire, M. Araya a été déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en application de cette disposition sur la participation à une infraction. Le ministère public n'a pas soutenu qu'il avait abattu la victime, mais bien qu'il avait fait partie des agresseurs et que l'homicide avait été la conséquence probable du projet commun d'aborder le groupe de M. Cikovic dans le parc. Il lui fallait donc prouver que M. Araya s'était trouvé dans le parc lors des faits, ainsi que la part qu'il avait prise dans le projet commun des agresseurs de commettre un vol et le fait qu'il savait ou aurait dû savoir que l'homicide serait la conséquence probable de la mise à exécution du projet.

<sup>1</sup> Le paragraphe 21(2) s'applique quelque peu différemment dans le cas d'une accusation de meurtre. Dans l'arrêt *R. c. Rodney*, [1990] 2 R.C.S. 687, notre Cour affirme qu'« [u]ne déclaration de meurtre doit être fondée sur la preuve d'une prévision subjective de la mort » (p. 692). Dès lors, il n'y a culpabilité de meurtre pour les besoins du par. 21(2) que si l'intéressé savait que l'infliction de la mort serait la conséquence probable du projet commun auquel il était partie.

[33] Whether Mr. Araya could have been among the assailants was a critical issue in this case, because he denied being in Buttonwood Park the night of the shooting. The Crown sought to admit the post-arrest photographs of Mr. Araya as bearing on the question of identity, and defence counsel objected on the ground that the photographs were highly prejudicial. The trial judge, in ruling on the admissibility of the photographs, remarked that the jury was presented with testimony from multiple witnesses that established a set of vague physical attributes possessed by the assailants. He then noted that the jury had been able to observe Mr. Araya's appearance at trial over several weeks, and that this appearance differed considerably from Mr. Araya's appearance in 2008. He found that the photos were circumstantially relevant to the limited question of whether Mr. Araya's appearance in 2008 fit within the general descriptions provided by witnesses.

[34] Mr. Araya contends that the photos were not relevant to a live issue at trial, and thus were improperly admitted, because it was "apparent" that he did not dispute that his appearance had changed significantly between 2008 and 2011. However, even if this Court were to accept this implied concession, the issue of whether his appearance had changed is a distinct matter from the issue of whether his appearance in 2008 fit within the eyewitness descriptions. Here, Mr. Araya did not concede that his appearance fit within the general eyewitness descriptions. Accordingly, I see no reason to challenge the trial judge's finding that the photographs were relevant for this particular purpose.

[35] Mr. Araya relies on *R. v. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (Man. C.A.), for the proposition that the Crown may not adduce prejudicial evidence that bears on matters that are not in dispute. This reliance is misplaced. *Proctor* concerned the Crown's refusal to accept a "crystal clear" defence admission as to identity in order to artificially preserve an issue at trial such that highly inflammatory evidence could be adduced with reference to that

[33] La question de savoir si M. Araya avait pu se trouver parmi les agresseurs revêtait une importance cruciale, car il niait être allé au parc Buttonwood le soir du meurtre. Le ministère public a tenté de mettre en preuve, relativement à la question de l'identité, des photos de M. Araya prises après son arrestation, ce à quoi la défense s'est opposée au motif que les photos étaient très préjudiciables. Dans sa décision sur l'admissibilité des photos, le juge du procès fait observer que le jury a entendu les témoignages de nombreux témoins qui ont brossé un tableau assez flou des caractéristiques physiques des agresseurs. Il signale ensuite que, au fil des semaines qu'a duré le procès, les jurés ont eu le loisir d'examiner M. Araya et que son apparence différait alors beaucoup de celle qu'il avait en 2008. Il conclut que les photos constituaient un élément de preuve circonstancielle pertinent quant à la seule question de savoir si l'apparence de M. Araya en 2008 correspondait aux descriptions générales des témoins.

[34] M. Araya fait valoir que les photos ne se rapportaient pas à une question en litige au procès et qu'elles ont donc été admises à tort, car il ne niait « manifestement » pas avoir beaucoup changé d'apparence entre 2008 et 2011. Or, même si la Cour reconnaissait cet aveu tacite, la question de la modification de son apparence différait de celle de savoir si, en 2008, son apparence correspondait ou non aux descriptions des témoins. En l'occurrence, M. Araya n'a pas reconnu que son apparence correspondait aux descriptions générales des témoins. Je ne vois donc aucune raison de remettre en cause la conclusion du juge du procès selon laquelle les photos étaient pertinentes quant à ce point particulier.

[35] M. Araya invoque l'arrêt *R. c. Proctor* (1992), 69 C.C.C. (3d) 436 (C.A. Man.), à l'appui de sa thèse selon laquelle le ministère public ne peut présenter une preuve préjudiciable sur un point qui n'est pas en litige. Il le fait à tort car, dans cette affaire, le ministère public refusait de reconnaître l'aveu « clair et net » de la défense au chapitre de l'identité dans le but de se ménager artificiellement une question en litige au procès de telle sorte qu'il

issue: pp. 440 and 447. Here, there was no clear admission that Mr. Araya's appearance fit within the eyewitness descriptions, nor did the Crown reject an admission in an attempt to adduce inflammatory evidence; the trial judge in this case remarked that the photographs were relatively innocuous in and of themselves, and did not feature the defendant in an overtly prejudicial light. In addition, at the time the Crown sought to admit the photographs, it could not have known what would or would not be said with regard to Mr. Araya's appearance and the general eyewitness descriptions when the defence's evidence was adduced or in defence counsel's closing address. Thus, *Proctor* does not bear on the circumstances at issue in this case.

[36] Mr. Araya also asserts that, because it would have been impermissible to show the photographs of a single individual to the eyewitnesses and ask them if the person shown was the person they observed, it was impermissible to show the photographs to the jury in this case. I agree that there are particular dangers involved in showing eyewitnesses a single photograph to determine if the individual shown is the individual they saw. In such a case, there is a distinct possibility that "the person who has seen the photograph will have stamped upon his memory the face he has seen in the photograph, rather than the face he saw on the occasion of the crime": *R. v. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270 (Ont. C.A.), at p. 271. But this danger relates to the fact that the *witness's* memory, which may be given considerable persuasive weight by the jury if found to be credible and reliable, may be tainted by exposure to a single photograph: *Goldhar*, at p. 271; *R. v. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156 (Ont. C.A.), at pp. 157-58. This concern is not relevant where it is the jury who has been exposed to photographs of a single person and asked to consider whether the person shown falls within a general description. The jury has no pre-existing memory of the person's appearance to corrupt, nor is the concern about the over-persuasiveness of tainted witness testimony relevant in this context.

puisse alors offrir une preuve particulièrement incendiaire sur ce point (p. 440 et 447). En l'espèce, il n'y a pas d'aveu clair et net que l'apparence de M. Araya correspondait aux descriptions des témoins, et le ministère public n'a pas non plus écarté un aveu dans le dessein de présenter une preuve incendiaire. Le juge du procès a indiqué que les photos étaient en soi relativement inoffensives et ne jetaient pas un éclairage indûment préjudiciable sur l'accusé. Qui plus est, lorsque le ministère public a demandé l'admission en preuve des photos, il ne pouvait pas savoir ce qui serait dit ou non sur l'apparence de M. Araya et sur les descriptions générales des témoins oculaires au moment où la défense offrirait sa preuve ou présenterait sa plaidoirie finale. En conséquence, l'arrêt *Proctor* ne s'applique pas aux faits de la présente espèce.

[36] M. Araya fait valoir par ailleurs que, dans la mesure où il n'aurait pas été permis de montrer aux témoins oculaires les photos d'une seule personne et de leur demander s'il s'agissait de la personne qu'ils avaient vue, il n'était pas permis de montrer les photos au jury. Je reconnais que montrer aux témoins une seule photo pour savoir si la personne photographiée est celle qu'ils ont vue comporte des risques particuliers. En pareil cas, il existe une nette possibilité que [TRADUCTION] « la personne qui voit la photo garde en mémoire le visage alors aperçu plutôt que celui entrevu lors du crime » (*R. c. Goldhar* (1941), 76 C.C.C. 270 (C.A. Ont.), p. 271). Cependant, le risque tient au fait que la mémoire du *témoin*, à laquelle le jury peut accorder une grande valeur persuasive s'il la juge crédible et fiable, peut être influencée par la présentation d'une seule photo (*Goldhar*, p. 271; *R. c. Smierciak*, [1947] 2 D.L.R. 156 (C.A. Ont.), p. 157-158). Cette crainte n'est cependant pas justifiée lorsque c'est au jury qu'on montre des photos d'une seule personne et auquel on demande de déterminer si cette personne correspond à une description générale. Le jury n'a pas de l'apparence de la personne un souvenir préexistant qui est susceptible d'être influencé, et la crainte qu'un témoignage ainsi vicié ne soit trop persuasif n'est pas justifiée en l'espèce.

[37] Regarding the weighing of probative value and prejudicial effect, the trial judge was satisfied that “there is probative value to the jury knowing in an identification case what the accused looked like at the time of the event”. He also acknowledged Mr. Araya’s argument that the photos may have a prejudicial effect:

Since none of the eyewitnesses can identify the accused, the jury, armed with the photos, could improperly use the photos to conclude that the accused may have been there because he may have fit a general description of some eyewitnesses who could only provide vague descriptions. It is submitted by the defence that this is the risk of prejudice to the accused. [A.R., vol. VII, at p. 88]

He found that this prejudicial effect could be appropriately mitigated by a limiting instruction, and thus concluded that “the probative value of these photographs outweigh[s] the prejudicial effect”.

[38] In light of the deference afforded to trial judges on questions of balancing probative effect against prejudice, I agree with the Court of Appeal that there is no reason to disturb the finding of the trial judge that the photos were admissible.

#### B. *Adequacy of Limiting Instruction*

[39] When considering an alleged error in a trial judge’s jury instructions, “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole”: *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32, per LeBel J. Further, trial judges are to be afforded some flexibility in crafting the language of jury instructions: see *Hay*, at para. 48, citing *R. v. Avetyan*, 2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745, at para. 9. While trial judges must seek to ensure that their instructions adequately prepare the jury for deliberation, the standard for jury instructions is not perfection. Appellate review of jury instructions is meant to “ensure that juries are properly — not perfectly — instructed”: *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 62, per Lamer C.J. This Court has emphasized

[37] Après avoir soupesé la valeur probante et l’effet préjudiciable, le juge se dit d’avis que [TRADUCTION] « le fait pour le jury de savoir à quoi ressemblait l’accusé au moment des faits a valeur probante lorsque l’identification est en jeu ». Il fait également droit à la prétention de M. Araya selon laquelle les photos peuvent avoir un effet préjudiciable :

[TRADUCTION] Puisque aucun des témoins oculaires ne peut identifier l’accusé, le jury auquel les photos seraient présentées pourrait erronément en conclure que l’accusé a pu se trouver sur les lieux parce qu’il correspond à la description générale de certains témoins qui n’ont pu donner que de vagues descriptions. La défense fait valoir que là réside le risque de préjudice pour l’accusé. [d.a., vol. VII, p. 88]

Il estime que cet effet préjudiciable peut être dûment atténué par une directive restrictive et, partant, que [TRADUCTION] « la valeur probante des photos l’emporte sur leur effet préjudiciable ».

[38] Au vu de la déférence qui s’impose à l’endroit de la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable, je conviens avec la Cour d’appel que nul motif ne justifie de revenir sur la décision du juge du procès d’admettre les photos en preuve.

#### B. *Caractère adéquat de la directive restrictive*

[39] Lorsqu’elle se penche sur une erreur qui entacherait des directives au jury, « [u]ne cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32, le juge LeBel). En outre, le juge du procès doit bénéficier d’une certaine latitude dans la formulation de ses directives (voir *Hay*, par. 48 (citant *R. c. Avetyan*, 2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745, par. 9)). Il doit certes faire en sorte que ses directives préparent bien le jury à ses délibérations, mais son exposé n’a pas à être parfait. La raison d’être du contrôle en appel est d’assurer « que l[e] jur[y] reçoit des directives appropriées et non pas des directives parfaites » (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 62, le juge en chef Lamer).

that the charge generally should not be “endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163. As Bastarache J. has summarized it in *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 30:

The cardinal rule is that it is the general sense which the words used must have conveyed, in all probability, to the mind of the jury that matters, and not whether a particular formula was recited by the judge. The particular words used, or the sequence followed, is a matter within the discretion of the trial judge and will depend on the particular circumstances of the case.

Appellate courts should not examine minute details of a jury instruction in isolation. “It is the overall effect of the charge that matters”: *Daley*, at para. 31.

[40] I begin with an examination of the jury instructions. Justice McMahon’s comprehensive jury charge was delivered over a total of approximately four hours, and discussed a considerable number of factual and legal issues relevant to the jury’s deliberations, including the issue of the eyewitness descriptions and their relationship to the photographs. Because of the importance of taking a functional and contextual approach to reviewing jury instructions on appeal, the relevant portions of the charge that address the question of whether Mr. Araya was in Buttonwood Park are reproduced here. Regarding the eyewitness accounts, the trial judge instructed:

Now, members of the jury, along with all the evidence I have already reviewed on this issue about whether or not he was in the park that night, you should also consider how the people that were in the tennis court that night described the black males that came in. I want to remind you that none of the young people in the park can identify Mr. Araya as being there. Many of the people in the tennis court told you because of how dark it was, how the black males were dressed and how quickly events took place, they could not tell you what any of the males’ faces looked like.

Notre Cour a dit maintes fois qu’« on ne doit pas sans cesse disséquer les directives au jury, les soumettre à un examen détaillé et les critiquer » (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163). Dans l’arrêt *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 30, le juge Bastarache résume la règle comme suit :

La règle cardinale veut que ce qui importe soit le message général que les termes utilisés ont transmis au jury, selon toutes probabilités, et non de savoir si le juge a employé une formule particulière. Le choix des mots et l’ordre des différents éléments relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge et dépendront des circonstances.

Une cour d’appel doit se garder d’examiner isolément un élément précis des directives au jury. « C’est l’effet global de l’exposé qui compte » (*Daley*, par. 31).

[40] Je commence par l’examen de l’exposé au jury. Le juge McMahon a fait un exposé étoffé d’une durée totale d’environ quatre heures. Il a abordé un grand nombre de questions de fait et de droit pertinentes pour les délibérations du jury, y compris les descriptions des témoins oculaires et leur lien avec les photos. Vu l’importance d’une démarche fonctionnelle et contextuelle dans le cadre d’un tel contrôle en appel, je reproduis ci-après les passages pertinents de l’exposé qui touchent la question de savoir si M. Araya se trouvait ou non au parc Buttonwood. Voici les directives du juge sur le récit des témoins oculaires :

[TRADUCTION] Maintenant, membres du jury, en plus de tous les éléments de preuve que j’ai déjà passés en revue sur ce point, à savoir si l’accusé se trouvait ou non au parc ce soir-là, vous devriez également prendre en considération la manière dont les personnes qui se trouvaient au terrain de tennis ce soir-là ont décrit les hommes de race noire qui s’y sont amenés. Je vous rappelle que parmi les jeunes présents dans le parc, aucun ne peut affirmer que M. Araya s’y trouvait bel et bien. Plusieurs de ces personnes vous ont dit que, en raison de l’obscurité, de la façon dont les hommes de race noire étaient habillés et de la vitesse à laquelle les événements se sont déroulés, elles ne pouvaient vous décrire le visage des hommes en question.



Some of them were, however, able to provide vague descriptions of clothing, height and skin colour. Some were able to provide descriptions of hair style, and my recollection is none of the people described the males as having facial hair. I also believe none of the witnesses say they saw any of the males, when I say the males, the black males that came in, as having a bag or knapsack when they arrived. As you heard, these descriptions were very vague. [A.R., vol. I, at p. 94]

[41] The trial judge then instructed the jury with regard to the permissible and impermissible uses that could be made of the photographs:

Now, you have photographs of what Mr. Araya looked like five days after the shooting. I believe his evidence and Ms. Cooke's [*sic*] was that is what he looked like about that time of October 3. You can consider whether he fits or does not fit the vague descriptions provided by the various witnesses. You cannot, of course, however, conclude based only on the vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person. That would be completely improper since the descriptions are so vague and people can't identify anyone. If there are features described which are dissimilar to the accused, they may be used to demonstrate that the accused was not present.

You will recall that none of the witnesses described seeing facial hair. Now, you will have a picture of Mr. Araya taken five days later which witnesses say reflect[s] how he looked on October 3. It would appear he has some facial hair on his chin. Obviously he does not have a bushy beard. It is what it is in the picture. It will be for you to decide whether that is something that the witnesses would have noticed considering the opportunity to observe, the condition of the witnesses and the lighting conditions. [A.R., vol. I, at pp. 94-95]

[42] Finally, the trial judge instructed the jury on how the eyewitness and photographic evidence bearing on Mr. Araya's presence or absence in the park related to broader issues of culpability:

If you believe and accept the witnesses that the males were all clean shaven, then Mr. Araya could not have been one of the males. Later in my review of the witnesses, I will go over each witness' evidence and their brief description.

Toutefois, certaines d'entre elles se souvenaient vaguement de leurs vêtements, de leur taille et de la couleur de leur peau. Certaines étaient en mesure de décrire leurs coiffures et il me semble qu'aucune n'a dit qu'ils avaient des poils au visage. Je crois également qu'aucun témoin n'affirme avoir vu les hommes, c'est-à-dire les hommes de race noire qui se sont amenés, porter alors un sac ou un sac à dos. Comme vous l'avez entendu, ces descriptions étaient très vagues. [d.a., vol. I, p. 94]

[41] Le juge du procès instruit ensuite le jury sur les utilisations acceptables et inacceptables qui peuvent être faites des photos :

[TRADUCTION] À présent, vous disposez de photos qui montrent ce à quoi ressemblait M. Araya cinq jours après l'homicide. Selon son témoignage et celui de M<sup>me</sup> Cooke, c'est apparemment ce à quoi il ressemblait vers le 3 octobre. Vous pouvez vous demander si son aspect correspond ou non aux vagues descriptions des différents témoins. Toutefois, vous ne pouvez évidemment pas conclure sur le seul fondement des vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos qu'il doit être la personne. Ce serait tout à fait inapproprié puisque les descriptions sont très vagues et les témoins ne peuvent identifier personne. Si certaines des caractéristiques décrites diffèrent de celles de l'accusé, elles peuvent servir à démontrer que l'accusé n'était pas présent.

Rappelez-vous qu'aucun témoin n'a relevé de pilosité du visage. Maintenant, vous aurez une photo de M. Araya prise cinq jours plus tard qui, selon certains témoins, montre ce à quoi il ressemblait le 3 octobre. Il semble avoir quelques poils au menton. Il n'a manifestement pas de barbe fournie. C'est ce que montre la photo. Ce sera à vous de décider si c'est quelque chose que les témoins auraient remarqué compte tenu de l'occasion qu'ils avaient de le faire, de leur état et de l'éclairage. [d.a., vol. I, p. 94-95]

[42] Enfin, le juge du procès instruit le jury sur la manière dont la preuve constituée des dépositions des témoins oculaires et des photos et se rapportant à la présence ou à l'absence de M. Araya au parc touchait généralement à la culpabilité :

[TRADUCTION] Si vous accordez foi aux témoignages selon lesquels les hommes étaient tous rasés de près, alors M. Araya ne pouvait pas être l'un d'eux. Plus tard, lorsque je passerai les témoins en revue, je reviendrai sur le témoignage de chacun et sur leur brève description.

You can, however, consider how the accused looked and the vague descriptions of the males as but one piece of circumstantial evidence, whether the accused's physical appearance fit or did not fit the vague descriptions. You would consider this along with the totality of the evidence to determine whether the Crown has satisfied you beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was one of the black males who attended the tennis court.

After you consider all that evidence, if on the totality of the evidence you are not satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was in Buttonwood Park that night, the night that Mr. Boris Cikovic was shot, then you will find the accused not guilty and your deliberations would be over, and you won't go through any further steps on the decision tree.

If on the totality of the evidence you are satisfied beyond a reasonable doubt that Mr. Araya was in that park that night, then you must go on to determine if he committed any criminal offence. As I mentioned earlier, simply being present at the scene of a crime is not enough to find a person guilty of an offence. So assuming you are satisfied beyond a reasonable doubt that the accused was in the park, you would go to the next step. [A.R., vol. I, at pp. 95-97]

[43] In finding the jury instructions to be insufficiently clear, the majority at the Court of Appeal placed significant emphasis on the following sentence from para. 41 above: "You cannot, of course, however, conclude based only on the vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person." The majority found this sentence confusing for two reasons. First, the phrase "vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs" appears incongruous. The vague descriptions were of the assailants the eyewitnesses saw in the park, and not the photographs of Mr. Araya. Second, the majority found the use of the phrase "he must be the person" unclear, because it did not specify whether the jury was barred from inferring that he was only in the park or inferring that he was one of the robbers (para. 46).

Cependant, vous pouvez tenir ce à quoi ressemblait l'accusé et les vagues descriptions des hommes en cause pour un seul élément de preuve circonstancielle, que l'apparence physique de l'accusé corresponde ou non aux vagues descriptions. Vous prendrez alors cet élément en considération de pair avec l'ensemble de la preuve pour déterminer si le ministère public vous convainc ou non, hors de tout doute raisonnable, que M. Araya est l'un des hommes de race noire qui se sont amenés au terrain de tennis.

Si, après avoir considéré tous ces éléments et au vu de l'ensemble de la preuve, vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Araya se trouvait au parc Buttonwood ce soir-là, celui où M. Boris Cikovic a été abattu, vous le déclarerez non coupable, ce qui mettra un terme à vos délibérations, et vous n'irez pas plus loin dans l'arbre décisionnel.

Si, au vu de l'ensemble de la preuve, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable que M. Araya se trouvait au parc ce soir-là, vous devrez ensuite déterminer s'il a commis une infraction criminelle. Comme je l'ai mentionné, le seul fait qu'une personne se trouve sur les lieux d'un crime ne suffit pas pour la déclarer coupable d'une infraction. Ainsi, dans l'hypothèse où vous seriez convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé se trouvait au parc, vous passerez à l'étape suivante. [d.a., vol. I, p. 95-97]

[43] Pour conclure que les directives au jury n'étaient pas suffisamment claires, les juges majoritaires de la Cour d'appel insistent beaucoup sur la phrase suivante de l'extrait précité (par. 41) : « Toutefois, vous ne pouvez évidemment pas conclure sur le seul fondement des vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos qu'il doit être la personne. » Ils concluent que la phrase prête à confusion sous deux rapports. Premièrement, il paraît incongru de parler de « vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos ». Les vagues descriptions visaient les agresseurs aperçus dans le parc par les témoins oculaires, et non les photos de M. Araya. Deuxièmement, la formule « il doit être la personne » manque de clarté, car elle ne précise pas l'objet de ce que le jury ne peut inférer : soit que l'accusé était seulement dans le parc, soit qu'il était un des voleurs (par. 46).

[44] With respect, these concerns are overstated when viewed in the context of the broader instructions. Regarding the apparent ambiguity about the phrase “vague descriptions of what Mr. Araya looked like in the photographs”, this phrasing appears to be a minor misstatement. A clarified articulation in the judge’s oral charge would have stated that the jurors could not draw conclusions about identity based only on the general descriptions *and* what Mr. Araya looked like in the photographs. Indeed, the written charge to the jury stated exactly this in instructing that the jury could not “conclude based only on the vague descriptions and what Mr. Araya looked like in the photographs, that he must be the person” (emphasis added). I would not go so far as to suggest that all flaws in oral jury instructions may be remedied by corrected written instructions alone, as some jurors may place significant weight on what they hear in the courtroom. But where the criticism of oral jury instructions rests on the possibility that the jurors may have been confused, including unambiguous language in the written instructions helps ensure that jurors who found themselves confused would have had access to that clarified language for reference.

[45] Further, in the context of the oral jury charge itself, the trial judge adopted a clear phrasing moments later when he instructed the jury that “[y]ou can, however, consider how the accused looked and the vague descriptions of the males as but one piece of circumstantial evidence, whether the accused’s physical appearance fit or did not fit the vague descriptions” (emphasis added). This statement further clarifies the logical relationship between the photos and the vague descriptions.

[46] Regarding the second issue, that the jury may have been confused by the phrase “he must be the person”, the majority at the Court of Appeal was concerned that this phrasing did not make it clear exactly which inferences would be improper to draw based only on the eyewitness descriptions and the photos. Specifically, given the general nature of the evidence, it would have been impermissible to infer from the eyewitness descriptions and the photos alone whether Mr. Araya was in the park or part of

[44] Soit dit en tout respect, ces préoccupations sont exagérées eu égard au contexte des directives dans leur ensemble. En ce qui concerne l’ambiguïté apparente du renvoi aux « vagues descriptions de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos », il me paraît s’agir d’une légère erreur de formulation. Le juge se serait exprimé plus clairement s’il avait dit aux jurés qu’ils ne pouvaient tirer de conclusions sur l’identité seulement à partir des descriptions générales *et* de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos. De fait, dans ses directives écrites, c’est exactement ce qu’il invite le jury à se garder de faire, à savoir [TRADUCTION] « conclure, sur le seul fondement des vagues descriptions et de ce à quoi ressemblait M. Araya sur les photos, qu’il doit être la personne » (je souligne). Je n’irais pas jusqu’à dire que toute lacune de directives orales au jury peut être corrigée par la seule communication de directives écrites appropriées, puisque certains jurés peuvent accorder une grande importance à ce qu’ils entendent en salle d’audience. Toutefois, lorsque la lacune tient à la possibilité que les directives aient pu semer la confusion chez les jurés, le fait de recourir à une formulation non ambiguë dans les directives écrites contribue à faire en sorte que les jurés s’y retrouvent grâce à ce texte plus limpide.

[45] Qui plus est, dans le contexte de l’exposé oral comme tel, le juge du procès clarifie son propos un peu plus loin lorsqu’il dit aux jurés : [TRADUCTION] « Cependant, vous pouvez tenir ce à quoi ressemblait l’accusé et les vagues descriptions des hommes en cause pour un seul élément de preuve circonstancielle, que l’apparence physique de l’accusé corresponde ou non aux vagues descriptions » (je souligne). Dès lors, le lien logique entre les photos et les vagues descriptions est clarifié.

[46] En ce qui concerne le deuxième point, c’est-à-dire le risque que le jury ait été dérouté par la formulation [TRADUCTION] « il doit être la personne », les juges majoritaires de la Cour d’appel s’interrogent quant à savoir si les jurés se sont vu indiquer clairement les inférences qu’ils devaient se garder de tirer sur le seul fondement des descriptions des témoins oculaires et des photos. Plus particulièrement, vu le caractère général de la preuve, il aurait été inacceptable de déterminer, à partir seulement

the group of assailants. However, two paragraphs later in the trial judge's instructions, he notes that "[i]f you believe and accept the witnesses that the males were all clean shaven, then Mr. Araya could not have been one of the males." Not only does this latter statement emphasize the exculpatory features of the photographs in a way that would seem to help minimize the danger that they would be highly prejudicial to Mr. Araya, it further emphasizes that the inferences relevant to the photographs are those that would place Mr. Araya with the assailants in the park.

[47] From the entirety of the jury instructions and the context of the trial, it is clear that "the males" refers to the group of male assailants in Buttonwood Park. While I do not dispute that the phrase "he must be the person" could have been made more explicit, it seems reasonably clear in the context of this case that inferring that Mr. Araya was "the person" meant inferring that he was in Buttonwood Park and among the assailants. Having regard to the context of the jury instructions, I am not persuaded that the jury would have been confused by the phrase "he must be the person".

[48] Before this Court, counsel for Mr. Araya argued that the trial judge erred further in instructing the jury with regard to the extent of Mr. Araya's facial hair at the time of the shooting, and whether the witnesses would have observed it. The trial judge instructed that "[i]t will be for you to decide whether [Mr. Araya's facial hair, as shown in the post-arrest photographs,] is something that the witnesses would have noticed considering the opportunity to observe, the condition of the witnesses and the lighting conditions."

[49] It was asserted by Mr. Araya's counsel that this instruction is problematic because it amounts to an assumption that Mr. Araya was in the park. I cannot agree. Taken in context, it cannot fairly be said to expressly or impliedly assume that he was in the park. The very next sentence in the jury charge instructs the jury that if they believe the witnesses that

des descriptions des témoins et des photos, que M. Araya se trouvait ou non au parc ou qu'il faisait partie ou non des agresseurs. Toutefois, deux paragraphes plus loin, le juge du procès fait remarquer : [TRADUCTION] « Si vous accordez foi aux témoignages selon lesquels les hommes étaient tous rasés de près, alors M. Araya ne pouvait pas être l'un d'eux. » En plus de souligner les caractéristiques disculpatoires des photos d'une manière qui paraît contribuer à diminuer le risque d'effet très préjudiciable sur M. Araya, le juge ajoute que les inférences qui peuvent être tirées des photos sont celles voulant que M. Araya se soit trouvé au parc parmi les agresseurs.

[47] Au vu de l'exposé global et du contexte du procès, il est manifeste que « les hommes » renvoie au groupe d'agresseurs qui a sévi dans le parc Buttonwood. Je reconnais que l'énoncé « il doit être la personne » aurait pu être plus explicite, mais il semble raisonnablement clair en l'espèce que l'inférence selon laquelle M. Araya était « la personne » s'entendait de l'inférence selon laquelle il se trouvait au parc Buttonwood et faisait partie des agresseurs. Eu égard au contexte des directives, je ne suis pas convaincu que le jury a été dérouté par les mots « il doit être la personne ».

[48] Devant notre Cour, l'avocat de M. Araya fait valoir que le juge du procès a eu tort d'attirer l'attention du jury sur le degré de pilosité du visage de M. Araya à l'époque de l'homicide et sur la question de savoir si c'était quelque chose que les témoins auraient remarqué. Le juge du procès dit : [TRADUCTION] « Ce sera à vous de décider si [la pilosité du visage de M. Araya révélée par les photos prises après son arrestation est] quelque chose que les témoins auraient remarqué compte tenu de l'occasion qu'ils avaient de le faire, de leur état et de l'éclairage. »

[49] Selon l'avocat de M. Araya, cette directive est problématique en ce qu'elle revient à présumer que M. Araya se trouvait au parc. Je ne peux être d'accord. Située dans son contexte, on ne peut valablement prétendre qu'elle établit explicitement ou implicitement une telle présomption. Dans la phrase qui la suit, le juge dit au jury que s'il accorde foi aux

all of the assailants were clean-shaven, Mr. Araya could not have been among them. Thus, the possibility that Mr. Araya may not have been in the park or among the assailants was expressly acknowledged. Reading these two statements together, I do not find that there was a significant risk that the jury may have been improperly swayed by the instruction regarding whether the witnesses would have been able to observe Mr. Araya's facial hair. It remained sufficiently clear that the question of whether Mr. Araya was in the park or among the assailants was one for the jury to decide.

[50] It is worth noting that neither counsel invited the jury to follow the impermissible line of reasoning or use the photographs in the problematic manner suggested by the majority of the Court of Appeal. That is not to say that a flawed instruction could not by itself give rise to a miscarriage of justice, but it is a relevant consideration in evaluating the context of the jury instructions.

[51] It is also relevant that Mr. Araya's trial counsel (not counsel on appeal) — the person in the courtroom most attuned to Mr. Araya's interests — did not object to the allegedly confusing and insufficient instruction at trial. This failure to object suggests that the phrasing of this instruction, heard in its full context in the courtroom, did not sound likely to confuse or to invite improper reasoning. This Court has stated that while defence counsel's failure to object to jury instructions is not determinative on appeal, it nonetheless "says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection": *Jacquard*, at para. 38.

[52] Parsing the language in one particular sentence to determine whether it was sufficient to warn of an impermissible line of reasoning, without taking into consideration the greater context of the jury instructions and the trial itself, represents the kind of dissection and minute scrutiny this Court warned against in *Cooper*. While the instruction regarding

témoignages selon lesquels les agresseurs étaient tous rasés de près, M. Araya ne peut s'être trouvé parmi eux. Le juge reconnaît donc expressément la possibilité que M. Araya ne se soit pas trouvé au parc ou qu'il n'ait pas été au nombre des agresseurs. Ces deux énoncés considérés ensemble, je ne crois pas qu'il y ait eu un risque important que le jury soit indûment influencé par la directive sur la question de savoir si les témoins auraient pu ou non remarquer la pilosité du visage de M. Araya. Il demeurerait suffisamment clair qu'il appartenait au jury de décider si M. Araya s'était trouvé au parc ou s'il avait été au nombre des agresseurs.

[50] Il convient de signaler que ni l'un ni l'autre des avocats n'ont invité le jury à tenir le raisonnement inacceptable en cause ou à tirer des photos les inférences problématiques dont font mention les juges majoritaires de la Cour d'appel. Ce n'est pas qu'une directive lacunaire ne puisse en soi entraîner une erreur judiciaire, mais il s'agit d'une considération valable pour apprécier le contexte des directives.

[51] Il convient aussi de mentionner que l'avocat qui a représenté M. Araya au procès (mais non en appel) — c'est-à-dire la personne qui, dans la salle d'audience, avait le plus à cœur les intérêts de M. Araya — ne s'est pas opposé à la directive dont on allègue le caractère déroutant et insuffisant. Cette omission permet de conclure que la formulation de la directive, dans son contexte global en salle d'audience, ne paraissait pas susceptible de créer de la confusion ou d'inciter au raisonnement infondé. Dans l'arrêt *Jacquard*, notre Cour affirme que même si l'omission de l'avocat de la défense de s'opposer à l'exposé n'est pas concluante en appel, elle demeure « révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (par. 38).

[52] Réduire l'exposé à la formulation d'une phrase en particulier pour déterminer s'il met suffisamment le jury en garde contre un raisonnement inacceptable, sans tenir compte de son contexte général ni du procès comme tel, revient justement à le disséquer et à le soumettre à un examen détaillé, ce contre quoi notre Cour met en garde dans l'arrêt

impermissible use was not perfect, I would emphasize Dickson C.J.'s comments in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692, that “it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. This line of thinking could seriously undermine the entire jury system” (emphasis in original). In this case, there does not appear to be a considerable risk that the jury would have, as a consequence of minor imperfections with the jury instructions, abandoned their common sense and adopted the clearly flawed reasoning that because Mr. Araya's appearance fit within a broad description that could have encompassed a great many individuals, he must have been in Buttonwood Park.

[53] Finally, in assessing the overall adequacy of the jury instructions, the majority of the Court of Appeal emphasized that “this was not a strong Crown case” (para. 49). Before this Court, Mr. Araya's counsel further urged that the adequacy of the jury instructions should be evaluated in light of the strength of the Crown's case. I agree with the Crown that the strength of its case was not a proper consideration in evaluating the adequacy of the jury instructions. As this Court observed in *R. v. Hibbert*, 2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445, at para. 43, per Arbour J., the proper order of inquiry in evaluating jury instructions requires judges first to look to the adequacy of the instructions. Only then, if they are found inadequate, must the nature and effect of the error in the instructions be determined with reference to the strength of the Crown case, in the context of the curative proviso framework of s. 686(1)(b)(iii).

[54] In my opinion, the foregoing establishes that the risk of a juror actually using the photographs as the basis for an impermissible line of reasoning in the context of this case was appropriately minimized both by the fact that Crown counsel did not urge the jury to adopt impermissible lines of inference and by the trial judge's charge to the jury. Accordingly, I am satisfied that the limiting instruction, taken in context, was adequate.

*Cooper*. La directive du juge sur l'utilisation inacceptable n'était pas parfaite, mais le juge en chef Dickson dit ce qui suit dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692 : « . . . on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. En effet, une telle attitude pourrait nuire gravement à l'ensemble du système de jurys » (souligné dans l'original). En l'espèce, il ne semble pas y avoir eu un grand risque que le jury, à cause de légères imperfections de l'exposé, perde tout bon sens et adhère au raisonnement manifestement erroné selon lequel M. Araya devait forcément s'être trouvé au parc Buttonwood puisque son apparence correspondait à une description générale qui aurait pu être celle de bien des gens.

[53] Enfin, dans leur appréciation du caractère globalement suffisant de l'exposé au jury, les juges majoritaires de la Cour d'appel signalent que, [TRADUCTION] « en l'espèce, la preuve du ministère public n'était pas très solide » (par. 49). Devant notre Cour, l'avocat de M. Araya fait en outre valoir que le caractère suffisant de l'exposé au jury doit être apprécié à l'aune de la solidité de la preuve du ministère public. Je conviens avec le ministère public que la solidité de sa preuve ne saurait jouer dans l'appréciation du caractère suffisant de l'exposé au jury. Dans l'arrêt *R. c. Hibbert*, 2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445, par. 43, la juge Arbour fait observer que lorsqu'il s'agit d'apprécier des directives au jury, il faut d'abord considérer leur caractère suffisant. Ce n'est que si elles sont jugées inadéquates que la nature et l'effet de l'erreur dont elles sont entachées doivent être déterminés au regard de la solidité de la preuve du ministère public, pour les besoins de l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

[54] À mon avis, les considérations qui précèdent permettent de conclure que le risque qu'un juré utilise de fait les photos pour échafauder un raisonnement inacceptable a été adéquatement atténué tant par l'exhortation du jury par l'avocat du ministère public à ne pas tirer d'inférences inacceptables que par l'exposé du juge du procès. Je suis donc convaincu que, située dans son contexte, la directive restrictive était suffisante.

### C. *Characterization of the Testimony of Mr. Browne*

[55] Mr. Araya emphasizes certain inconsistencies between Mr. Browne’s testimony and police statement about the school conversation on October 7, 2008 and argues that, in light of these inconsistencies, it was an error for the trial judge to refer to that conversation as a “confession” in the jury instructions. Three questions are relevant in addressing this argument: first, what was the nature of the alleged inconsistencies between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial? Second, did the trial judge err in his consideration of those inconsistencies? Third, did the trial judge err in labeling the school conversation a “confession” in the jury instructions?

#### (1) Inconsistencies Between Mr. Browne’s Police Statement and His Trial Testimony

[56] Mr. Araya points to several phrases that he argues establish significant inconsistencies between Mr. Browne’s police statement and his testimony at trial. Further, he says that Mr. Browne’s testimony contained his interpretation of Mr. Araya’s words, rather than the exact words used by Mr. Araya during the school conversation (R.F., at para. 53), and that the manner in which the testimony was framed for the jury in the jury instructions constituted a miscarriage of justice. (As indicated earlier, I am of the opinion that this is better characterized as an allegation that the trial judge erred in law.) I will first consider each of the alleged inconsistencies. I will then consider whether the jury instructions respecting those alleged inconsistencies were adequate given the potentially inconsistent nature of Mr. Browne’s statements. However, in considering each alleged inconsistency, it is important to observe that the analysis of any particular phrase, removed from the context of the trial record and jury instructions, should not be given undue weight in evaluating the adequacy of the jury charge as a whole. Rather, analysis of these phrases informs the broader contextual inquiry into whether the jury was adequately instructed on how, as a matter of law, they could consider Mr. Browne’s statements.

### C. *Qualification du témoignage de M. Browne*

[55] Monsieur Araya relève certaines contradictions entre le témoignage et la déposition de M. Browne sur l’entretien du 7 octobre 2008 à l’école. Il soutient que, au vu de ces contradictions, le juge du procès a eu tort, dans ses directives, de voir un « aveu » dans les propos qu’il a alors tenus. La prétention soulève trois questions. Premièrement, quelle est la nature des contradictions alléguées entre la déposition de M. Browne aux policiers et son témoignage au procès? Deuxièmement, le juge a-t-il commis une erreur dans son analyse de ces contradictions? Troisièmement, a-t-il eu tort de qualifier l’entretien à l’école d’« aveu » dans ses directives au jury?

#### (1) Les contradictions entre la déposition de M. Browne et son témoignage

[56] Monsieur Araya invoque l’existence de contradictions importantes entre la déposition de M. Browne et son témoignage et donne plusieurs exemples à l’appui. En outre, dans son témoignage, M. Browne aurait interprété les propos de M. Araya lors de leur entretien à l’école au lieu de rapporter ses paroles exactes (m.i., par. 53), et la manière dont le juge présente le témoignage au jury dans ses directives constituerait une erreur judiciaire. (Je rappelle que, à mon sens, il est plus juste de parler d’une allégation selon laquelle le juge a commis une erreur de droit.) J’examinerai d’abord chacune des contradictions alléguées, puis la question de savoir si les directives s’y rapportant étaient suffisantes compte tenu du caractère éventuellement contradictoire des déclarations de M. Browne. Il importe toutefois de signaler que, dans l’examen de chacune des contradictions alléguées, il n’y a pas lieu d’accorder, pour apprécier le caractère suffisant de l’exposé au jury dans son ensemble, une importance indue à l’analyse d’un énoncé en particulier soustrait au contexte du dossier de l’instruction et de l’exposé au jury. L’examen des énoncés est plutôt de nature à éclairer l’analyse contextuelle globale du caractère suffisant de la directive du juge sur la manière dont le droit permettait au jury de considérer les déclarations de M. Browne.

[57] First, Mr. Browne indicated in his police statement that Mr. Araya told him “[t]hey rolled up on these guys” in the park, while at trial he testified that Mr. Araya said “[w]e rolled up on these guys” (R.F., at para. 55 (emphasis in factum)). Mr. Araya asserts that the first phrasing indicates that he was not participating in the robbery that led to the shooting, while the second phrasing suggests he was an active participant (R.F., at para. 55). He argues that the two statements are fundamentally inconsistent, and that the critical implication that he was a participant in the robbery arose out of Mr. Browne’s interpretation of Mr. Araya’s comments, and not from Mr. Araya’s actual words during the school conversation. Put briefly, Mr. Araya argues that Mr. Browne’s police statement should be taken as accurate and exculpatory, while his statements at trial should be viewed as an impermissible interpretive spin on Mr. Araya’s actual words.

[58] Examining these two phrases in greater context, I am not persuaded that they are irreconcilable. During his police statement, Mr. Browne occasionally spoke in sentence fragments and mixed his recollections of Mr. Araya’s actual words with his own summaries of Mr. Araya’s words and with recollections of his own words. Regarding the issue of who rolled up on Mr. Cikovic’s group in the park, Mr. Browne described this portion of the conversation to the police as follows: “And [Mr. Araya] went on to explain basically that he said, no, he didn’t want to be involved in it but they rolled up on the guys anyway.” By contrast, Mr. Browne’s testimony at trial was that “the summary would be I was there, I was involved. We rolled up on some guys. I didn’t have the gun, things went down, someone got hit, but I wasn’t the one carrying the gun.”

[59] In my view, Mr. Browne’s police statement that “they rolled up on the guys” could have been a direct recollection of Mr. Araya’s specific use of the word “they” — doing so could have been Mr. Araya’s way of distancing himself from the assailants by removing himself from the group. Alternately, this phrase could have been Mr. Browne speaking about Mr. Araya and the rest of the group

[57] Premièrement, dans sa déposition aux policiers, M. Browne a affirmé que M. Araya lui avait dit [TRADUCTION] « ils [ont] abordé ces gars-là » dans le parc, alors que, selon son témoignage au procès, M. Araya lui aurait dit « on a abordé ces gars-là » (m.i., par. 55 (souligné dans le mémoire)). Selon M. Araya, le premier énoncé indique qu’il n’a pas participé au vol qualifié qui a mené à l’homicide, et le second, qu’il y a participé activement (m.i., par. 55). Il ajoute que les deux déclarations sont foncièrement incompatibles et que l’implication cruciale selon laquelle il a participé au vol qualifié découle de l’interprétation de ses propos par M. Browne, et non de ses propos lors de l’entretien à l’école. Bref, M. Araya plaide que la déposition de M. Browne doit être tenue pour exacte et disculpatoire, et son témoignage au procès pour une interprétation inadmissible de ses paroles véritables.

[58] Je ne suis pas convaincu que, situés dans leur contexte général, les deux énoncés sont incompatibles. Dans sa déposition, M. Browne s’exprime parfois au moyen de bouts de phrases où son souvenir de ce que M. Araya a effectivement dit s’entremêle avec son résumé de ce que M. Araya a dit ainsi qu’avec son souvenir de ce que lui-même a dit. Quant à savoir qui avait « abordé » le groupe de M. Cikovic dans le parc, voici comment M. Browne a décrit aux policiers cette partie de l’entretien : [TRADUCTION] « Puis [M. Araya] a expliqué essentiellement qu’il avait dit non, qu’il ne voulait pas le faire, mais qu’ils avaient abordé les gars quand même. » Par contre, dans son témoignage au procès, M. Browne a affirmé ce qui suit : « . . . le résumé serait j’étais là, j’ai participé. On a abordé des gars. Je n’avais pas l’arme à feu, les choses ont mal tourné, quelqu’un a été touché, mais ce n’est pas moi qui avais l’arme à feu. »

[59] À mon avis, on peut voir dans la déposition de M. Browne aux policiers selon laquelle M. Araya avait dit [TRADUCTION] « ils ont abordé les gars » le souvenir de l’emploi exprès par M. Araya du pronom « ils » et la volonté de ce dernier de se dissocier des agresseurs en s’excluant du groupe. Ou alors, M. Browne a pu vouloir dire que M. Araya et les autres agresseurs avaient abordé ensemble le



of assailants rolling up on Mr. Cikovic's group together after Mr. Araya's initial protest. It does not seem unreasonable that the jury could have interpreted Mr. Browne's use of "they" in this latter sense. Nor do these statements necessarily establish that Mr. Browne was spinning Mr. Araya's words during his testimony at trial to make them seem more inculpatory than the statements he initially reported to police.

[60] Second, Mr. Araya emphasizes that at trial, Mr. Browne described his recollection of Mr. Araya's statement as follows: "Well, you know, someone got shot but I -- I didn't do it. I was there, I was involved, but I didn't do it. I didn't have the gun" (emphasis added). By contrast, during his police statement, Mr. Browne described Mr. Araya's statement as follows:

... I said what about [the shooting in Buttonwood Park] and he's like well I was there but I wasn't involved and I said what do you mean Nahoor? And he's like, I was there but I wasn't involved, I didn't have the gun and he went on to explain basically that um he had said no he didn't want to be involved in it but they rolled up on the guys anyway. [Emphasis added; A.R., vol. VII, at pp. 138-39.]

Mr. Araya asserts that Mr. Browne's initial statement to the police ("I was there but I wasn't involved") was his recollection of what Mr. Araya said to him, while what Mr. Browne said at trial ("I was there, I was involved, but I didn't do it") was his interpretation of Mr. Araya's statements (see R.F., at para. 53).

[61] Mr. Browne gave additional testimony that creates some ambiguity about whether Mr. Araya actually admitted to "involvement" in the robbery, despite his protestations that the group should not go through with it. Mr. Browne testified that he understood Mr. Araya's statement that he was present in the park as implying involvement in the robbery: "... him being there, I'm interpreting it as he's involved" (emphasis added). However, when asked by defence counsel immediately after that statement whether "it's only your interpretation that

groupe de M. Cikovic après les réticences exprimées initialement par M. Araya. Il ne paraît pas déraisonnable que le jury ait pu interpréter l'emploi du mot « ils » dans ce dernier sens. Ses déclarations n'établissent pas nécessairement non plus que, au procès, il a rapporté les propos de M. Araya de manière défavorable afin de les rendre plus incriminants que ceux relatés dans sa déposition initiale.

[60] Deuxièmement, M. Araya souligne que, au procès, M. Browne a relaté comme suit son souvenir de ce qu'il lui avait dit : [TRADUCTION] « Eh bien, vous savez, quelqu'un a été tué, mais je -- ce n'est pas moi qui ai tiré. J'étais présent, j'ai participé, mais je n'ai pas tiré. Je n'avais pas l'arme à feu » (je souligne). À l'opposé, dans sa déposition, M. Browne a relaté en ces termes les propos de M. Araya :

[TRADUCTION] ... j'ai dit, qu'en est-il [de l'homicide au parc Buttonwood] et puis lui il dit, eh bien j'étais là, mais je n'ai pas participé et j'ai dit, que veux-tu dire, Nahoor? Et lui il a dit, j'étais là, mais je n'ai pas participé, je n'avais pas l'arme à feu, puis il explique essentiellement que, euh, il a dit non, il ne voulait pas participer à ça, mais qu'ils ont quand même abordé les gars. [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 138-139.]

Monsieur Araya fait valoir que la déposition initiale de M. Browne (« j'étais là, mais je n'ai pas participé ») correspond au souvenir de M. Browne de ce qu'il lui a dit, alors que le résumé présenté au procès (« J'étais présent, j'ai participé, mais je n'ai pas tiré ») correspond à l'interprétation de ses propos par M. Browne (voir m.i., par. 53).

[61] Le témoignage de M. Browne renferme d'autres ambiguïtés concernant la reconnaissance réelle par M. Araya de sa « participation » au vol malgré son opposition à ce que le groupe mette son plan à exécution. Selon son interprétation, la déclaration de M. Araya voulant qu'il ait été présent dans le parc permettait de conclure à sa participation au vol qualifié : [TRADUCTION] « ... le fait d'avoir été là, pour moi, signifiait qu'il avait participé » (je souligne). Cependant, lorsque l'avocat de la défense lui a demandé tout de suite après « lorsque vous

he was involved in rolling up”, Mr. Browne clarified: “No, he said that he was there and that they decided to roll up on this guy. He was one of the guys saying no. Something went down, someone was hit, and now he’s seeking my advice as to what he should do about his involvement in this matter.” While Mr. Browne expressly denied that his testimony contained any interpretive spin, it appears that his testimony contained both efforts to recall Mr. Araya’s actual words as well as statements that could be read as Mr. Browne’s interpretation of the meaning of those words. Even if this statement to the police were to be considered inconsistent, however, it must nonetheless be considered in the context of the rest of Mr. Browne’s testimony and the trial judge’s instructions to the jury in this regard.

[62] Third, regarding Mr. Browne’s own statements to Mr. Araya during the school conversation, Mr. Araya argues that there is an important difference between Mr. Browne’s testimony that he told him to “inform the authorities” and his testimony that he told him to “turn [your]self in” (R.F., at para. 55). Mr. Araya argues that the phrase “inform the authorities” is more appropriately said to a witness, rather than a participant in a crime, and that this inconsistency, combined with the other alleged inconsistencies in Mr. Browne’s testimony, made it wrong for the trial judge to use the word “confession” in the jury instructions (R.F., at para. 57). I am not persuaded by Mr. Araya’s argument that the use of the phrase “inform the authorities” should be given significant weight on appeal in determining whether the trial judge acted improperly in using the word “confession” as he did in the jury instructions. Examining Mr. Browne’s testimony regarding the school conversation as a whole, his memory of his words to Mr. Araya was imperfect, but he recalls telling him to inform the authorities with the understanding that this phrase meant to turn himself in.

[63] The context of Mr. Browne’s testimony thus indicates some uncertainty about the exact words he and Mr. Araya used in their conversation at school, as well as his explanation for that uncertainty, which the jury was entitled to consider. Further,

affirmez qu’il faisait partie des agresseurs, s’agit-il seulement de votre interprétation? », M. Browne a précisé « [n]on, il a dit qu’il était là et qu’ils avaient décidé d’aborder le gars. Il était l’un de ceux qui disaient non. Quelque chose avait mal tourné, quelqu’un avait été atteint et il me demandait alors conseil sur ce qu’il devait faire étant donné sa participation à l’affaire. » Même si M. Browne a expressément nié la présence de tout élément tendancieux dans son témoignage, il appert de celui-ci qu’il s’est efforcé de se rappeler les paroles exactes de M. Araya mais que certaines de ses déclarations peuvent correspondre à son interprétation de ces paroles. Toutefois, même si sa déposition aux policiers devait être tenue pour incompatible, elle doit néanmoins être considérée dans le contexte de l’ensemble de son témoignage et des directives du juge y afférentes.

[62] Troisièmement, en ce qui concerne les propos que M. Browne aurait lui-même tenus lors de l’entretien à l’école, M. Araya soutient que le témoignage de M. Browne selon lequel il lui aurait dit [TRADUCTION] « d’informer les autorités » diffère sensiblement de celui selon lequel il lui aurait dit « de [s]e rendre » (m.i., par. 55). Monsieur Araya fait valoir que l’on invite normalement un témoin, et non un participant à un crime, à « informer les autorités », et qu’à cause de cette contradiction, conjuguée à d’autres qui entacheraient le témoignage de M. Browne, le juge du procès a eu tort d’employer le mot « aveu » dans ses directives au jury (m.i., par. 57). Je ne suis pas convaincu qu’il faut accorder beaucoup d’importance en appel à l’utilisation des termes « informer les autorités » pour déterminer si le juge du procès a eu tort d’employer le mot « aveu » dans ses directives. Il appert du témoignage global de M. Browne sur l’entretien des deux hommes à l’école qu’il ne se souvenait pas exactement de ce qu’il avait dit à M. Araya, mais qu’il se souvenait de lui avoir dit d’informer les autorités dans le sens de se rendre à la police.

[63] Le contexte du témoignage de M. Browne révèle donc l’existence d’une incertitude quant aux paroles exactes de M. Araya et aux siennes lors de l’entretien à l’école — de même que son explication de cette incertitude — qu’il était loisible au jury de

the trial judge did take note of inconsistencies in Mr. Browne's testimony in his jury instructions, framing them as follows:

Cordel Browne told you in examination-in-chief that Mr. Araya told him he was there and involved in the robbery but not the shooting. In cross-examination he was asked about the video statement he gave to the police the day after that conversation. He admitted telling the police that Mr. Araya said he was not involved. He also admitted that what he told the police was the truth. He also provided an explanation for the difference between what he said here and what he said in his earlier statement. Since it would appear Mr. Browne adopted his prior statement, you may consider that as part of his evidence. You must also consider his explanation for the differences. [A.R., vol. I, at p. 38]

[64] Given the possible interpretations of Mr. Browne's police statement and testimony, and of his testimony regarding the meaning of the inconsistencies, I do not find that the trial judge's instruction regarding how the jury was to consider Mr. Browne's evidence amounted to misdirection. Where there were possible inconsistencies between Mr. Browne's police statement and trial testimony, the jury was properly instructed to evaluate these differences.

[65] Even if one were to find some amount of interpretive spin in Mr. Browne's testimony about Mr. Araya's statements on October 7, 2008, as, for example, where he discusses the meaning of the word "involved", the trial judge's jury instructions also expressly warned the jury about the dangers of such testimony. The jury was instructed that it was "what Mr. Browne was told that is relevant, not what Mr. Browne thinks Mr. Araya meant by what he said". Accordingly, I am not persuaded that the trial judge misdirected the jury in relation to Mr. Browne's evidence.

(2) Characterizing the School Conversation as a "Confession"

[66] Mr. Araya argues that the inconsistencies in Mr. Browne's testimony and the exculpatory nature

prendre en considération. De plus, dans ses directives au jury, le juge du procès signale comme suit les contradictions du témoignage de M. Browne :

[TRADUCTION] Cordel Browne vous a affirmé en interrogatoire principal que M. Araya lui avait dit qu'il avait été présent et qu'il avait participé au vol qualifié, mais non à l'homicide. En contre-interrogatoire, on l'a interrogé sur sa déposition recueillie sur bande vidéo au lendemain de cet entretien. Il a admis avoir dit à la police que M. Araya avait dit ne pas avoir participé. Il a également reconnu avoir dit la vérité aux policiers. Il a en outre fourni une explication de la différence entre ce qu'il avait dit au procès et ce qu'il avait dit dans sa déclaration antérieure. Puisque M. Browne semble maintenir celle-ci, vous pouvez y voir une partie de son témoignage. Vous devez également prendre en considération son explication des différences. [m.i., vol. I, p. 38]

[64] Au vu des interprétations possibles de la déposition de M. Browne et de son témoignage, et compte tenu de ses dires sur la signification des contradictions, j'estime que la directive du juge sur la manière dont le jury devait considérer le témoignage de M. Browne n'était pas erronée. Lorsque des contradictions étaient susceptibles d'opposer la déposition de M. Browne à son témoignage au procès, le jury a reçu les directives voulues pour apprécier ces différences.

[65] Même si on devait conclure que, dans son témoignage sur les propos tenus par M. Araya le 7 octobre 2008, M. Browne interprète ceux-ci de manière tendancieuse, notamment lorsqu'il se penche sur la notion de « participation », les directives mettent expressément le jury en garde contre le risque d'ajouter foi à un tel témoignage. Le juge précise que [TRADUCTION] « ce qui importe c'est ce qui a été dit à M. Browne, et non ce que M. Browne pense que M. Araya voulait dire ». Par conséquent, je ne suis pas persuadé que le juge a donné des directives erronées sur le témoignage de M. Browne.

(2) Assimilation de l'entretien à l'école à un « aveu »

[66] Monsieur Araya soutient qu'il est préjudiciable et donc inadmissible de qualifier l'entretien

of Mr. Araya's statements as initially recounted by Mr. Browne during his police statement make it impermissibly prejudicial to describe the school conversation as a "confession". In this regard, Mr. Araya takes issue with the following jury instruction:

It is submitted that on October 7, 2008, Mr. Araya confessed to being one of the group of males who "rolled up" to rob Mr. Cikovic and his friends in Buttonwood Park on the evening of October 3, 2008. It is submitted he told his teacher, Mr. Browne, that he did not have the gun, he did not fire the shot, but that he was part of the group that "rolled up." It is the Crown's position that in this context, Mr. Araya was using the term "roll up" to mean they were going to commit a robbery. [A.R., vol. I, at p. 159]

[67] According to counsel for Mr. Araya, the use of the word "confession" in this context was a "toxic instruction" that should give rise to a new trial under the reasoning of *R. v. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (Ont. C.A.) (R.F., at para. 58). I do not agree. This case is not like *Samuels*; in that case, the defendant's statements were largely exculpatory, but the trial judge himself instructed the jury that "the statements of the accused Samuels contain both admissions or confessions as well as excuses which tend to exonerate him": para. 27. The trial judge went on to suggest that greater weight should be placed on the defendant's inculpatory statements than his exculpatory ones. Armstrong J.A. held that the instruction in that case was "seriously flawed. The statements of the appellant are largely exculpatory and support his defence of accident. It is therefore wrong and prejudicial to describe the statements as containing 'admissions' or 'confessions'": *Samuels*, at para. 28. *Samuels* thus found it prejudicial for the trial judge, in the context of that case, to label certain statements of the defendant as "confessions".

[68] By contrast, the trial judge in this case did not himself label Mr. Araya's statements as confessions. Indeed, he repeatedly described the school exchange as a "conversation", rather than a confession, elsewhere in the charge. In the portion of

à l'école d'« aveu » en raison du caractère disculpatoire de ses paroles relatées initialement par l'enseignant dans sa déposition et des contradictions relevées dans le témoignage de M. Browne. M. Araya conteste d'ailleurs la validité de la directive suivante au jury :

[TRADUCTION] Le ministère public prétend que le 7 octobre 2008, M. Araya a avoué avoir fait partie du groupe d'hommes qui avait « abordé » M. Cikovic et ses amis pour les voler dans le parc Buttonwood le soir du 3 octobre 2008. Il ajoute qu'il a dit à son enseignant, M. Browne, qu'il n'avait pas l'arme à feu, qu'il n'avait pas tiré le coup de feu, mais qu'il avait fait partie des agresseurs. Le ministère public plaide que, dans ce contexte, M. Araya a employé le verbe « aborder » au sens d'approcher en vue de commettre un vol qualifié. [d.a., vol. I, p. 159]

[67] Pour l'avocat de M. Araya, l'emploi du mot « aveu » dans ce contexte rend la directive [TRADUCTION] « toxique », de sorte qu'un nouveau procès serait justifié selon le raisonnement suivi dans *R. c. Samuels* (2005), 196 C.C.C. (3d) 403 (C.A. Ont.) (m.i., par. 58). Je ne saurais être d'accord. Les faits de la présente affaire ne sont pas analogues à ceux de *Samuels*, où les déclarations de l'accusé étaient en grande partie disculpatoires, mais où le juge du procès avait dit au jury [TRADUCTION] « [qu']elles renfermaient non seulement des aveux, mais aussi des excuses qui tendaient à l'exonérer » (par. 27). Dans cette autre affaire, le juge du procès avait ajouté qu'il fallait accorder plus d'importance aux déclarations incriminantes de l'accusé qu'à ses déclarations disculpatoires. En Cour d'appel, le juge Armstrong a statué que la directive comportait « de graves lacunes. Les déclarations de l'appelant étaient en grande partie disculpatoires et étayaient sa défense d'accident. Il était donc erroné et préjudiciable de dire des déclarations qu'elles renfermaient des "aveux" » (*Samuels*, par. 28). La Cour d'appel a donc conclu qu'il était préjudiciable que le juge du procès, dans le contexte de cette affaire, assimile certaines déclarations de l'accusé à des « aveux ».

[68] Or, en l'espèce, le juge du procès ne qualifie pas d'aveux les déclarations de M. Araya. Il décrit maintes fois l'échange survenu à l'école comme un « entretien » plutôt qu'un aveu. Dans la partie des directives au jury mise en évidence par M. Araya, le

the jury instructions emphasized by Mr. Araya, the trial judge remarked that “[i]t is submitted that . . . Mr. Araya confessed” (emphasis added). This statement amounts to a reiteration of the Crown’s position, which was that the school conversation should be viewed as a confession of guilt. When viewed in light of the trial judge’s other cautions to the jury, including the caution that Mr. Browne’s testimony should be evaluated only for its evidence of what Mr. Araya said, rather than Mr. Browne’s interpretation of his statements, as well as the caution that confession to mere presence at the scene was not sufficient to establish guilt, I do not find that the single use of the word “confession” in describing the Crown’s submissions would have been so “toxic” an instruction as to call for a correcting instruction.

*D. Grounds of Appeal Before the Ontario Court of Appeal*

[69] Before the Court of Appeal, Mr. Araya asserted that the trial judge had made seven errors. The majority of the Court of Appeal found that the alleged flaws in the jury instructions pertaining to the permissible use of the photographs were sufficient to allow the appeal, and thus did not address the remaining alleged errors. Two of the seven errors originally asserted — the admissibility of the photographs and the associated jury instructions, and the trial judge’s treatment of Mr. Browne’s testimony — were argued before this Court. The other five grounds that Mr. Araya asserted before the Court of Appeal were that the trial judge erred in:

- (b) failing to caution the jury concerning how to use disbelief of the appellant’s alibi;
- (c) failing to give a *Vetrovec* caution with respect to the evidence of one eyewitness, George Athens;
- (d) failing to properly instruct the jury regarding party liability under s. 21(2) of the *Criminal Code* . . .;

juge fait observer que [TRADUCTION] « [l]e ministère public prétend que [. . .] M. Araya a avoué » (je souligne). Cela revient à rappeler la thèse du ministère public, à savoir que l’entretien à l’école devait être considéré comme un aveu de culpabilité. J’estime que, à la lumière des autres mises en garde du jury, y compris celle voulant qu’il doive considérer le témoignage de M. Browne seulement pour établir ce que M. Araya a dit, et non pour interpréter ses propos, de même que la précision selon laquelle l’aveu de la seule présence sur les lieux n’est pas suffisant pour établir la culpabilité, l’utilisation une seule fois du mot « aveu » pour faire état de la thèse du ministère public ne saurait rendre la directive « toxique » au point de justifier sa rectification.

*D. Moyens invoqués en Cour d’appel de l’Ontario*

[69] Devant la Cour d’appel, M. Araya a soutenu que le juge du procès avait commis sept erreurs. Les juges majoritaires concluent que les lacunes imputées aux directives au jury sur l’utilisation acceptable des photos étaient suffisantes pour que l’appel soit accueilli, si bien qu’ils ne se penchent pas sur les autres erreurs alléguées. Deux des sept erreurs alléguées à l’origine — l’admissibilité en preuve des photos et les directives au jury s’y rapportant, ainsi que la directive du juge sur le témoignage de M. Browne — sont invoquées devant notre Cour. Les cinq autres motifs invoqués en Cour d’appel ont trait aux erreurs suivantes reprochées au juge de première instance :

[TRADUCTION]

- (b) l’omission d’instruire le jury sur les implications du rejet de l’alibi de l’appelant;
- (c) l’omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* à l’égard du témoignage de George Athens, un témoin oculaire;
- (d) l’omission de bien instruire le jury sur la responsabilité du participant suivant le par. 21(2) du *Code criminel* . . .;

(f) failing to instruct the jury that it was improper for the Crown to ask the appellant to comment on why his teacher would lie and implicate him in the shooting, given their positive relationship; and

(g) permitting the Crown to lead evidence of the appellant's demeanour at the time he learned of the warrant for his arrest, and following his arrest, as after the fact conduct capable of supporting an inference of guilt.

(Court of Appeal reasons, at para. 68, per Strathy J.A., dissenting)

[70] For the reasons of Strathy J.A., I agree that the trial judge did not err in regard to any of these five additional grounds of appeal.

#### E. *Curative Proviso*

[71] Because I find the jury instructions to have been adequate, it is not necessary to consider whether the facts of this case would warrant the application of the curative proviso provided in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

#### V. Conclusion

[72] The appeal is allowed and the respondent's conviction for manslaughter is restored. The matter is remanded to the Ontario Court of Appeal for consideration of the sentencing appeal.

*Appeal allowed.*

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

*Solicitors for the respondent: Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

(f) l'omission de préciser au jury que le ministère public n'avait pas à demander à l'appellant pourquoi son enseignant aurait menti et l'aurait impliqué dans l'homicide alors qu'ils étaient en bons termes;

(g) l'autorisation du ministère public à mettre en preuve les actes de l'appellant au moment où il a appris qu'il faisait l'objet d'un mandat d'arrestation, et après son arrestation, pour établir son comportement après le fait et étayer une inférence de culpabilité.

(Motifs de la Cour d'appel, par. 68, le juge Strathy, dissident)

[70] Pour les motifs exposés par le juge Strathy, je conviens que le juge du procès n'a pas commis d'erreur à l'égard de l'un ou l'autre de ces cinq motifs d'appel supplémentaires.

#### E. *Disposition réparatrice*

[71] Puisque je conclus que les directives au jury étaient adéquates, il est inutile d'examiner si les faits de l'espèce justifieraient l'application de la disposition réparatrice correspondant au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

#### V. Conclusion

[72] Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable est rétablie. Le dossier est renvoyé à la Cour d'appel de l'Ontario pour qu'elle statue sur l'appel visant la détermination de la peine.

*Pourvoi accueilli.*

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

*Procureurs de l'intimé : Lockyer Campbell Posner, Toronto.*

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 3, 2015 Vol. 1**

**3<sup>e</sup> cahier, 2015 Vol. 1**

Cited as [2015] 1 S.C.R. {  
i-1  
613-866

Renvoi [2015] 1 R.C.S. {  
i-1  
613-866

---



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 adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef intérimaire  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques		
CLAIRE ZOË BIDER-HALL	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes		
DAVID AUBRY	JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques	
SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs	
SÉBASTIEN GAGNÉ	MANON PLOUFFE

*Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada K1A 0J1 together with the old address.*

*Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.*

## CONTENTS

Title Page .....	i
List of Judges .....	ii
Errata .....	iv
Motions .....	v
Table of Judgments .....	xiii
Table of Cases Cited .....	xvii
Statutes and Regulations Cited .....	xxxvii
Authors Cited .....	xli
Index .....	859

### **Loyola High School v. Quebec (Attorney General) ... 613**

Administrative law — Judicial review — Standard of Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister's decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister's decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Page titre .....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xv
Table de la jurisprudence .....	xxvii
Lois et règlements cités.....	xxxix
Doctrine et autres documents cités .....	xli
Index .....	863

### **École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général) ..... 613**

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Sanghera** ..... 691

Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused charged in 2009 and convicted in 2012 — Five-month delay caused by direct indictment — Overall delay found reasonable — Majority of Court of Appeal did not err in concluding that trial judge failed to attribute sufficient delay to accused — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

### **Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General)** ..... 693

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Constitutional classification of repealing enactment — Firearms — Federal legislation abolishing long-gun registry also containing provision requiring destruction of long-gun registration data — Quebec challenging constitutionality of destruction provision and seeking transfer of data connected with province from federal government — Whether principle of cooperative federalism prevents Parliament from legislating to destroy data — Whether destruction provision ultra vires criminal law power of Parliament — Whether Quebec has right to receive long-gun registration data from federal government — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Ending the Long-gun Registry Act, S.C. 2012, c. 6, s. 29.

### **R. v. Nur** ..... 773

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Firearms — Accused convicted of possessing loaded prohibited firearms — Accused sentenced to terms longer than mandatory minimum terms of imprisonment provided for in s. 95(2) of Criminal Code — Whether mandatory minimum imprisonment terms result in cruel and unusual punishment on accused — If not, whether s. 95(2)'s reasonably foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

## SOMMAIRE (Fin)

### **R. c. Sanghera** ..... 691

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations déposées en 2009 et déclarations de culpabilités prononcées en 2012 — Délai de cinq mois résultant du dépôt d'un acte d'accusation direct — Délai global jugé raisonnable — Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que la juge du procès avait omis d'imputer une part suffisante du délai à l'accusé — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

### **Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général)** ..... 693

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Classification sur le plan constitutionnel d'une loi d'abrogation — Armes à feu — Loi fédérale qui abolit le registre des armes d'épaule contient également une disposition prévoyant la destruction des données sur l'enregistrement de ces armes — Contestation par le Québec de la constitutionnalité de la disposition relative à la destruction et demande du Québec que le gouvernement fédéral lui transmette les données relatives à la province — Le principe du fédéralisme coopératif empêche-t-il le Parlement de légiférer pour détruire les données? — La disposition relative à la destruction outrepasset-elle la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Le Québec a-t-il le droit de recevoir du gouvernement fédéral les données sur l'enregistrement des armes d'épaule? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule, L.C. 2012, c. 6, art. 29.

### **R. c. Nur** ..... 773

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Armes à feu — Accusés déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées — Accusés condamnés à des peines supérieures aux peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95(2) du Code criminel — Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement emportent-elles l'infliction de peines cruelles et inusitées aux accusés? — Dans la négative, les applications raisonnablement prévisibles de l'art. 95(2) infligeront-elles des peines cruelles et inusitées à d'autres délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95.





## 2015 Volume 1

# Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.  
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint  
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Acting Chief Law Editor / Arrêviste en chef intérimaire  
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil  
JULIE TERRIEN

CLAIRE ZOË BIDER-HALL	AMÉLIE LAVICTOIRE	JACQUELINE STENCEL
JANICE CHENEY	KAREN LEVASSEUR	LESLI TAKAHASHI
VALERIE DESJARLAIS	JOANNE NORMAN	CAMERON TAYLOR
GENEVIÈVE DOMEY	RÉMI SAMSON	RENÉE THÉRIAULT
LEE ANN GORMAN	IDA SMITH	RENÉE MARIA TREMBLAY

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

DAVID AUBRY	Jurilinguists / Jurilinguistes JULIE BOULANGER	MARIE-LUC SIMONEAU
STEPHEN BALOGH	MARIE RODRIGUE	CLAIRE VALLÉE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition  
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques SUZANNE AUDET	NANCY MCCAUGHAN
MONIQUE DELORME	LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

Manager, Operational Support Services / Gestionnaire, Services d'appui aux opérations  
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 ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

The Honourable MICHAEL J. MOLDAVER

The Honourable ANDROMACHE KARAKATSANIS

The Honourable RICHARD WAGNER

The Honourable CLÉMENT GASCON

The Honourable SUZANNE CÔTÉ

**JUGES**  
**DE LA**  
**COUR SUPRÊME DU CANADA**

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

L'honorable MICHAEL J. MOLDAVER

L'honorable ANDROMACHE KARAKATSANIS

L'honorable RICHARD WAGNER

L'honorable CLÉMENT GASCON

L'honorable SUZANNE CÔTÉ

## ERRATA

[2006] 2 S.C.R., para. 123, line 6 of the French version on p. 285. Read “l’avis formel au” instead of “l’information réelle du”.

[2006] 2 R.C.S., par. 123, ligne 6 de la version française à la p. 285. Lire « l’avis formel au » au lieu de « l’information réelle du ».



## MOTIONS — REQUÊTES

(January 1 to April 14, 2015 — 1<sup>er</sup> janvier au 14 avril 2015)

- Abbie Corp. v. Janssen Inc.*, (F.C.), 36232, notice of discontinuance filed, 20.1.15, avis de désistement produit.
- Alberta v. Alberta Union of Provincial Employees*, (Alta.), 36060, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Alberta Securities Commission v. Walton*, (Alta.), 36140, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Algonquins of Pikwakanagan v. Children's Aid Society of the County of Renfrew*, (Ont.), 36188, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Applied Consumer & Clinical Evaluations Inc. v. Strudwick*, (Ont.), 36122, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Aslan v. Harris & Partners Inc.*, (Ont.), 35914, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Association des réalisateurs c. Procureur général du Canada*, (Qc), 36013, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for Quebec for disposition in accordance with *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, and *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, 29.1.15, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle statue en conformité avec les arrêts *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.
- Attorney General of Canada v. Liang*, (B.C.) (Crim.), 35972, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Ayangma v. Canada Health Infoway Inc.*, (P.E.I.), 36088, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ayangma v. Public Service Alliance of Canada*, (P.E.I.), 36089, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Banville c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36197, leave to appeal refused, 5.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Baron c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36173, leave to appeal refused, 2.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Beaudoin c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36109, leave to appeal refused, 19.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Begman v. Mejery*, (Ont.), 36014, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Blackduck v. The Queen*, (N.W.T.) (Crim.), 36185, leave to appeal refused, 12.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Bohémier c. Barreau du Québec*, (Qc), 36006, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Boone v. Ministry of Community Safety and Correctional Services*, (Ont.), 36103, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Boutique du Foyer de Saint-Hyacinthe Inc. c. Promutuel Bagot, Société mutuelle d'assurance générale*, (Qc), 36097, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Boyachek v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (B.C.) (Crim.), 36178, notice of discontinuance filed, 5.3.15, avis de désistement produit.

- Brent Kern Family Trust v. The Queen*, (F.C.), 36203, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Burrows v. The Queen*, (F.C.) (Crim.), 36147, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Canad Corporation of Manitoba Ltd. v. Lake Louise Limited Partnership*, (Man.), 36058, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Can-Win Leasing (Toronto) Ltd. v. Moncayo*, (Ont.), 36195, leave to appeal refused, 2.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Ceruti v. Murray*, (Ont.), 36193, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chemama v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36080, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Chemama v. The Queen*, (Que.) (Crim.), 36125, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Chiarelli v. Law Society of Upper Canada*, (Ont.), 36003, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chopra v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36091, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Chou v. Fréchette Constructions Inc.*, (Que.), 36175, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Conseil des Innus de Ekuanitshit c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36136, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coombs v. Attorney General of Canada*, (F.C.), 36202, leave to appeal refused with costs, 2.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, (F.C.), 36218, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coote v. Lawyers' Professional Indemnity Co.*, (F.C.), 36226, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Coote v. Theroulde*, (F.C.), 36249, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cowichan Valley Regional District v. Paldi Khalsa Diwan Society*, (B.C.), 36133, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Czarniecki v. Martin*, (Ont.), 36075, leave to appeal refused with costs, 22.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- D.P. c. A.F.*, (Qc), 36104, leave to appeal and cross-appeal refused, 19.3.15, autorisation d'appel et d'appel incident refusées.
- Dennis v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36208, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dhillon v. Jaffer*, (B.C.), 36039, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dinelle v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Ont.) (Crim.), 36078, leave to appeal refused, 12.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Duchesne c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 36016, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- E.G. v. Director of Child and Family Services*, (Alta.), 36274, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Elbakhiet v. Palmer*, (Ont.), 36099, leave to appeal refused with costs, 22.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- ELS Marketing Inc. v. WestJet*, (Alta.), 36157, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Estabrooks v. New Brunswick Real Estate Association*, (N.B.), 36082, leave to appeal refused with costs, 22.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fabrikant v. The Queen in Right of Canada*, (F.C.), 36145, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Fatumbi v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 36038, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Federal Government Dockyard Trades and Labour Council v. The Queen in Right of Canada*, (B.C.), 35569, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia for disposition in accordance with *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, and *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, 29.1.15, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue en conformité avec les arrêts *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.
- Fedossenko v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36189, leave to appeal refused, 26.3.15, autorisation d'appel refusée.
- G.S. v. L.S.*, (B.C.), 36138, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gauchier v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36045, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Gestion 1050 de la Montagne Inc. c. Gestion Furst Inc.*, (Qc), 36154, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Gill v. Human Rights Tribunal of Ontario*, (Ont.), 36152, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Glover c. Fédération des producteurs acéricoles du Québec*, (Qc), 36085, leave to appeal refused with costs, 26.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hagedorn v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36118, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Harris v. Levine*, (Ont.), 36134, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Harrison v. The Queen in Right of the Province of British Columbia*, (B.C.), 36073, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Hathaway v. Hathaway*, (B.C.), 36101, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Head v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 36036, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Heickert v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 36149, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Hilowle v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36062, leave to appeal refused, 5.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Holloway v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 36131, leave to appeal refused, 22.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Ifergan v. Société des Loteries du Québec*, (Que.), 36023, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Immunovaccine Technologies Inc. v. The Queen*, (F.C.), 36177, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- In the Matter of an Application for Warrants Pursuant to Sections 12 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, (F.C.), 36107, leave to appeal granted, 5.2.15, autorisation d'appel accordée.
- Information and Privacy Commissioner of Alberta v. Imperial Oil Ltd.*, (Alta.), 36098, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Stainton Ventures Ltd.*, (B.C.), 36102, leave to appeal refused with costs, 5.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Intact, Compagnie d'assurance c. Constructions G.S.S. Gauthier 2000 Inc.*, (Qc), 36010, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- 'Isa v. Attorney General of Canada on behalf of the United States of America*, (Alta.) (Crim.), 36072, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Jayaraj v. Governor General of Canada*, (F.C.), 36209, leave to appeal refused, 12.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Johnston v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36144, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for British Columbia for disposition in accordance with *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, 26.2.15, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour qu'elle statue en conformité avec *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544.
- Joudaane c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36211, leave to appeal refused, 26.3.15, autorisation d'appel refusée.
- K.R.J. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36200, leave to appeal granted, 26.3.15, autorisation d'appel accordée.
- Karimi v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35860, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Kaynes v. BP, PLC*, (Ont.), 36127, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Keepness v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36192, leave to appeal refused, 2.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Kembo v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36130, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Kim v. Peredery*, (Ont.), 36182, leave to appeal refused, 5.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Klippenstein v. The Queen*, (F.C.), 36219, leave to appeal refused with costs, 19.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- L.V.R. v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 36161, leave to appeal refused, 5.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Laflamme c. Municipalité de St-Magloire*, (Qc), 36246, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Laflamme c. Municipalité de St-Magloire*, (Qc), 36247, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Laflamme c. Nicol*, (Qc), 36245, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Landry c. Procureur général du Canada*, (C.F.), 36251, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lawyers' Professional Indemnity Co. v. Simpson Wigle Law LLP*, (Ont.), 36076, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lebel c. Groupe Ledor société mutuelle d'assurance*, (Qc), 36084, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lebreux c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36119, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Leduc c. Ville de Montréal*, (Qc), 35987, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lemonnier c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 36113, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Liu c. Comité de discipline du Centre de santé et de services sociaux Haut-Richelieu-Rouville*, (Qc), 36151, leave to appeal refused with costs, 26.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Logan v. The Queen*, (B.C.), 36069, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- London Life Insurance Co. v. The Queen*, (F.C.), 35961, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lorintt v. Boda*, (B.C.), 36176, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lucas v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35974, leave to appeal refused, 22.1.15, autorisation d'appel refusée.
- M.B. c. Ville de Montréal*, (Qc), 35999, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ma v. City of Gatineau*, (Que.), 36155, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.

- MacQueen v. Attorney General of Canada*, (N.S.), 35706, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- MacQueen v. Attorney General of Canada*, (N.S.), 36217, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mandeville v. Manufacturers Life Insurance Co.*, (Ont.), 36071, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Maracle v. Maracle*, (Ont.), 36096, leave to appeal refused with costs, 26.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Marriott v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 36150, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- McAteer v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 36120, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- McCombie v. Phillion*, (Ont.), 36093, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McLean v. Yaremko*, (Man.), 35994, leave to appeal refused, 19.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Milani v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36095, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Miller v. Convergys CMG Canada Limited Partnership*, (B.C.), 36092, leave to appeal refused with costs, 5.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Justice v. Alberta Union of Provincial Employees*, (Alta.), 36234, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Minister of Revenue v. Inter-leasing, Inc.*, (Ont.), 36117, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Morin c. Church of Jesus-Christ of Latter Day Saints in Canada*, (Qc), 35986, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Murphy v. Boe*, (B.C.), 36048, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Nisichawayasihk Cree Nation Family and Community Wellness Centre Inc. v. First Nations of Northern Manitoba Child and Family Services Authority*, (Man.), 35989, leave to appeal refused, 19.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Nwagwu v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35956, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- O'Donnell v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36054, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Ontario Federation of Anglers and Hunters v. Alderville Indian Band*, (F.C.), 36035, leave to appeal refused with costs, 12.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ormiston v. Insurance Corp. of British Columbia*, (B.C.), 36067, leave to appeal refused with costs, 5.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Osmose-Pentox Inc. v. Société Laurentide inc.*, (F.C.), 36033, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Oton v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36207, leave to appeal refused, 26.3.15, autorisation d'appel refusée.
- P.C. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36129, leave to appeal refused, 15.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Parker v. The Queen*, (F.C.) (Crim.), 36156, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Patenaude c. Directeur des poursuites criminelles et pénales*, (Qc) (Crim.), 36194, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Peekeekoot v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36186, leave to appeal refused, 26.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Pierre c. Agence des services frontaliers du Canada*, (C.F.), 36110, leave to appeal refused with costs, 29.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Provigo Québec inc. c. Syndicat des travailleurs et travailleuses de Provigo, Entrepôt Armand-Viau*, (Qc), 36024, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Pruden v. Metis Settlements Appeal Tribunal*, (Alta.), 36158, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- Quinn v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36141, leave to appeal refused, 5.2.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Gillis*, (N.B.) (Crim.), 36164, leave to appeal refused, 5.3.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Louie*, (Sask.) (Crim.), 36216, leave to appeal refused, 9.4.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Safarzadeh-Markhali*, (Ont.) (Crim.), 36162, leave to appeal granted, 5.2.15, autorisation d'appel accordée.
- R. v. Vijaya*, (Ont.) (Crim.), 35826, leave to appeal refused, 5.3.15, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Williamson*, (Ont.) (Crim.), 36112, leave to appeal granted and leave to cross-appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel accordée et autorisation d'appel incident refusée.
- R.M. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36170, leave to appeal refused, 26.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Rana v. Unifund Assurance Co.*, (Ont.), 36212, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Richard Preston Centre for Excellence Society v. Jono Developments Ltd.*, (N.S.), 36196, leave to appeal refused with costs, 9.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Riesberry v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36179, leave to appeal granted, 5.3.15, autorisation d'appel accordée.
- Rogers Communications Inc. v. City of Châteauguay*, (Que.), 36027, leave to appeal granted with costs in the cause, 29.1.15, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Rosa v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 35976, leave to appeal refused, 22.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Rossdeutscher v. Organisation d'Éducation et d'Information Logement de Côte-des-Neiges*, (Que.), 36077, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy v. The Queen*, (F.C.) (Crim.), 36146, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Sabey v. Beardsley*, (B.C.), 36183, leave to appeal refused with costs, 2.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Scottish & York Insurance Co. Ltd. v. Drover*, (N.L.), 36143, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Simon v. The Queen*, (F.C.), 35995, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Stewart v. TD General Insurance Co.*, (Ont.), 36100, leave to appeal refused with costs, 15.1.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Strand Theatre Ltd. v. City of Prince Albert*, (Sask.), 36132, leave to appeal refused with costs, 2.4.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sunterra Beef Ltd. v. Shell Canada Products*, (Alta.), 36126, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 675 c. Procureur général du Canada*, (Qc), 35980, leave to appeal remanded to the Court of Appeal for Quebec for disposition in accordance with *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, and *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, 29.1.15, autorisation d'appel renvoyée à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle statue en conformité avec les arrêts *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, et *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.
- Tahmourpour v. Canadian Human Rights Commission*, (F.C.), 36172, leave to appeal refused with costs, 26.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Teskey v. Attorney General of Canada*, (Ont.), 36137, leave to appeal refused with costs, 19.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Total Oilfield Rentals Limited Partnership v. Attorney General of Canada*, (Alta.), 36128, leave to appeal refused with costs, 5.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toure c. Brault & Martineau Inc.*, (Qc), 36142, leave to appeal refused, 19.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Tupper v. Attorney General of Nova Scotia*, (N.S.), 36181, leave to appeal refused with costs, 5.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Tupper v. Nova Scotia Barristers' Society*, (N.S.), 36204, leave to appeal refused with costs, 26.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Turmel v. The Queen*, (F.C.) (Crim.), 36159, leave to appeal refused, 26.2.15, autorisation d'appel refusée.
- Vachon c. Procureur général du Canada représentant les États-Unis d'Amérique*, (Qc) (Crim.), 36214, leave to appeal refused, 19.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Vozniak v. Vallieres*, (Alta.), 36190, notice of discontinuance filed, 7.1.15, avis de désistement produit.
- White v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 36169, leave to appeal refused, 19.3.15, autorisation d'appel refusée.
- Wilcox v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 35775, leave to appeal refused, 29.1.15, autorisation d'appel refusée.
- Wilson v. Canada Revenue Agency*, (F.C.), 36139, leave to appeal refused with costs, 26.2.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Workers' Compensation Board of British Columbia v. British Columbia Hydro and Power Authority*, (B.C.), 36168, leave to appeal refused with costs, 19.3.15, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Worm v. The Queen*, (Sask.) (Crim.), 36171, leave to appeal refused, 12.3.15, autorisation d'appel refusée.





## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause  
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>N</b>	
Araya, R. v. ....	581	New Brunswick Legal Aid Services Commission, Potter v. ....	500
<b>C</b>		Nur, R. v. ....	773
Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada .....	401	<b>P</b>	
Canada (Attorney General), Carter v. ....	331	Perrone, R. v. ....	473
Canada (Attorney General), Meredith v. ....	125	Potter v. New Brunswick Legal Aid Services Com- mission .....	500
Canada (Attorney General), Mounted Police As- sociation of Ontario v. ....	3	<b>Q</b>	
Canada (Attorney General), Quebec (Attorney General) v. ....	693	Quebec (Attorney General) v. Canada (Attorney General) .....	693
Canada (Commissioner of Competition), Tervita Corp. v. ....	161	Quebec (Attorney General), Loyola High School v. ....	613
Carter v. Canada (Attorney General) .....	331	<b>R</b>	
<b>F</b>		R. v. Araya .....	581
Federation of Law Societies of Canada, Canada (Attorney General) v. ....	401	R. v. Goleski .....	399
<b>G</b>		R. v. Grant .....	475
Goleski, R. v. ....	399	R. v. Nur .....	773
Grant, R. v. ....	475	R. v. Perrone .....	473
<b>L</b>		R. v. Sanghera .....	691
Loyola High School v. Quebec (Attorney Gen- eral) .....	613	<b>S</b>	
<b>M</b>		Sanghera, R. v. ....	691
Meredith v. Canada (Attorney General) .....	125	Saskatchewan Federation of Labour v. Saskatch- ewan .....	245
Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General) .....	3	Saskatchewan, Saskatchewan Federation of La- bour v. ....	245
<b>T</b>		<b>T</b>	
		Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Com- petition) .....	161



## 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>N</b>	
Araya, R. c. ....	581	Nur, R. c. ....	773
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général) .....	3	<b>P</b>	
<b>C</b>		Perrone, R. c. ....	473
Canada (Commissaire de la concurrence), Tervita Corp. c. ....	161	Potter c. Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick .....	500
Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada .....	401	<b>Q</b>	
Canada (Procureur général), Association de la police montée de l'Ontario c. ....	3	Québec (Procureur général) c. Canada (Procureur général) .....	693
Canada (Procureur général), Carter c. ....	331	Québec (Procureur général), École secondaire Loyola c. ....	613
Canada (Procureur général), Meredith c. ....	125	<b>R</b>	
Canada (Procureur général), Québec (Procureur général) c. ....	693	R. c. Araya .....	581
Carter c. Canada (Procureur général) .....	331	R. c. Goleski .....	399
Commission des services d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, Potter c. ....	500	R. c. Grant .....	475
<b>E</b>		R. c. Nur .....	773
École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général) .....	613	R. c. Perrone .....	473
<b>F</b>		R. c. Sanghera .....	691
Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, Canada (Procureur général) c. ....	401	<b>S</b>	
<b>G</b>		Sanghera, R. c. ....	691
Goleski, R. c. ....	399	Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan .....	245
Grant, R. c. ....	475	Saskatchewan, Saskatchewan Federation of Labour c. ....	245
<b>M</b>		<b>T</b>	
Meredith c. Canada (Procureur général) .....	125	Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence) .....	161



## TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>A</b>		
A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services) .....	2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181 .....	369
Adler v. Ontario .....	[1996] 3 S.C.R. 609 .....	643
Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 .....	233
Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition) .....	2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598 .....	184
Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 .....	45, 356, 637, 660, 827
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association .....	2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 .....	183, 231
Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401 .....	2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733 .....	47, 275
Anderson v. Bank of British Columbia .....	(1876) 2 Ch. D. 644 .....	437
Andrews v. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 S.C.R. 143 .....	441
Attorney-General v. National Labour Court .....	[1995-6] Isr. L.R. 149 .....	289
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario .....	[1937] A.C. 326 .....	722
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada .....	[1912] A.C. 571 .....	722
Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers .....	[1924] A.C. 328 .....	753
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia .....	[1982] 2 S.C.R. 307 .....	441
Authorson v. Canada (Attorney General) .....	2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40 .....	713
<b>B</b>		
B. (R.) v. Children’s Aid Society of Metropolitan Toronto .....	[1995] 1 S.C.R. 315 .....	395
Belton v. Liberty Insurance Co. of Canada .....	(2004), 72 O.R. (3d) 81 .....	535
Bernard v. Canada (Attorney General) .....	2014 SCC 13, [2014] 1 S.C.R. 227 .....	36
Bhasin v. Hrynew .....	2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494 .....	550
Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission) .....	2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307 .....	368, 431
BOC International Ltd. v. Federal Trade Commission .....	557 F.2d 24 (1977) .....	195
British and Beningtons, Ltd. v. North Western Cachar Tea Co. ....	[1923] A.C. 48 .....	577
British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band ....	2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371 .....	393
Bruker v. Marcovitz .....	2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607 .....	642
<b>C</b>		
Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co. ....	2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195 .....	517
Caldwell v. State .....	356 S.W.3d 42 (2011) .....	487
Canada v. Craig .....	2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489 .....	69, 806
Canada (Attorney General) v. Bedford .....	2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101 .....	69, 101, 272, 315, 361, 431, 806
Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp. ....	2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610 .....	75, 119

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society .....	2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134 ....	364, 688, 710, 755, 818, 841
Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 .....	233
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa .....	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 .....	232
Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co. ....	2006 FCA 233, [2007] 2 F.C.R. 3 .....	184
Canada (Commissioner of Competition) v. Canadian Waste Services Holdings Inc. ....	2001 Comp. Trib. 3, 11 C.P.R. (4th) 425 ....	186
Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Co. ....	2008 FCA 22, 64 C.P.R. (4th) 181 .....	184
Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. ...	2000 Comp. Trib. 15, 7 C.P.R. (4th) 385 ....	190
Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. ...	2001 FCA 104, [2001] 3 F.C. 185 .....	184
Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. ....	2002 Comp. Trib. 16, 18 C.P.R. (4th) 417 ...	201, 241
Canada (Director of Investigation and Research) v. Hillsdown Holdings (Canada) Ltd. ....	(1992), 41 C.P.R. (3d) 289 .....	186
Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd. ....	(1992), 40 C.P.R. (3d) 289 .....	195
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. ....	[1997] 1 S.C.R. 748 .....	191
Canada (House of Commons) v. Vaid .....	2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667 .....	151
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson .....	[1998] 3 S.C.R. 157 .....	36
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General) .....	2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76 .....	439
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon .....	[1984] 1 S.C.R. 509 .....	92
Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) .....	2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135 .....	233
Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP .....	2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649 .....	436
Canadian Pacific Railway Co. v. Zambri .....	[1962] S.C.R. 609 .....	273
Canadian Union of Public Employees v. Labour Relations Board (Nova Scotia) .....	[1983] 2 S.C.R. 311 .....	312
Canadian Union of Public Employees, Local 301 v. Montreal (City) ...	[1997] 1 S.C.R. 793 .....	292
Canadian Western Bank v. Alberta .....	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 ...	363, 710, 753
Carscallen v. FRI Corp. ....	(2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 .....	535
Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District) .....	2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 .....	639
Celgene Corp. v. Canada (Attorney General) .....	2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 .....	234
Chamberlain v. Surrey School District No. 36 .....	2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710 .....	638
Chaoulli v. Quebec (Attorney General) .....	2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791 .....	367
Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration) .....	2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 .....	374
Ciariariello v. Schacter .....	[1993] 2 S.C.R. 119 .....	370
Clark v. Canadian National Railway Co. ....	[1988] 2 S.C.R. 680 .....	766
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village) .....	2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650 .....	637
<b>D</b>		
David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General In- surance Co. ....	(2005), 76 O.R. (3d) 161 .....	314
Davis v. State .....	413 S.W.3d 816 (2013) .....	487
Delisle v. Canada (Deputy Attorney General) .....	[1999] 2 S.C.R. 989 .....	22, 94
Demir v. Turkey .....	No. 34503/97, ECHR 2008-V .....	288

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Devlin v. NEMI Northern Energy & Mining Inc. ....	2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268 ....	518
Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) .....	2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157 ...	82, 285, 304
Doré v. Barreau du Québec .....	2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395 ...	626, 658
Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education) .....	2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3 .....	769
Downtown Eatery (1993) Ltd. v. Ontario .....	(2001), 54 O.R. (3d) 161 .....	529
Dunmore v. Ontario (Attorney General) .....	2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016 ...	37, 100, 299, 326
Dunsmuir v. New Brunswick .....	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 .....	183, 230
<b>E</b>		
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General) .....	[1989] 2 S.C.R. 1326 .....	661
Eminence Property Developments Ltd. v. Heaney .....	[2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223 .....	576
Enerji Yapi-Yol Sen v. Turquie .....	No. 68959/01, April 21, 2009 (HUDOC) ...	288
Eur. Court H. R., Kokkinakis v. Greece .....	judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A...	642
Evans v. Teamsters Local Union No. 31 .....	2008 SCC 20, [2008] 1 S.C.R. 661 .....	554
<b>F</b>		
F.H. v. McDougall .....	2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41 .....	193
Farber v. Royal Trust Co. ....	[1997] 1 S.C.R. 846 .....	518, 566
Federal Commerce & Navigation Co. v. Molena Alpha Inc. ....	[1979] A.C. 757 .....	574
Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland .....	2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292 .....	710
Finney v. Barreau du Québec .....	2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17 .....	393, 437
Fleming v. Ireland .....	[2013] IESC 19 .....	346
Fleming v. Reid .....	(1991), 4 O.R. (3d) 74 .....	369
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal .....	[1984] T.A. 668 .....	546
Freeth v. Burr .....	(1874), L.R. 9 C.P. 208 .....	522, 569
<b>G</b>		
Gagnon v. Foundation Maritime Ltd. ....	[1961] S.C.R. 435 .....	276
Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057 .....	[1990] 1 S.C.R. 1298 .....	92
General Billposting Co. v. Atkinson .....	[1909] A.C. 118 .....	522, 569
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing .....	[1989] 1 S.C.R. 641 .....	734
Glencore Grain Rotterdam BV v. Lebanese Organisation for Interna- tional Commerce .....	[1997] 4 All E.R. 514 .....	577
<b>H</b>		
Haldane v. Shelbar Enterprises Ltd. ....	(1999), 46 O.R. (3d) 206 .....	537
Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re) .....	(1998), 71 L.A.C. (4th) 129 .....	158
Harper v. Canada (Attorney General) .....	2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827 .....	75
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia .....	2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 .....	21, 83, 134, 146, 153, 262, 301, 662
Hegeman v. Carter .....	2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112 .....	395

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission .....	132 S. Ct. 694 (2012) .....	662
Housen v. Nikolaisen .....	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 .....	497, 564
Hunt v. T&N plc .....	[1993] 4 S.C.R. 289 .....	723
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145 .....	290, 661, 771
<b>I</b>		
IBM Canada Limited v. Waterman .....	2013 SCC 70, [2013] 3 S.C.R. 985 .....	556, 579
In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos .....	[1918] 1 K.B. 315 .....	520, 566
<b>J</b>		
J.B. v. Canada, Communication .....	No. 118/1982 (1986), U.N. Doc. CCPR/C/OP/2, Selected Decisions of the Human Rights Com- mittee under the Optional Protocol, vol. 2 (1990), p. 34 .....	320
<b>K</b>		
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc. ....	2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302 .....	715, 752
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tou- rism and Culture) .....	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146 .....	715, 752
Koach La Ovdim v. Jerusalem Cinematheque .....	(2009), 29 I.L.L.R. 329 .....	289
<b>L</b>		
Labarre v. Spiro Méga inc. ....	2001 CarswellQue 1753 .....	535
Lake v. Canada (Minister of Justice) .....	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761 .....	626
Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner .....	[1961] S.C.R. 553 .....	578
Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209 .....	420, 820
Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union .....	[1991] 2 S.C.R. 211 .....	36, 91
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue) .....	2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38 .....	393
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120 .....	75, 119, 429
<b>M</b>		
MacKay v. Avco Financial Services Canada Ltd. ....	(1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 .....	550
Malette v. Shulman .....	(1990), 72 O.R. (2d) 417 .....	370
McKinley v. BC Tel .....	2001 SCC 38, [2001] 2 S.C.R. 161 .....	537
McLean v. British Columbia (Securities Commission) .....	2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 .....	184, 230
McMillan v. The Queen .....	[1977] 2 S.C.R. 824 .....	486
Meredith v. Canada (Attorney General) .....	2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125 .....	22, 106
Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova .....	No. 45701/99, ECHR 2001-XII .....	45, 642, 662
MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans) .....	2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6 .....	65
Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)	2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3 .....	134, 146, 262, 302
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256 .....	626, 675



NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>N</b>		
N.B.T.F. v. New Brunswick (Board of Management) .....	2004 CarswellNB 653 (WL Can.) .....	158
Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec .....	(1992), 86 D.L.R. (4th) 385 .....	370
National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago .....	440 U.S. 490 (1979) .....	662
National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp. ....	301 U.S. 1 (1937) .....	47
National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. United Kingdom .....	No. 31045/10, April 8, 2014 (HUDOC) .....	288
New Brunswick (Board of Management) v. N.B.U.P.P.E. ....	2006 CarswellNB 332 (WL Can.) .....	158
New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E. ....	(2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72 .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL) .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL) .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL) .....	158
New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly) .....	[1993] 1 S.C.R. 319 .....	151
New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.) .....	[1999] 3 S.C.R. 46 .....	368
New Histadrut General Workers' Union v. State of Israel .....	(2006), 25 I.L.L.R. 375 .....	289
Nolan v. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678 .....	234
Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616 .....	233
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada .....	[1980] 1 S.C.R. 115 .....	766
<b>O</b>		
Ontario (Attorney General) v. Fraser .....	2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3 ...21, 83, 146, 262, 301, 363, 806	
Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association	2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 .....	30
OPSEU v. Ontario (Attorney General) .....	[1987] 2 S.C.R. 2 .....	755
<b>P</b>		
Park v. Parsons Brown & Co. ....	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 .....	516
Parry Sound (District) Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324 .....	2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157 .....	559
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee .....	[1991] 2 S.C.R. 869 .....	442
Perfection Foods Limited v. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515 .....	(1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147 .....	312
Perrault v. Gauthier .....	(1898), 28 S.C.R. 241 .....	273
Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers) .....	[1994] 2 S.C.R. 557 .....	184, 230
Pierce v. Canada Trust Realtor .....	(1986), 11 C.C.E.L. 64 .....	548
Plourde v. Wal-Mart Canada Corp. ....	2009 SCC 54, [2009] 3 S.C.R. 465 .....	309
Polglase v. Polglase .....	(1979), 18 B.C.L.R. 294 .....	395
Pretty v. United Kingdom .....	No. 2346/02, ECHR 2002-III .....	346
Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) v. P.E.I.U.P.S.E. ....	2010 CarswellPEI 78 (WL Can.) .....	158
Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner) .....	[1990] 2 S.C.R. 367 .....	34, 299
PSAC v. Canada .....	[1987] 1 S.C.R. 424 .....	32, 100, 301

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>Q</b>		
Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association .....	2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536 .....	710
Quebec (Attorney General) v. Lacombe .....	2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453 ....	715, 752
<b>R</b>		
R. v. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209 .....	36, 91, 290
R. v. Anderson .....	2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167 ....	438, 817, 845
R. v. Arcangioli .....	[1994] 1 S.C.R. 129 .....	484
R. v. Arp .....	[1998] 3 S.C.R. 339 .....	488
R. v. Avetysan .....	2000 SCC 56, [2000] 2 S.C.R. 745 .....	596
R. v. B. (C.R.) .....	[1990] 1 S.C.R. 717 .....	488
R. v. Babos .....	2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309 .....	846
R. v. Bain .....	[1992] 1 S.C.R. 91 .....	820, 851
R. v. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 S.C.R. 295 .....	39, 82, 290, 304, 647, 663, 753, 802
R. v. Brousseau .....	2006 QCCA 858 .....	489
R. v. Brown .....	[1994] 3 S.C.R. 749 .....	804
R. v. Buzizi .....	2013 SCC 27, [2013] 2 S.C.R. 248 .....	493
R. v. C. (T.) .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 473 .....	492
R. v. Chin .....	2009 ABCA 226, 457 A.R. 233 .....	836
R. v. Cinous .....	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3 .....	484
R. v. CIP Inc. ....	[1992] 1 S.C.R. 843 .....	661
R. v. Clarke .....	(1998), 129 C.C.C. (3d) 1 .....	492
R. v. Cooper .....	[1993] 1 S.C.R. 146 .....	597
R. v. Corbett .....	[1988] 1 S.C.R. 670 .....	483, 603
R. v. D.B. ....	2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3 .....	438
R. v. Daley .....	2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523 .....	597
R. v. Edwards Books and Art Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 713 .....	648, 662, 753
R. v. Elliston .....	2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109 ....	836
R. v. Felawka .....	[1993] 4 S.C.R. 199 .....	835
R. v. Ferguson .....	2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96 .....	359, 802, 849
R. v. Fitzpatrick .....	[1995] 4 S.C.R. 154 .....	421
R. v. Goldhar .....	(1941), 76 C.C.C. 270 .....	595
R. v. Goltz .....	[1991] 3 S.C.R. 485 .....	804, 830
R. v. Grandinetti .....	2005 SCC 5, [2005] 1 S.C.R. 27 .....	481
R. v. Gruenke .....	[1991] 3 S.C.R. 263 .....	436
R. v. Hamilton .....	2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80 .....	489
R. v. Handy .....	2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908 .....	481
R. v. Hape .....	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292 ....	284, 321
R. v. Harrer .....	[1995] 3 S.C.R. 562 .....	484
R. v. Hart .....	2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544 .....	493
R. v. Hay .....	2013 SCC 61, [2013] 3 S.C.R. 694 .....	590
R. v. Henry .....	2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 .....	806

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Heywood .....	[1994] 3 S.C.R. 761 .....	802
R. v. Hibbert .....	2002 SCC 39, [2002] 2 S.C.R. 445 .....	603
R. v. Humaid .....	(2006), 37 C.R. (6th) 347 .....	492
R. v. Ipeelee .....	2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433 .....	799
R. v. Jack .....	(1996), 113 Man. R. (2d) 260 .....	846
R. v. Jack .....	[1997] 2 S.C.R. 334 .....	847
R. v. Jackson .....	2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358 .....	492
R. v. Jacquard .....	[1997] 1 S.C.R. 314 .....	596
R. v. Jaw .....	2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26 .....	596
R. v. Keegstra .....	[1990] 3 S.C.R. 697 .....	40
R. v. Kendall .....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 105 .....	489
R. v. Keyowski .....	[1988] 1 S.C.R. 657 .....	846
R. v. Khelawon .....	2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787 .....	497
R. v. Kokesch .....	[1990] 3 S.C.R. 3 .....	429
R. v. L. (D.O.) .....	[1993] 4 S.C.R. 419 .....	483
R. v. M. (C.A.) .....	[1996] 1 S.C.R. 500 .....	799
R. v. MacDonald .....	2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37 .....	813, 831
R. v. Malmo-Levine .....	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571 .....	438, 450
R. v. McClure .....	2001 SCC 14, [2001] 1 S.C.R. 445 .....	436
R. v. McMillan .....	(1975), 7 O.R. (2d) 750 .....	487
R. v. Mills .....	[1999] 3 S.C.R. 668 .....	433, 802
R. v. Morgentaler .....	[1988] 1 S.C.R. 30 .....	368, 802
R. v. Morin .....	[1988] 2 S.C.R. 345 .....	499
R. v. Morrisey .....	2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90 .....	800, 830
R. v. Murphy .....	2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 .....	492
R. v. Nasogaluak .....	2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206 .....	833
R. v. National Post .....	2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477 .....	45
R. v. Neil .....	2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631 .....	439
R. v. Nixon .....	2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566 .....	845
R. v. Noël .....	2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433 .....	484
R. v. O'Connor .....	[1995] 4 S.C.R. 411 .....	845
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103 .....	74, 379, 428, 640, 825
R. v. Parker .....	(2000), 49 O.R. (3d) 481 .....	369
R. v. Pollock .....	(2004), 187 C.C.C. (3d) 213 .....	489
R. v. Proctor .....	(1992), 69 C.C.C. (3d) 436 .....	594
R. v. Prosper .....	[1994] 3 S.C.R. 236 .....	771
R. v. Quesnelle .....	2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390 .....	495
R. v. Rodgers .....	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554 .....	433
R. v. Rodney .....	[1990] 2 S.C.R. 687 .....	593
R. v. Samuels .....	(2005), 196 C.C.C. (3d) 403 .....	609
R. v. Scopelliti .....	(1981), 34 O.R. (2d) 524 .....	489
R. v. Seaboyer .....	[1991] 2 S.C.R. 577 .....	480
R. v. Shearing .....	2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33 .....	484, 593
R. v. Sims .....	(1994), 28 C.R. (4th) 231 .....	489
R. v. Skolnick .....	[1982] 2 S.C.R. 47 .....	856
R. v. Smickle .....	2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25 .....	821
R. v. Smierciak .....	[1947] 2 D.L.R. 156 .....	595
R. v. Smith .....	[1987] 1 S.C.R. 1045 .....	798, 830

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Snobelen .....	[2008] O.J. No. 6021 (QL) .....	831
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326 .....	495
R. v. Swain .....	[1991] 1 S.C.R. 933 .....	374
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 S.C.R. 695 .....	767
R. v. Underwood .....	2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 .....	492
R. v. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 S.C.R. 154 .....	802
R. v. Wiles .....	2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895 .....	848
R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice .....	[2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843 .....	346
R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156 .....	278, 300
Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta .....	(1980), 120 D.L.R. (3d) 590 .....	285
Re B.C. Motor Vehicle Act .....	[1985] 2 S.C.R. 486 .....	374, 438, 799
Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31 .....	Board of Arbitration, Vancouver, June 1, 1976 .....	157
Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick .....	(1982), 49 N.B.R. (2d) 31 .....	158
Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528 .....	(1977), 17 L.A.C. (2d) 176 .....	547
Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home .....	(1983), 4 D.L.R. (4th) 231 .....	279
Reference re Agricultural Products Marketing Act .....	[1978] 2 S.C.R. 1198 .....	710
Reference re Anti-Inflation Act .....	[1976] 2 S.C.R. 373 .....	711
Reference re Assisted Human Reproduction Act .....	2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457 .....	752
Reference re Canada Assistance Plan (B.C.) .....	[1991] 2 S.C.R. 525 .....	713, 759
Reference re Firearms Act (Can.) .....	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 .....	706, 727, 787
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7) .....	[1993] 1 S.C.R. 839 .....	771
Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.) .....	[1987] 1 S.C.R. 313 .....	32, 100, 154, 262, 301, 542
Reference re Same-Sex Marriage .....	2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698 .....	653, 722, 752
Reference re Secession of Quebec .....	[1998] 2 S.C.R. 217 .....	711, 754
Reference re Securities Act .....	2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 .....	711, 752
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	[1984] 1 S.C.R. 297 .....	715, 736
Reininger v. Unique Personnel Canada Inc. ....	(2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 .....	546
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 S.C.R. 27 .....	644
RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1994] 1 S.C.R. 311 .....	65
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) .....	[1995] 3 S.C.R. 199 .....	74, 119, 159, 291, 365, 640, 715, 825
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) .....	[1993] 3 S.C.R. 519 .....	344, 439
Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada .....	2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 .....	231
Ross v. New Brunswick School District No. 15 .....	[1996] 1 S.C.R. 825 .....	75, 119
RWDSU v. Saskatchewan .....	[1987] 1 S.C.R. 460 .....	32, 100, 283, 301

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>S</b>		
S.L. v. Commission scolaire des Chênes .....	2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235 .....	628, 666
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott .....	2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467 .....	39, 379
Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp. ....	2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633 .....	235
Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer) .....	2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519 .....	45
Scandinavian Trading Co. A/B v. Zodiac Petroleum S.A. ....	[1981] 1 Lloyd's Rep. 81 .....	578
Schachter v. Canada .....	[1992] 2 S.C.R. 679 .....	430
Schneider v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 112 .....	365
Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich .....	426 U.S. 696 (1976) .....	46
Shah v. Xerox Canada Ltd. ....	(2000), 131 O.A.C. 44 .....	521, 571
Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania .....	(2014), 58 E.H.R.R. 10 .....	662
Slaight Communications Inc. v. Davidson .....	[1989] 1 S.C.R. 1038 .....	626
Smith v. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 .....	183, 231
Smith v. Jones .....	[1999] 1 S.C.R. 455 .....	436
State v. Scheidell .....	227 Wis.2d 285 (1999) .....	486
State v. Sullivan .....	216 Wis.2d 768 (1998) .....	491
Stolze v. Addario .....	(1997), 36 O.R. (3d) 323 .....	571
Suleman v. B.C. Research Council .....	(1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 .....	540
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) .....	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3 .....	43, 377
Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec .....	[1991] T.A. 666 .....	546
Sweitzer v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 949 .....	484
Syndicat Northcrest v. Amselem .....	2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551 .....	660
<b>T</b>		
Taylor v. Oakes, Roncoroni, and Co. ....	(1922), 127 L.T. 267 .....	577
Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways) .....	2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69 .....	522, 567
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) .....	[1990] 1 S.C.R. 425 .....	421
Tsilhqot'in Nation v. British Columbia .....	2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256 .....	364, 756
Turner v. Sawdon & Co. ....	[1901] 2 K.B. 653 .....	539
Turp v. Canada (Justice) .....	2012 FC 893, [2014] 1 F.C.R. 439 .....	322
<b>U</b>		
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General) .....	[1992] 1 S.C.R. 901 .....	283
United States v. McVeigh .....	153 F.3d 1166 (1998) .....	487
United States v. Stevens .....	935 F.2d 1380 (1991) .....	487
Universal Cargo Carriers Corp. v. Citati .....	[1957] 2 All E.R. 70 .....	534, 576
<b>V</b>		
Vacco v. Quill .....	521 U.S. 793 (1997) .....	346
Victoria (City) v. Adams .....	2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28 .....	392
Vriend v. Alberta .....	[1998] 1 S.C.R. 493 .....	305

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
<b>W</b>		
Wallace v. United Grain Growers Ltd. ....	[1997] 3 S.C.R. 701 .....	513
Ward v. Canada (Attorney General) .....	2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569 .....	715
Washington v. Glucksberg .....	521 U.S. 702 (1997) .....	346
Wells v. Newfoundland .....	[1999] 3 S.C.R. 199 .....	713
Western Excavating (ECC) Ltd. v. Sharp .....	[1978] 1 All E.R. 713 .....	524, 569
Whiting v. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp. ....	(1998), 159 D.L.R. (4th) 18 .....	521
Wiley v. State .....	74 S.W.3d 399 (2002) .....	487
Williams v. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd. ....	[1951] S.C.R. 762 .....	282
Woodar Investment Development Ltd. v. Wimpey Construction UK Ltd. ....	[1980] 1 All E.R. 571 .....	573
Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re) .....	[2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL) .....	157

# TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>A</b>		
A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille) ...	2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181 .....	369
Adler c. Ontario .....	[1996] 3 R.C.S. 609 .....	643
AFPC c. Canada .....	[1987] 1 R.C.S. 424 .....	32, 100, 301
Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 .....	233
Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence) .....	2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598 .....	184
Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony .....	2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 .....	45, 356, 637, 660, 827
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association .....	2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 .....	183, 231
Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401 .....	2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733 .....	47, 275
Anderson c. Bank of British Columbia .....	(1876), 2 Ch. D. 644 .....	437
Andrews c. Law Society of British Columbia .....	[1989] 1 R.C.S. 143 .....	441
Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3 .....	134, 146, 262, 302
Attorney-General c. National Labour Court .....	[1995-6] Isr. L.R. 149 .....	289
Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario .....	[1937] A.C. 326 .....	722
Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada .....	[1912] A.C. 571 .....	722
Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers .....	[1924] A.C. 328 .....	753
Authorson c. Canada (Procureur général) .....	2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40 .....	713
<b>B</b>		
B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto .....	[1995] 1 R.C.S. 315 .....	395
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 .....	715, 752
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta .....	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 .....	363, 710, 753
Belton c. Liberty Insurance Co. of Canada .....	(2004), 72 O.R. (3d) 81 .....	535
Bernard c. Canada (Procureur général) .....	2014 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227 .....	37
Bhasin c. Hrynew .....	2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494 .....	550
Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission) .....	2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307 .....	368, 431
BOC International Ltd. c. Federal Trade Commission .....	557 F.2d 24 (1977) .....	195
British and Beningtons, Ltd. c. North Western Cachar Tea Co. .....	[1923] A.C. 48 .....	577
Bruker c. Marcovitz .....	2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607 .....	642

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>C</b>		
Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie .....	2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195 .....	517
Caldwell c. State .....	356 S.W.3d 42 (2011) .....	487
Canada c. Craig .....	2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489 .....	69, 806
Canada (Chambre des communes) c. Vaid .....	2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 .....	151
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa .....	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 .....	232
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canadian Waste Services Holdings Inc. ....	2001 Trib. conc. 3, [2001] D.T.C.C. n° 3 (QL) .....	186
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. ....	2000 Trib. conc. 15, [2000] D.T.C.C. n° 15 (QL) .....	190
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc. ....	2001 CAF 104, [2001] 3 C.F. 185 .....	184
Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée ...	2006 CAF 233, [2007] 2 R.C.F. 3 .....	184
Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 .....	233
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc. ....	[1997] 1 R.C.S. 748 .....	191
Canada (Directeur des enquêtes et recherches : Loi sur la concurrence) c. Laidlaw Waste Systems Ltd. ....	[1992] D.T.C.C. n° 1 (QL) .....	195
Canada (Procureur général) c. Bedford .....	2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 ....	69, 101, 272, 315, 361, 431, 806
Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp. ....	2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610 .....	75, 119
Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society ....	2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 ...	364, 688, 710, 755, 818, 841
Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général) .....	2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76 .....	439
Canadian Pacific Railway Co. c. Zambri .....	[1962] R.C.S. 609 .....	273
Carscallen c. FRI Corp.....	(2005), 42 C.C.E.L. (3d) 196 .....	535
Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District) .....	2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 .....	639
Celgene Corp. c. Canada (Procureur général) .....	2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 .....	234
Chamberlain c. Surrey School District No. 36 .....	2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710 .....	638
Chaoulli c. Québec (Procureur général) .....	2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791 .....	367
Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration) .....	2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 .....	374
Ciarlariello c. Schacter .....	[1993] 2 R.C.S. 119 .....	370
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada .....	[1988] 2 R.C.S. 680 .....	766
Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan .....	2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371 .....	393
Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Ltée .....	2008 CAF 22 .....	184
Commissaire de la concurrence c. Supérieur Propane Inc. ....	2002 Trib. conc. 16 .....	201, 241
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) .....	2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135 .....	233
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP	2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649 .....	436
Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village) .....	2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650 .....	637
Cour eur. D. H., arrêt Kokkinakis c. Grèce .....	jugement du 25 mai 1993, série A n° 260-A ...	642



INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>D</b>		
David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co. ....	(2005), 76 O.R. (3d) 161 .....	314
Davis c. State .....	413 S.W.3d 816 (2013) .....	487
Delisle c. Canada (Sous-procureur général) .....	[1999] 2 R.C.S. 989 .....	22, 94
Demir c. Turquie .....	n° 34503/97, CEDH 2008-V .....	288
Devlin c. NEMI Northern Energy & Mining Inc. ....	2010 BCSC 1822, 86 C.C.E.L. (3d) 268 ....	518
Directeur des enquêtes et recherches c. Hillsgate Holdings Ltd. ....	1992 CanLII 1901 .....	187
Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) .....	2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157 ...	82, 285, 304
Doré c. Barreau du Québec .....	2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395 ....	626, 658
Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation) ....	2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3 .....	769
Downtown Eatery (1993) Ltd. c. Ontario .....	(2001), 54 O.R. (3d) 161 .....	529
Dunmore c. Ontario (Procureur général) .....	2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 ...	37, 100, 299, 326
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick .....	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 .....	183, 230
<b>E</b>		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général) .....	[1989] 2 R.C.S. 1326 .....	661
Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova .....	n° 45701/99, CEDH 2001-XII .....	45, 642, 662
Eminence Property Developments Ltd. c. Heaney .....	[2010] EWCA Civ 1168, [2011] 2 All E.R. (Comm.) 223 .....	576
Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie .....	n° 68959/01, 21 avril 2009 (HUDOC) .....	288
Evans c. Teamsters Local Union No. 31 .....	2008 CSC 20, [2008] 1 R.C.S. 661 .....	554
<b>F</b>		
F.H. c. McDougall .....	2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41 .....	193
Farber c. Cie Trust Royal .....	[1997] 1 R.C.S. 846 .....	518, 566
Federal Commerce & Navigation Co. c. Molena Alpha Inc. ....	[1979] A.C. 757 .....	574
Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland .....	2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292 .....	710
Finney c. Barreau du Québec .....	2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17 .....	393, 437
Fleming c. Ireland .....	[2013] IESC 19 .....	346
Fleming c. Reid .....	(1991), 4 O.R. (3d) 74 .....	370
Fraternité des policiers de la Communauté urbaine de Montréal et Communauté urbaine de Montréal .....	[1984] T.A. 668 .....	546
Freeth c. Burr .....	(1874), L.R. 9 C.P. 208 .....	522, 569
<b>G</b>		
Gagnon c. Foundation Maritime Ltd. ....	[1961] R.C.S. 435 .....	276
Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Al- liance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057 .....	[1990] 1 R.C.S. 1298 .....	92
General Billposting Co. c. Atkinson .....	[1909] A.C. 118 .....	522, 569
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing .....	[1989] 1 R.C.S. 641 .....	734
Glencore Grain Rotterdam BV c. Lebanese Organisation for Interna- tional Commerce .....	[1997] 4 All E.R. 514 .....	577
Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon .....	[1984] 1 R.C.S. 509 .....	92

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>H</b>		
Haldane c. Shelbar Enterprises Ltd. ....	(1999), 46 O.R. (3d) 206 .....	537
Halifax (Regional Municipality) and I.A.F.F., Loc. 268 (Re) .....	(1998), 71 L.A.C. (4th) 129 .....	158
Harper c. Canada (Procureur général) .....	2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827 .....	75
Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique .....	2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 .....	21, 83, 134, 146, 153, 262, 301, 662
Hegeman c. Carter .....	2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112 .....	395
Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission .....	132 S. Ct. 694 (2012) .....	662
Housen c. Nikolaisen .....	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 .....	497, 564
Hunt c. T&N plc .....	[1993] 4 R.C.S. 289 .....	723
Hunter c. Southam Inc. ....	[1984] 2 R.C.S. 145 .....	290, 661, 771
<b>I</b>		
IBM Canada Limitée c. Waterman .....	2013 CSC 70, [2013] 3 R.C.S. 985 .....	556, 579
In re Rubel Bronze and Metal Co. and Vos .....	[1918] 1 K.B. 315 .....	520, 566
Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire) .....	[1990] 2 R.C.S. 367 .....	34, 299
<b>J</b>		
J.B. c. Canada, Communication .....	n° 118/1982 (1986), Doc. N.U. CCPR/C/OP/2, Sélection de décisions du Comité des droits de l'homme prises en vertu du Protocole facultatif, vol. 2 (1991), p. 36 .....	320
<b>K</b>		
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc. ....	2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 .....	715, 752
Koach La Ovdim c. Jerusalem Cinematheque .....	(2009), 29 I.L.L.R. 329 .....	289
<b>L</b>		
Labarre c. Spiro Méga inc. ....	2001 CarswellQue 1753 .....	535
Lake c. Canada (Ministre de la Justice) .....	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761 .....	626
Lake Ontario Portland Cement Co. c. Groner .....	[1961] R.C.S. 553 .....	578
Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209 .....	420, 820
Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario ...	[1991] 2 R.C.S. 211 .....	36, 91
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu) .....	2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38 .....	393
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Jus- tice) .....	2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120 .....	75, 119, 429
<b>M</b>		
MacKay c. Avco Financial Services Canada Ltd. ....	(1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 353 .....	548
Malette c. Shulman .....	(1990), 72 O.R. (2d) 417 .....	370
McKinley c. BC Tel .....	2001 CSC 38, [2001] 2 R.C.S. 161 .....	537

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission) .....	2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 ....	184, 230
McMillan c. La Reine .....	[1977] 2 R.C.S. 824 .....	486
Meredith c. Canada (Procureur général) .....	2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125 .....	22, 106
Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans) .....	2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6 .....	65
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys .....	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256 .....	626, 675
<b>N</b>		
N.B.T.F. c. New Brunswick (Board of Management) .....	2004 CarswellNB 653 (WL Can.) .....	158
Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec .....	[1992] R.J.Q. 361 .....	370
Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique .....	2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256 ....	364, 756
National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago .....	440 U.S. 490 (1979) .....	662
National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp. ....	301 U.S. 1 (1937) .....	47
National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. United Kingdom .....	n° 31045/10, 8 avril 2014 (HUDOC) .....	288
New Brunswick (Board of Management) c. N.B.U.P.P.E. ....	2006 CarswellNB 332 (WL Can.) .....	158
New Brunswick (Board of Management) and N.B.U.P.P.E. ....	(2010), 184 C.L.R.B.R. (2d) 72 .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2004] N.B.L.E.B.D. No. 24 (QL) .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2004] N.B.L.E.B.D. No. 36 (QL) .....	158
New Brunswick (Board of Management) (Re) .....	[2011] N.B.L.E.B.D. No. 12 (QL) .....	158
New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative) .....	[1993] 1 R.C.S. 319 .....	151
New Histadrut General Workers' Union c. State of Israel .....	(2006), 25 I.L.L.R. 375 .....	289
Nolan c. Kerry (Canada) Inc. ....	2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678 .....	234
Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals .....	2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616 .....	234
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada ...	[1980] 1 R.C.S. 115 .....	766
Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.) .....	[1999] 3 R.C.S. 46 .....	368
<b>O</b>		
Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson .....	[1998] 3 R.C.S. 157 .....	36
Ontario (Procureur général) c. Fraser .....	2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3 ...	21, 83, 146, 262, 301, 363, 806
Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association .....	2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 .....	30
<b>P</b>		
Park c. Parsons Brown & Co. ....	(1989), 39 B.C.L.R. (2d) 107 .....	516
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 .....	559
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba ...	[1991] 2 R.C.S. 869 .....	442
Perfection Foods Limited c. Retail Wholesale Dairy Worker Union, Local 1515 .....	(1986), 57 Nfld. & P.E.I.R. 147 .....	312
Perrault c. Gauthier .....	(1898), 28 R.C.S. 241 .....	273
Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers) .....	[1994] 2 R.C.S. 557 .....	184, 230
Pierce c. Canada Trust Realtor .....	(1986), 11 C.C.E.L. 64 .....	548
Plourde c. Compagnie Wal-Mart du Canada .....	2009 CSC 54, [2009] 3 R.C.S. 465 .....	309

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Polglase c. Polglase .....	(1979), 18 B.C.L.R. 294 .....	395
Pretty c. Royaume-Uni .....	n° 2346/02, CEDH 2002-III .....	346
Prince Edward Island (Department of Health & Wellness) c. P.E.I.U.P.S.E. ....	2010 CarswellPEI 78 (WL Can.) .....	158
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307 .....	441
<b>Q</b>		
Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association .....	2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536 .....	710
Québec (Procureur général) c. Lacombe .....	2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453 ....	715, 752
<b>R</b>		
R. c. Advance Cutting & Coring Ltd. ....	2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209 .....	36, 91, 290
R. c. Anderson .....	2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167 ....	438, 817, 845
R. c. Arcangioli .....	[1994] 1 R.C.S. 129 .....	484
R. c. Arp .....	[1998] 3 R.C.S. 339 .....	488
R. c. Avetysan .....	2000 CSC 56, [2000] 2 R.C.S. 745 .....	596
R. c. B. (C.R.) .....	[1990] 1 R.C.S. 717 .....	488
R. c. Babos .....	2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309 .....	846
R. c. Bain .....	[1992] 1 R.C.S. 91 .....	820, 851
R. c. Big M Drug Mart Ltd. ....	[1985] 1 R.C.S. 295 .....	39, 82, 290, 304, 647, 663, 753, 802
R. c. Brousseau .....	2006 QCCA 858 .....	489
R. c. Brown .....	[1994] 3 R.C.S. 749 .....	804
R. c. Buzizi .....	2013 CSC 27, [2013] 2 R.C.S. 248 .....	493
R. c. C. (T.) .....	(2004), 189 C.C.C. (3d) 473 .....	492
R. c. Chin .....	2009 ABCA 226, 457 A.R. 233 .....	836
R. c. Cinous .....	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3 .....	484
R. c. CIP Inc. ....	[1992] 1 R.C.S. 843 .....	661
R. c. Clarke .....	(1998), 129 C.C.C. (3d) 1 .....	492
R. c. Cooper .....	[1993] 1 R.C.S. 146 .....	597
R. c. Corbett .....	[1988] 1 R.C.S. 670 .....	483, 603
R. c. D.B. ....	2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3 .....	438
R. c. Daley .....	2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523 .....	597
R. c. Edwards Books and Art Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 713 .....	648, 662, 753
R. c. Elliston .....	2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109 ....	836
R. c. Felawka .....	[1993] 4 R.C.S. 199 .....	835
R. c. Ferguson .....	2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96 .....	359, 802, 849
R. c. Fitzpatrick .....	[1995] 4 R.C.S. 154 .....	421
R. c. Goldhar .....	(1941), 76 C.C.C. 270 .....	595
R. c. Goltz .....	[1991] 3 R.C.S. 485 .....	804, 830
R. c. Grandinetti .....	2005 CSC 5, [2005] 1 R.C.S. 27 .....	481
R. c. Gruenke .....	[1991] 3 R.C.S. 263 .....	436
R. c. Hamilton .....	2003 BCCA 490, 180 C.C.C. (3d) 80 .....	489

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Handy .....	2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908 .....	481
R. c. Hape .....	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292 ....	284, 321
R. c. Harrer .....	[1995] 3 R.C.S. 562 .....	484
R. c. Hart .....	2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544 .....	493
R. c. Hay .....	2013 CSC 61, [2013] 3 R.C.S. 694 .....	590
R. c. Henry .....	2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 .....	806
R. c. Heywood .....	[1994] 3 R.C.S. 761 .....	802
R. c. Hibbert .....	2002 CSC 39, [2002] 2 R.C.S. 445 .....	603
R. c. Humaid .....	(2006), 37 C.R. (6th) 347 .....	492
R. c. Ipeelee .....	2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 .....	799
R. c. Jack .....	(1996), 113 Man. R. (2d) 260 .....	846
R. c. Jack .....	[1997] 2 R.C.S. 334 .....	847
R. c. Jackson .....	2013 ONCA 632, 301 C.C.C. (3d) 358 ....	492
R. c. Jacquard .....	[1997] 1 R.C.S. 314 .....	596
R. c. Jaw .....	2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26 .....	596
R. c. Keegstra .....	[1990] 3 R.C.S. 697 .....	40
R. c. Kendall .....	(1987), 35 C.C.C. (3d) 105 .....	489
R. c. Keyowski .....	[1988] 1 R.C.S. 657 .....	846
R. c. Khelawon .....	2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787 .....	497
R. c. Kokesch .....	[1990] 3 R.C.S. 3 .....	429
R. c. L. (D.O.) .....	[1993] 4 R.C.S. 419 .....	483
R. c. M. (C.A.) .....	[1996] 1 R.C.S. 500 .....	799
R. c. MacDonald .....	2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37 .....	813, 831
R. c. Malmo-Levine .....	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571 ....	438, 450
R. c. McClure .....	2001 CSC 14, [2001] 1 R.C.S. 445 .....	436
R. c. McMillan .....	(1975), 7 O.R. (2d) 750 .....	487
R. c. Mills .....	[1999] 3 R.C.S. 668 .....	433, 802
R. c. Morgentaler .....	[1988] 1 R.C.S. 30 .....	368, 802
R. c. Morin .....	[1988] 2 R.C.S. 345 .....	499
R. c. Morrissey .....	2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90 ....	800, 830
R. c. Murphy .....	2012 ONCA 573, 295 O.A.C. 281 .....	492
R. c. Nasogaluak .....	2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206 .....	834
R. c. National Post .....	2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477 .....	45
R. c. Neil .....	2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631 .....	439
R. c. Nixon .....	2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566 .....	845
R. c. Noël .....	2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433 .....	484
R. c. O'Connor .....	[1995] 4 R.C.S. 411 .....	845
R. c. Oakes .....	[1986] 1 R.C.S. 103 .....	74, 379, 428, 640, 825
R. c. Parker .....	(2000), 49 O.R. (3d) 481 .....	370
R. c. Pollock .....	(2004), 187 C.C.C. (3d) 213 .....	489
R. c. Proctor .....	(1992), 69 C.C.C. (3d) 436 .....	594
R. c. Prosper .....	[1994] 3 R.C.S. 236 .....	771
R. c. Quesnelle .....	2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390 .....	495
R. c. Rodgers .....	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554 .....	433
R. c. Rodney .....	[1990] 2 R.C.S. 687 .....	593
R. c. Samuels .....	(2005), 196 C.C.C. (3d) 403 .....	609
R. c. Scopelliti .....	(1981), 34 O.R. (2d) 524 .....	489
R. c. Seaboyer .....	[1991] 2 R.C.S. 577 .....	480

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Shearing .....	2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33 .....	484, 593
R. c. Sims .....	(1994), 28 C.R. (4th) 231 .....	489
R. c. Skolnick .....	[1982] 2 R.C.S. 47 .....	856
R. c. Smickle .....	2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25 .....	821
R. c. Smierciak .....	[1947] 2 D.L.R. 156 .....	595
R. c. Smith .....	[1987] 1 R.C.S. 1045 .....	798, 830
R. c. Snobelen .....	[2008] O.J. No. 6021 (QL) .....	831
R. c. Stinchcombe .....	[1991] 3 R.C.S. 326 .....	495
R. c. Swain .....	[1991] 1 R.C.S. 933 .....	374
R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 R.C.S. 695 .....	767
R. c. Underwood .....	2002 ABCA 310, 170 C.C.C. (3d) 500 .....	492
R. c. Wholesale Travel Group Inc. ....	[1991] 3 R.C.S. 154 .....	802
R. c. Wiles .....	2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895 .....	848
R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice .....	[2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843 .....	346
Re Alberta Union of Provincial Employees and the Crown in Right of Alberta .....	(1980), 120 D.L.R. (3d) 590 .....	285
Re British Columbia Railway Co. and General Truck Drivers and Helpers Union, Local No. 31 .....	Board of Arbitration, Vancouver, June 1, 1976 .....	157
Re Canadian Union of Public Employees and Province of New Brunswick .....	(1982), 49 R.N.-B. (2 <sup>e</sup> ) 31 .....	158
Re Ontario Jockey Club and Mutuel Employees' Association, Service Employees' International Union, Local 528 .....	(1977), 17 L.A.C. (2d) 176 .....	547
Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home .....	(1983), 4 D.L.R. (4th) 231 .....	279
Reininger c. Unique Personnel Canada Inc. ....	(2002), 21 C.C.E.L. (3d) 278 .....	546
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation .....	[1976] 2 R.C.S. 373 .....	711
Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles .....	[1978] 2 R.C.S. 1198 .....	710
Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée .....	2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457 .....	752
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.) .....	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 .....	706, 727, 787
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7) .....	[1993] 1 R.C.S. 839 .....	771
Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières .....	2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 .....	711, 752
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.) ....	[1987] 1 R.C.S. 313 .....	32, 100, 154, 262, 301, 542
Renvoi relatif à la sécession du Québec .....	[1998] 2 R.C.S. 217 .....	711, 754
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	[1984] 1 R.C.S. 297 .....	716, 736
Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe .....	2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698 .....	653, 722, 752
Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.) ...	[1991] 2 R.C.S. 525 .....	713, 759
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.) .....	[1985] 2 R.C.S. 486 .....	374, 438, 799
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) .....	[1998] 1 R.C.S. 27 .....	644
RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1994] 1 R.C.S. 311 .....	65
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) .....	[1995] 3 R.C.S. 199 .....	74, 119, 159, 291, 365, 640, 715, 825

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1993] 3 R.C.S. 519 .....	344, 439
Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique .....	2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 .....	231
Ross c. Conseil scolaire du district n° 15 du Nouveau-Brunswick ....	[1996] 1 R.C.S. 825 .....	75, 119

### S

S.D.G.M.R., section locale 558 c. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd. ....	2002 CSC 8, [2002] 1 R.C.S. 156 .....	278, 300
S.L. c. Commission scolaire des Chênes .....	2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235 .....	628, 660
Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott .....	2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467 .....	39, 379
Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp. ....	2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633 .....	235
Sauvé c. Canada (Directeur général des élections) .....	2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519 .....	45
Scandinavian Trading Co. A/B c. Zodiac Petroleum S.A. ....	[1981] 1 Lloyd's Rep. 81 .....	578
Schachter c. Canada .....	[1992] 2 R.C.S. 679 .....	430
Schneider c. La Reine .....	[1982] 2 R.C.S. 112 .....	365
SDGMR c. Saskatchewan .....	[1987] 1 R.C.S. 460 .....	32, 100, 283, 301
SEFPO c. Ontario (Procureur général) .....	[1987] 2 R.C.S. 2 .....	755
Serbian Eastern Orthodox Diocese c. Milivojevich .....	426 U.S. 696 (1976) .....	46
Shah c. Xerox Canada Ltd. ....	(2000), 131 O.A.C. 44 .....	521, 571
Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie.....	n° 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC) .....	662
Slaight Communications Inc. c. Davidson .....	[1989] 1 R.C.S. 1038 .....	626
Smith c. Alliance Pipeline Ltd. ....	2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 .....	183, 231
Smith c. Jones .....	[1999] 1 R.C.S. 455 .....	436
State c. Scheidell .....	227 Wis.2d 285 (1999) .....	486
State c. Sullivan .....	216 Wis.2d 768 (1998) .....	491
Stolze c. Addario .....	(1997), 36 O.R. (3d) 323 .....	571
Suleman c. B.C. Research Council .....	(1990), 52 B.C.L.R. (2d) 138 .....	540
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) .....	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3 .....	43, 377
Sûreté du Québec et Association des policiers provinciaux du Québec .....	[1991] T.A. 666 .....	546
Sweitzer c. La Reine .....	[1982] 1 R.C.S. 949 .....	484
Syndicat canadien de la Fonction publique c. Conseil des relations du travail (Nouvelle-Écosse) .....	[1983] 2 R.C.S. 311 .....	312
Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 c. Montréal (Ville) .....	[1997] 1 R.C.S. 793 .....	292
Syndicat Northcrest c. Amselem .....	2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551 .....	660

### T

Taylor c. Oakes, Roncoroni, and Co. ....	(1922), 127 L.T. 267 .....	577
Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie) .....	2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69 .....	522, 567
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce) .....	[1990] 1 R.C.S. 425 .....	421
Turner c. Sawdon & Co. ....	[1901] 2 K.B. 653 .....	539
Turp c. Canada (Justice) .....	2012 CF 893, [2014] 1 R.C.F. 439 .....	322

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
<b>U</b>		
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général) .....	[1992] 1 R.C.S. 901 .....	283
United States c. McVeigh .....	153 F.3d 1166 (1998) .....	487
United States c. Stevens .....	935 F.2d 1380 (1991) .....	487
Universal Cargo Carriers Corp. c. Citati .....	[1957] 2 All E.R. 70 .....	534, 576
<b>V</b>		
Vacco c. Quill .....	521 U.S. 793 (1997) .....	346
Victoria (City) c. Adams .....	2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28 .....	392
Vriend c. Alberta .....	[1998] 1 R.C.S. 493 .....	304
<b>W</b>		
Wallace c. United Grain Growers Ltd. .....	[1997] 3 R.C.S. 701 .....	513
Ward c. Canada (Procureur général) .....	2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569 .....	615
Washington c. Glucksberg .....	521 U.S. 702 (1997) .....	346
Wells c. Terre-Neuve .....	[1999] 3 R.C.S. 199 .....	713
Western Excavating (ECC) Ltd. c. Sharp .....	[1978] 1 All E.R. 713 .....	524, 569
Whiting c. Winnipeg River Brokenhead Community Futures Development Corp. ....	(1998), 159 D.L.R. (4th) 18 .....	521
Wiley c. State .....	74 S.W.3d 399 (2002) .....	487
Williams c. Aristocratic Restaurants (1947) Ltd. ....	[1951] R.C.S. 762 .....	282
Woodar Investment Development Ltd. c. Wimpey Construction UK Ltd. ....	[1980] 1 All E.R. 571 .....	573
Workplace Health, Safety and Compensation Commission (Re) .....	[2005] N.B.L.E.B.D. No. 60 (QL) .....	157



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>C</b>		<b>E</b>	
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Ending the Long-gun Registry Act</i> , S.C. 2012,	
s. 1 .....	3, 125, 245, 331, 401	c. 6	
s. 2(a) .....	613	s. 29 .....	693
s. 2(d) .....	3, 125, 245	<i>Expenditure Restraint Act</i> , S.C. 2009, c. 2	
s. 7 .....	331, 401	s. 393 .....	125
s. 8 .....	401		
s. 11(b) .....	691	<b>P</b>	
s. 12 .....	773	<i>Proceeds of Crime (Money Laundering) and</i>	
s. 24(1) .....	331	<i>Terrorist Financing Act</i> , S.C. 2000, c. 17	
<i>Charter of human rights and freedoms</i> , CQLR,		s. 5(i) .....	401
c. C-12		s. 5(j) .....	401
s. 3 .....	613	s. 62 .....	401
<i>Competition Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-34		s. 63 .....	401
s. 92 .....	161	s. 63.1 .....	401
s. 96 .....	161	s. 64 .....	401
<i>Competition Tribunal Act</i> , R.S.C. 1985, c. 19		<i>Proceeds of Crime (Money Laundering) and</i>	
(2nd Supp.)		<i>Terrorist Financing Regulations</i> , SOR/	
s. 13(1) .....	161	2002-184	
<i>Constitution Act, 1867</i>		s. 11.1 .....	401
s. 91(27) .....	331, 693	s. 33.3 .....	401
s. 92(7) .....	331	s. 33.4 .....	401
s. 92(13) .....	331	s. 33.5 .....	401
s. 92(16) .....	331	s. 59.4 .....	401
<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46		<i>Public Service Essential Services Act</i> , S.S. 2008,	
s. 14 .....	331	c. P-42.2 .....	245
s. 95 .....	773	<i>Public Service Labour Relations Act</i> , S.C. 2003,	
s. 241(b) .....	331	c. 22	
s. 794(2) .....	399	s. 2(1) “employee” (d) .....	3
		<i>Public Service Superannuation Act</i> , R.S.N.B.	
		1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2]	
		s. 16 .....	500

**R**

*Regulation respecting the application of the  
Act respecting private education, CQLR,  
c. E-9.1, r. 1  
s. 22 ..... 613*

*Royal Canadian Mounted Police Regulations,  
1988, SOR/88-361  
s. 96 ..... 3*

**T**

*Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008,  
c. 26 ..... 245*

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur le contrôle des dépenses</i> , L.C. 2009, c. 2	
art. 1 .....	3, 125, 245, 331, 401	art. 393 .....	125
art. 2a) .....	613	<i>Loi sur la pension de retraite dans les services   publics</i> , L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2]	
art. 2d) .....	3, 125, 245	art. 16 .....	500
art. 7 .....	331, 401	<i>Loi sur le recyclage des produits de la crimi-   nalité et le financement des activités   terroristes</i> , L.C. 2000, c. 17	
art. 8 .....	401	art. 5i) .....	401
art. 11b) .....	691	art. 5j) .....	401
art. 12 .....	773	art. 62 .....	401
art. 24(1) .....	331	art. 63 .....	401
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> , RLRQ, c. C-12		art. 63.1 .....	401
art. 3 .....	613	art. 64 .....	401
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, c. C-46		<i>Loi sur le Tribunal de la concurrence</i> , L.R.C. 1985, c. 19 (2 <sup>e</sup> suppl.)	
art. 14 .....	331	art. 13(1) .....	161
art. 95 .....	773	<i>Loi sur les relations de travail dans la fonction   publique</i> , L.C. 2003, c. 22	
art. 241b) .....	331	art. 2(1) « fonctionnaire » d) .....	3
art. 794(2) .....	399	<b>P</b>	
<b>L</b>			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		<i>Public Service Essential Services Act</i> , S.S. 2008, c. P-42.2 .....	245
art. 91(27) .....	331, 693		
art. 92(7) .....	331		
art. 92(13) .....	331		
art. 92(16) .....	331		
<i>Loi sur l'abolition du registre des armes   d'épaule</i> , L.C. 2012, c. 6			
art. 29 .....	693		
<i>Loi sur la concurrence</i> , L.R.C. 1985, c. C-34			
art. 92 .....	161		
art. 96 .....	161		

**R**

<i>Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé</i> , RLRQ, c. E-9.1, r. 1	
art. 22 .....	613
<i>Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)</i> , DORS/88-361	
art. 96 .....	3
<i>Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes</i> , DORS/2002-184	
art. 11.1 .....	401
art. 33.3 .....	401
art. 33.4 .....	401
art. 33.5 .....	401
art. 59.4 .....	401

**T**

<i>Trade Union Amendment Act, 2008</i> , S.S. 2008, c. 26 .....	245
---	-----

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGES
Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 <i>U.T.L.J.</i> 487. ....	716
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> , 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50). ....	57, 275
Adams, Roy J. “A Pernicious Euphoria: 50 Years of Wagnerism in Canada” (1995), 3 <i>C.L.E.L.J.</i> 321. ....	96
Adams, Roy J. <i>Labour Left Out: Canada’s Failure to Protect and Promote Collective Bargaining as a Human Right</i> . Ottawa: Canadian Centre for Policy Alternatives, 2006. ....	308
Adams, Roy J. “Public Employment Relations: Canadian Developments in Perspective”, in Gene Swimmer, ed., <i>Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring</i> . Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001, 212. ....	98
Adams, Roy J. “The Supreme Court, Collective Bargaining and International Law: A Reply to Brian Langille” (2008), 14 <i>C.L.E.L.J.</i> 317. ....	287
Adell, Bernard, Michel Grant and Allen Ponak. <i>Strikes in Essential Services</i> . Kingston: IRC Press, 2001. ....	283
Anderson, John C., and Thomas A. Kochan. “Collective Bargaining in the Public Service of Canada” (1977), 32 <i>Relat. ind.</i> 234. ....	71
Arthurs, H. W. “Tort Liability for Strikes in Canada: Some Problems of Judicial Workmanship” (1960), 38 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 346. ....	303
Association internationale du barreau. <i>Les principes internationaux de déontologie de la profession juridique</i> , adoptés le 28 mai 2011. ....	442
Barak, Aharon. <i>Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right</i> , trans. by Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015. ....	638
Barak, Aharon. “Proportionality (2)”, in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, eds., <i>The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law</i> . Oxford: Oxford University Press, 2012, 738. ....	639
Barnacle, Peter. <i>Employment Law in Canada</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated June 2014, release 51). ....	521
<i>Barron’s Canadian Law Dictionary</i> , 6th ed. by John A. Yogis and Catherine Cotter. Hauppauge, N.Y.: Barron’s Educational Series, 2009, “constructive”. ....	520
Bellace, Janice R. “The ILO and the right to strike” (2014), 153 <i>Int’l Lab. Rev.</i> 29. ....	286
Berger, Benjamin L. “Religious Diversity, Education, and the ‘Crisis’ in State Neutrality” (2014), 29 <i>C.J.L.S./R.C.D.S.</i> 103. ....	644
Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 641. ....	640

	PAGES
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "constructive". .....	520
Bogg, Alan, and Keith Ewing. "A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada" (2012), 33 <i>Comp. Lab. L. &amp; Pol'y J.</i> 379. ....	55
Boudreau, Spencer. "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 <i>Religion &amp; Education</i> 212. ....	628
Brown, Donald J. M., and David M. Beatty. <i>Canadian Labour Arbitration</i> , 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1984. ....	546
Brown, R. Blake. <i>Arming and Disarming: A History of Gun Control in Canada</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2012. ....	725, 752
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008. ....	40
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 6 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014. ....	752
Bureau international du Travail. <i>La négociation collective dans la fonction publique : un chemin à suivre</i> , Conférence internationale du Travail, 102 <sup>e</sup> sess., Rapport III (Partie 1B), Genève, Le Bureau, 2013. ....	158
Burkett, Brian W. "The Future of the <i>Wagner Act</i> : A Canadian-American Comparison" (2013), 38 <i>Queen's L.J.</i> 363. ....	58
Campbell, A. Neil. <i>Merger Law and Practice: The Regulation of Mergers Under the Competition Act</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1997. ....	200
Canada. Advisory Committee on Labour Management Relations in the Federal Public Service. <i>Working Together in the Public Interest</i> . Ottawa: Treasury Board of Canada, 2001. ....	71
Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. « Projet de loi C-19 : <i>Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu</i> », Résumé législatif n° 41-1-C19-F, par Tanya Dupuis, Cynthia Kirkby et Robin MacKay, Division des affaires juridiques et législatives, 1 <sup>er</sup> novembre 2011. ....	725
Canada. Bureau de l'enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d'assurances de la GRC. <i>Une question de confiance : Rapport de l'enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d'assurances de la GRC</i> , Ottawa, Le Bureau, 2007. ...	65
Canada. Bureau de la concurrence. <i>Fusions — Lignes directrices pour l'application de la loi</i> , Gatineau, Le Bureau, 2011. ....	206
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian Sentencing Commission</i> . Ottawa: The Commission, 1987. ....	825
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n° 30, 1 <sup>re</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 7 novembre 2006, p. 1. ....	833
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Témoignages</i> , n° 34, 1 <sup>re</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 23 novembre 2006, p. 1, 3-4 et 8. ....	833
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VIII, 1 <sup>re</sup> sess., 33 <sup>e</sup> lég., 7 avril 1986, p. 11962. ....	201
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, n° 134, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 30 novembre 1994, p. 8476. ....	726
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, n° 154, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 16 février 1995, p. 9709. ....	726

Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, n° 216, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 12 juin 1995, p. 13631. ....	726
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 141, n° 33, 1 <sup>re</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 5 juin 2006, p. 1941 et 1943. ....	836
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 146, n° 036, 1 <sup>re</sup> sess., 41 <sup>e</sup> lég., 25 octobre 2011, p. 2437. ....	729
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 146, n° 041, 1 <sup>re</sup> sess., 41 <sup>e</sup> lég., 1 <sup>er</sup> novembre 2011, p. 2779, 2780, 2799. ....	761
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale</i> , n° 012, 1 <sup>re</sup> sess., 41 <sup>e</sup> lég., 17 novembre 2011, p. 1-2. ....	730
Canada. Comité consultatif sur les relations patronales-syndicales dans la fonction publique fédérale. <i>Travailler ensemble dans l'intérêt public</i> , Ottawa, Secrétariat du Conseil du Trésor, 2001. ....	72
Canada. Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique. <i>Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique</i> , Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965. ...	27
Canada. Commissariat à la protection de la vie privée. <i>Examen des pratiques relatives au traitement des renseignements personnels du Programme canadien des armes à feu</i> , Rapport final, 29 août 2001. ....	742
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine</i> , Ottawa, La Commission, 1987. ....	825
Canada. Competition Bureau. <i>Merger Enforcement Guidelines</i> . Gatineau: The Bureau, 2011. ....	206
Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. <i>Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail</i> , Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1969. ....	27, 278
Canada. Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC. <i>Rétablir la confiance : Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC</i> , Ottawa, Le Groupe de travail, 2007. ....	65
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Public Safety and National Security</i> , No. 012, 1st Sess., 41st Parl., November 17, 2011, pp. 1-2. ....	730
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VIII, 1st Sess., 33rd Parl., April 7, 1986, p. 11962. ....	201
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, p. 9709. ....	726
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, No. 216, 1st Sess., 35th Parl., June 12, 1995, p. 13631. ....	726
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, pp. 1941 and 1943. ....	836
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 146, No. 036, 1st Sess., 41st Parl., October 25, 2011, p. 2437. ....	729
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 146, No. 041, 1st Sess., 41st Parl., November 1, 2011, pp. 2779, 2780, 2799. ....	761
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, p. 1. ....	833
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Evidence</i> , No. 34, 1st Sess., 39th Parl., November 23, 2006, pp. 1, 3-4 and 8. ....	833

Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. “Bill C-19: <i>An Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act</i> ”, Legislative Summary No. 41-1-C19-E, by Tanya Dupuis, Cynthia Kirkby and Robin MacKay, Legal and Legislative Affairs Division, November 1, 2011. ....	725
Canada. Minister of Consumer and Corporate Affairs. <i>Competition Law Amendments: A Guide</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1985. ....	201
Canada. Minister of Finance. <i>Protecting Canada’s Future: Economic and Fiscal Statement, November 27, 2008</i> . Ottawa: Department of Finance, 2008. ....	137
Canada. Ministre de la Consommation et des Corporations. <i>Réforme de la législation sur la concurrence : Guide</i> , Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1985. ....	201
Canada. Ministre des Finances. <i>Protéger l’avenir du Canada : Énoncé économique et financier, le 27 novembre 2008</i> , Ottawa, Ministère des Finances, 2008. ....	137
Canada. Office of the Independent Investigator into RCMP Pension and Insurance Matters. <i>A Matter of Trust: Report of the Independent Investigator into Matters Relating to RCMP Pension and Insurance Plans</i> . Ottawa: The Office, 2007. ....	65
Canada. Office of the Privacy Commissioner. <i>Review of the Personal Information Handling Practices of the Canadian Firearms Program</i> , Final Report, August 29, 2001. ....	742
Canada. Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service. <i>Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service</i> . Ottawa: Queen’s Printer, 1965. ....	27
Canada. Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP. <i>Rebuilding the Trust: Report of the Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP</i> . Ottawa: The Task Force, 2007. ....	65
Canada. Task Force on Labour Relations. <i>Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations</i> . Ottawa: Privy Council Office, 1969. ....	27, 278
Canada/Québec. <i>Accord financier Canada-Québec relatif à l’administration de la Loi sur les armes à feu</i> , 1 <sup>er</sup> avril 2006 au 31 mars 2010, entente n° 2012-004. ....	749
Caron, Renée. <i>Employment in the Federal Public Service</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated by Emond Harnden LLP, August 2009, release 5). ....	71
Carpenter, Dale. “Expressive Association and Anti-Discrimination Law After <i>Dale</i> : A Tripartite Approach” (2001), 85 <i>Minn. L. Rev.</i> 1515. ....	42
Carter, Donald D., et al. <i>Labour Law in Canada</i> , 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002. ....	58
<i>Concise Oxford English Dictionary</i> , 12th ed. by Angus Stevenson and Maurice Waite, eds. Oxford: Oxford University Press, 2011, “appoint”, “appointment”. ....	560
Conférence internationale du Travail. Commission d’experts pour l’application des conventions et recommandations. <i>Liberté syndicale et négociation collective</i> , Genève, Bureau international du Travail, 1994. ....	286
Conférence internationale du Travail, 102 <sup>e</sup> sess., <i>Commission de l’application des normes de la conférence : Extraits du compte rendu des travaux</i> , Genève, Bureau international du Travail, 2013. ....	320
Conseil des barreaux européens. <i>Charte des principes essentiels de l’avocat européen</i> , dans <i>Charte des principes essentiels de l’avocat européen et Code de déontologie des avocats européens</i> , édition 2013, 5. ....	442
Corry, David J. <i>Collective Bargaining and Agreement</i> , vol. 2, <i>Collective Agreement Annotated</i> . Toronto: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated March 2014, release 19). ....	154
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. ....	321



Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011. ....	321
Council of Bars and Law Societies of Europe. <i>Charter of Core Principles of the European Legal Profession</i> , in <i>Charter of Core Principles of the European Legal Profession and Code of Conduct for European Lawyers</i> , edition 2013, 5. ....	442
Coutu, Michel, et autres. <i>Droit des rapports collectifs du travail au Québec</i> , vol. 1, <i>Le régime général</i> , 2 <sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013. ....	59
<i>Cross on Evidence</i> , 9th Australian ed. by John D. Heydon. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2013. ....	487
D'Aoust, Claude, and François Delorme. "The Origin of the Freedom of Association and of the Right to Strike in Canada: An Historical Perspective" (1981), 36 <i>Relat. ind.</i> 894. ....	274
Daly, Paul. "Dismantling Regulatory Structures: Canada's Long-Gun Registry as Case Study" (2014), 33 <i>N.J.C.L.</i> 169. ....	720, 759
Davidov, Guy. "Judicial Development of Collective Labour Rights — Contextually" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 235. ....	289
Deakin, Simon, and Gillian S. Morris. <i>Labour Law</i> , 6th ed. Oxford: Hart, 2012. ....	273
Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. "The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences" (2001), 39 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 287. ....	826
Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. "Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis" (2003), 30 <i>Crime &amp; Just.</i> 143. ....	826
Doorey, David J. "Employer 'Bullying': Implied Duties of Fair Dealing in Canadian Employment Contracts" (2005), 30 <i>Queen's L.J.</i> 500. ....	543
Doorey, David J. "Graduated Freedom of Association: Worker Voice Beyond the Wagner Model" (2013), 38 <i>Queen's L.J.</i> 511. ....	58
Dorsey, James E. "Individuals and Internal Union Affairs: The Right to Participate", in Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., <i>Studies in Labour Law</i> . Toronto: Butterworths, 1983, 193. ....	54
Driedger, Elmer A. <i>The Construction of Statutes</i> . Toronto: Butterworths, 1974. ....	644
Echlin, Randall Scott, and Jennifer M. Fantini. <i>Quitting for Good Reason: The Law of Constructive Dismissal in Canada</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001. ....	523
England, Geoffrey. <i>Individual Employment Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008. ....	521, 566
England, Geoffrey. "Some Thoughts on Constitutionalizing the Right to Strike" (1988), 13:2 <i>Queen's L.J.</i> 168. ...	274
États-Unis. National Labor Relations Board. <i>Legislative History of the National Labor Relations Act 1935</i> , vol. 1, Washington (D.C.), The Board, 1949. ....	106
Ewing, K. D., and John Hendy. "The Dramatic Implications of <i>Demir and Baykara</i> " (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 165. ....	288
Facey, Brian A., and Cassandra Brown. <i>Competition and Antitrust Laws in Canada: Mergers, Joint Ventures and Competitor Collaborations</i> . Markham, Ont.: LexisNexis, 2013. ....	187
Facey, Brian A., and Dany H. Assaf. <i>Competition and Antitrust Law: Canada and the United States</i> , 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014. ....	186
Facey, Brian A., Gregory Hilton-Sullivan and Mark Graham. "The Reinvigoration of Canadian Antitrust Law — Canada's New Approach to Merger Review" (2010), 6 <i>C.L.I.</i> 28. ....	211

Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. <i>Règlement type sur les exigences d'identification et de vérification de l'identité des clients</i> , adopté le 20 mars 2008 et modifié le 12 décembre 2008. ....	444
Federation of Law Societies of Canada. <i>Model Rule on Client Identification and Verification Requirements</i> , adopted March 20, 2008, and modified December 12, 2008. ....	444
Forcese, Dennis. « Le syndicalisme policier : relations de travail dans les forces policières canadiennes » (1980), 4 <i>Journal du Collège canadien de police</i> 85. ....	77
Forcese, Dennis. "Police Unionism: Employee-Management Relations in Canadian Police Forces" (1980), 4 <i>Canadian Police College Journal</i> 79. ....	76
Fudge, Judy. « Freedom of Association », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 5 <sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 527. ....	32
Fudge, Judy. "Freedom of Association", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 527. ....	32
Fudge, Judy. "Introduction: Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection", in Fay Faraday, Judy Fudge and Eric Tucker, eds., <i>Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case</i> . Toronto: Irwin Law, 2012, 1. ....	56
Fudge, Judy, and Eric Tucker. "The Freedom to Strike in Canada: A Brief Legal History" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 333. ....	274
Gendarmerie royale du Canada. <i>Le rapport sur l'administration de la Loi sur les armes à feu au Solliciteur général par le Directeur : Registre canadien des armes à feu</i> , Ottawa, GRC, 1999. ....	745
Gendarmerie royale du Canada. Représentants de relations fonctionnelles. <i>Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final</i> , janvier 2003. ....	29
Gendarmerie royale du Canada. Services d'évaluation du programme national. <i>Programme canadien des armes à feu de la GRC : Évaluation</i> , Rapport final approuvé, février 2010. ....	728
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: Equality Rights</i> . Toronto: Carswell, 1990. ....	661
<i>Grand Robert de la langue française</i> (version électronique), « neutraliser ». ....	221
Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 <i>Cardozo L. Rev.</i> 2369. ....	648
Habermas, Jürgen. "Religion in the Public Sphere" (2006), 14 <i>Eur. J. of Philos.</i> 1. ....	643
Hardy, J. Fred, and Allen Ponak. "Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police" (1983), 12 <i>J. Collective Negotiations</i> 87. ....	27
Hepple, Bob. "The Right to Strike in an International Context" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 133. ....	278
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1). ....	321, 710
Inazu, John D. <i>Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly</i> . New Haven, Conn.: Yale University Press, 2012. ....	42
International Bar Association. <i>International Principles on Conduct for the Legal Profession</i> , adopted May 28, 2011. ....	442
International Labour Conference. Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. <i>Freedom of Association and Collective Bargaining</i> . Geneva: International Labour Office, 1994. ....	286
International Labour Conference, 102nd Sess. <i>Conference Committee on the Application of Standards: Extracts from the Record of Proceedings</i> . Geneva: International Labour Office, 2013. ....	320
International Labour Office. <i>Collective bargaining in the public service: A way forward</i> . International Labour Conference, 102nd Sess., Report III (Part 1B). Geneva: The Office, 2013. ....	158

International Labour Organization. <i>Constitution of the International Labour Organization</i> , Ann. ....	319
International Labour Organization. <i>Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO</i> , 5th rev. ed. Geneva: International Labour Office, 2006. ....	158, 287
<i>Kahn-Freund's Labour and the Law</i> , 3rd ed. by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983. ....	55
Kahn-Freund, Otto, and Bob Hepple. <i>Laws Against Strikes</i> . London: Fabian Society, 1972. ....	263
Kaufman, Bruce E. "Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years: A Reassessment", in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., <i>Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy</i> . Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 21. ....	95
Kymlicka, Will. <i>Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights</i> . Oxford: Clarendon Press, 1995. ....	649
Langille, Brian. "What Is a Strike?" (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 355. ....	303
Langille, Brian A. "Can We Rely on the ILO?" (2006-2007), 13 <i>C.L.E.L.J.</i> 273. ....	319
Lederman, W. R. "Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism", in <i>Continuing Canadian Constitutional Dilemmas</i> . Toronto: Butterworths, 1981, 314. ....	710
MacDowell, Laurel Sefton. "Company Unionism in Canada, 1915-1948", in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., <i>Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy</i> . Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 96. ....	95
MacKay, Robin. « The Royal Canadian Mounted Police and Unionization ». Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, Division du droit et du gouvernement, 3 septembre 2003. ....	72
MacKay, Robin. "The Royal Canadian Mounted Police and Unionization". Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, Law and Government Division, September 3, 2003. ....	72
Macklem, Timothy. "Faith as a Secular Value" (2000), 45 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 1. ....	660
McCamus, John D. <i>The Law of Contracts</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012. ....	566
<i>Merriam-Webster's Collegiate Dictionary</i> , 11th ed. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 2003, "offset". ....	221
Middleton, J. P. <i>A Study Report on Police Associations</i> . Ottawa: RCMP, 1974. ....	63
Middleton, J. P. <i>Rapport d'étude sur les associations policières</i> , Ottawa, RCMP, 1974. ....	63
Mill, J. S. <i>On Liberty and Considerations on Representative Government</i> , by R. B. McCallum, ed. Oxford: Basil Blackwell, 1946. ....	438
Moon, Richard. « Freedom of Conscience and Religion », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 5 <sup>e</sup> éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 339. ....	39
Moon, Richard. "Freedom of Conscience and Religion", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., <i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 339. ....	39
Moon, Richard. "Freedom of Religion Under the <i>Charter of Rights: The Limits of State Neutrality</i> " (2012), 45 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 497. ....	641
Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of <i>Charter</i> Issues After <i>Multani</i> " (2006), 21 <i>N.J.C.L./R.N.D.C.</i> 127. ....	640
Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. "Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context", forthcoming. ....	648

Murray, Gregor, et Pierre Verge. <i>La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur</i> , Saint-Nicolas (Qc), Presses de l'Université Laval, 1999. ....	57
Musgrove, James B., Janine MacNeil and Michael Osborne, eds. <i>Fundamentals of Canadian Competition Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswell, 2010. ....	187
Nations Unies. <i>Principes de base relatifs au rôle du barreau</i> , dans Huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants : La Havane, 27 août — 7 septembre 1990, Doc. N.U. A/CONF.144/28/Rév.1, New York, Nations Unies, 1991, 126. ....	442
New Brunswick. Legislative Assembly. <i>Synoptic Report: Legislative Assembly of the Province of New Brunswick</i> , June 16, 1966, pp. 1235-54. ....	561
Newman, Dwight. <i>Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups</i> . Oxford: Hart, 2011. ....	648
Nouveau-Brunswick. Assemblée législative. <i>Synoptic Report : Legislative Assembly of the Province of New Brunswick</i> , June 16, 1966, pp. 1235-54. ....	561
Novitz, Tonia. “Connecting Freedom of Association and the Right to Strike: European Dialogue with the ILO and its Potential Impact” (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 465. ....	287
Oliphant, Benjamin. “Exiting the Freedom of Association Labyrinth: Resurrecting the Parallel Liberty Standard Under 2(d) & Saving the Freedom to Strike” (2012), 70:2 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 36. ....	303
Organisation internationale du Travail. <i>Constitution de l'Organisation internationale du Travail</i> , ann. ....	319
Organisation internationale du Travail. <i>La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT</i> , 5 <sup>e</sup> éd. rév., Genève, Bureau international du Travail, 2006. ....	158, 287
<i>Oxford English Dictionary</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “offset”. ....	221
Palmer, Bryan D. “Labour Protest and Organization in Nineteenth-Century Canada, 1820-1890” (1987), 20 <i>Labour</i> 61. ....	274
<i>Petit Larousse illustré</i> , éd. 2013, Paris, Larousse, 2012, « neutraliser ». ....	221
<i>Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> , nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « nomination ». ....	560
<i>Phipson on Evidence</i> , 18th ed. by Hodge M. Malek et al. London: Sweet & Maxwell, 2013. ....	487
Pomerance, Renee M. “The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge” (2013), 17 <i>Can. Crim. L.R./Rev. can. D.P.</i> 305. ....	820
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 34, n <sup>o</sup> 49, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> lég., 23 mai 1995, à 14:40. ....	727
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 42, n <sup>o</sup> 57, 2 <sup>e</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 2 novembre 2011, p. 3131. ....	730
Québec. Assemblée nationale. <i>Journal des débats</i> , vol. 42, n <sup>o</sup> 72, 2 <sup>e</sup> sess., 39 <sup>e</sup> lég., 6 décembre 2011, p. 3643. ....	731
Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. <i>Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation</i> , Québec, La Commission, 2008 (Coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor). ....	643
Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. <i>La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec</i> , Québec, Le Ministère, 2005. ....	666

Quebec. National Assembly. <i>Votes and Proceedings</i> , No. 57, 2nd Sess., 39th Leg., November 2, 2011, pp. 693-94. ....	730
Quebec. National Assembly. <i>Votes and Proceedings</i> , No. 72, 2nd Sess., 39th Leg., December 6, 2011, p. 848. ....	731
Regenbogen, Sonia. “The International Labour Organization and Freedom of Association: Does Freedom of Association Include the Right to Strike?” (2012), 16 <i>C.L.E.L.J.</i> 385. ....	319
Rootham, Christopher. <i>Labour and Employment Law in the Federal Public Service</i> . Toronto: Irwin Law, 2007. ....	68
Royal Canadian Mounted Police. National Program Evaluation Services. <i>RCMP Canadian Firearms Program: Program Evaluation</i> , Final Approved Report, February 2010. ....	728
Royal Canadian Mounted Police. <i>Report on the Administration of the Firearms Act to the Solicitor General by the Registrar: Canadian Firearms Registry</i> . Ottawa: RCMP, 1999. ....	745
Royal Canadian Mounted Police. Staff Relations Representatives. <i>SRR Challenge 2000 Review: Final Report</i> , January 2003. ....	29
Rubin, Neville, in consultation with Evance Kalula and Bob Hepple, eds. <i>Code of International Labour Law: Law, Practice and Jurisprudence</i> , vol. I, <i>Essentials of International Labour Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2005. ....	287
Schabas, Paul B. “The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b)”, in Ryder Gilliland, ed., <i>The Charter at Thirty</i> . Toronto: Canada Law Book, 2012, 1. ....	40
Servais, Jean-Michel. “ILO Law and the Right to Strike” (2009-2010), 15 <i>C.L.E.L.J.</i> 147. ....	286
Singleton, Thomas J. “The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter” (1995), 74 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 446. ....	374
Sossin, Lorne, and Mark Friedman. “Charter Values and Administrative Justice” (2014), 67 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 391. ....	638
Sproat, John R. <i>Wrongful Dismissal Handbook</i> , 6th ed. Toronto: Carswell, 2012. ....	521
Stanbury, W. T., and G. B. Reschenthaler. “Reforming Canadian Competition Policy: Once More Unto the Breach” (1981), 5 <i>Can. Bus. L.J./Rev. can. dr. comm.</i> 381. ....	200
Stewart, Hamish. <i>Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Irwin Law, 2012. ....	439
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008. ....	559
Swan, Angela, with the assistance of Jakub Adamski. <i>Canadian Contract Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2009. ....	568
Swepston, Lee. « Droits de l’homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l’OIT » (1998), 137 <i>Rev. int. trav.</i> 187. ....	319
Swepston, Lee. “Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision” (1998), 137 <i>Int’l Lab. Rev.</i> 169. ....	319
Taras, Daphne. “Reconciling Differences Differently: Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance” (2007), 28 <i>Comp. Lab. L. &amp; Pol’y J.</i> 167. ....	58
Taras, Daphne Gottlieb. “Why Nonunion Representation Is Legal in Canada” (1997), 52 <i>Relat. ind.</i> 763. ....	95
Tonry, Michael. “The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings” (2009), 38 <i>Crime &amp; Just.</i> 65. ....	826

Trebilcock, Michael, et al. <i>The Law and Economics of Canadian Competition Policy</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2002. ....	205
Trudeau, Gilles. « La grève au Canada et aux États-Unis : d'un passé glorieux à un avenir incertain » (2004), 38 <i>R.J.T.</i> 1. ....	274
United Nations. <i>Basic Principles on the Role of Lawyers</i> , in Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders: Havana, 27 August — 7 September 1990. U.N. Doc. A/CONF.144/28/Rev.1. New York: United Nations, 1991, 118. ....	442
United States. National Labor Relations Board. <i>Legislative History of the National Labor Relations Act 1935</i> , vol. 1. Washington, D.C.: The Board, 1949. ....	106
Valticos, N., and G. von Potobsky. <i>International Labour Law</i> , 2nd rev. ed. Deventer, The Netherlands: Kluwer Law and Taxation, 1995. ....	319
Verge, Pierre, et Dominic Roux. « L'affirmation des principes de la liberté syndicale, de la négociation collective et du droit de grève selon le droit international et le droit du travail canadien : deux solitudes? », dans Pierre Verge, dir., <i>Droit international du travail : Perspectives canadiennes</i> , Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2010, 437. ....	286
Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. <i>Le droit du travail par ses sources</i> , Montréal, Thémis, 2006. ....	58
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010. ....	567
Waddams, S. M. <i>The Law of Damages</i> , 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012. ....	214
Wakil, Omar. <i>The 2014 Annotated Competition Act</i> . Toronto: Carswell, 2013. ....	186
Walzer, Michael. "The Concept of Civil Society", in Michael Walzer, ed., <i>Toward a Global Civil Society</i> . Providence, R.I.: Berghahn Books, 1995, 7. ....	42
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswell, 1980. ....	284
Weiss, Manfred, and Marlene Schmidt. <i>Labour Law and Industrial Relations in Germany</i> , 4th rev. ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008. ....	289
Wellington, Harry H. <i>Labor and the Legal Process</i> . New Haven, Conn.: Yale University Press, 1968. ....	57

**Loyola High School and  
John Zucchi** *Appellants*

v.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

and

**Canadian Council of Christian Charities,  
Evangelical Fellowship of Canada,  
Christian Legal Fellowship,  
World Sikh Organization of Canada,  
Association of Christian Educators  
and Schools Canada, Canadian Civil  
Liberties Association, Catholic Civil  
Rights League, Association des  
parents catholiques du Québec,  
Faith and Freedom Alliance,  
Association de la communauté copte  
orthodoxe du grand Montréal,  
Faith, Fealty and Creed Society,  
Home School Legal Defence  
Association of Canada,  
Seventh-day Adventist Church in Canada,  
Seventh-day Adventist Church —  
Quebec Conference,  
Corporation archiépiscopale catholique  
romaine de Montréal and Archevêque  
catholique romain de Montréal** *Interveners*

**INDEXED AS: LOYOLA HIGH SCHOOL v.  
QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)**

**2015 SCC 12**

File No.: 35201.

2014: March 24; 2015: March 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

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

*Administrative law — Judicial review — Standard of  
Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics  
and religious culture program — Private denominational*

**École secondaire Loyola et  
John Zucchi** *Appellants*

c.

**Procureur général du Québec** *Intimé*

et

**Conseil canadien des œuvres  
de charité chrétiennes,  
Alliance évangélique du Canada,  
Alliance des chrétiens en droit,  
World Sikh Organization of Canada,  
Association of Christian Educators  
and Schools Canada, Association canadienne  
des libertés civiles, Ligue catholique  
des droits de l'homme, Association des  
parents catholiques du Québec,  
Faith and Freedom Alliance,  
Association de la communauté copte  
orthodoxe du grand Montréal,  
Faith, Fealty and Creed Society,  
Home School Legal Defence  
Association of Canada, Église adventiste  
du septième jour au Canada, Église adventiste  
du septième jour — Fédération du Québec,  
Corporation archiépiscopale catholique  
romaine de Montréal et Archevêque  
catholique romain de Montréal** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA c.  
QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 12**

N° du greffe : 35201.

2014 : 24 mars; 2015 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de  
contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Pro-  
gramme obligatoire d'éthique et de culture religieuse —*

*school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister’s decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister’s insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister’s insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister’s decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.*

Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It has been administered by the Jesuit Order since the school’s founding in the 1840s. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective.

The stated objectives of the ERC Program are the “recognition of others” and the “pursuit of the common good”. They seek to inculcate in students openness to human rights, diversity and respect for others. To fulfil these objectives, the ERC Program has three components: world religions and religious culture, ethics, and

*Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d’application de la Loi sur l’enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d’éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — L’insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l’art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d’éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d’exemption refusée par la ministre — L’insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l’art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?*

L’école secondaire Loyola est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. Elle est administrée par l’ordre des Jésuites depuis sa fondation dans les années 1840. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

Depuis septembre 2008, le ministre de l’Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l’ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d’un point de vue neutre et objectif, les croyances et l’éthique de diverses religions du monde.

Le programme ÉCR a pour objectifs explicites la « reconnaissance de l’autre » et la « poursuite du bien commun ». Ces objectifs visent à inculquer aux élèves un esprit d’ouverture aux droits de la personne et à la diversité ainsi que le respect de l’autre. Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets : les



dialogue. The three components are intended to support and reinforce one another. The orientation of the Program is strictly secular and cultural and requires teachers to be objective and impartial. They are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs, but to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. The Program provides a framework that teachers are required to use to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons.

The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The purpose of the ethics component is to encourage students to think critically about their own ethical conduct and that of others, as well as about the values and norms that different religious groups adopt to guide their behaviour. The purpose of the dialogue component is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs.

Pursuant to s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister can grant an exemption from the ERC Program if the proposed alternative program is deemed to be "equivalent". Loyola wrote to the Minister to request an exemption from the Program, proposing an alternative course to be taught from the perspective of Catholic beliefs and ethics. The Minister denied the request based on the fact that Loyola's whole proposed alternative program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, deemed to be "equivalent" to the ERC Program.

Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. The Superior Court found that the Minister's refusal of an exemption infringed Loyola's right to religious freedom and accordingly granted the application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption. On appeal, the Quebec Court of Appeal concluded that the Minister's decision was reasonable and did not result in any breach of religious freedom. Before this Court, Loyola modified its request to teach the whole program from a Catholic perspective, and was now prepared to teach about the doctrines and practices of other world religions neutrally. But, significantly, it still

religions du monde et le phénomène religieux, l'éthique et le dialogue. Ces trois volets sont censés se compléter et se renforcer l'un l'autre. Le programme a une optique strictement laïque et culturelle et il exige des enseignants qu'ils fassent preuve d'objectivité et d'impartialité. Ils doivent non pas affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou tenter d'influencer les convictions de leurs élèves, mais favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. Bien que le programme constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons.

Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels les diverses religions se sont enracinées et se développent. Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux pour guider leur conduite. Le volet relatif au dialogue vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes.

Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre peut exempter une école du programme ÉCR si le programme de remplacement proposé est jugé « équivalent ». Loyola a écrit à la ministre pour demander à être exemptée du programme et proposer d'enseigner un autre cours du point de vue des convictions et de l'éthique de la religion catholique. La ministre a refusé la demande en raison du fait que l'ensemble du programme de remplacement proposé par Loyola allait être enseigné selon une perspective catholique. Le programme n'a donc pas été jugé « équivalent » au programme ÉCR.

Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre. La Cour supérieure a conclu que le refus par la ministre d'accorder une exemption portait atteinte au droit à la liberté de religion de cette institution et elle a donc accueilli la demande, annulé la décision de la ministre et ordonné qu'une exemption soit accordée. En appel, la Cour d'appel du Québec a conclu que la décision de la ministre était raisonnable et n'avait pas entraîné d'atteinte à la liberté de religion. Devant la Cour, Loyola a modifié sa demande visant à enseigner l'ensemble du programme selon une perspective catholique. Elle était maintenant disposée à enseigner de façon neutre la doctrine et les rites

wanted to teach about the *ethics* of other religions from a Catholic perspective. The Minister's position remained the same — no part of the program could be taught from a Catholic perspective, including Catholic doctrine and ethics.

*Held:* The Minister's decision requiring that *all* aspects of Loyola's proposed program be taught from a neutral perspective, including the teaching of Catholicism, limited freedom of religion more than was necessary given the statutory objectives. As a result, it did not reflect a proportionate balancing and should be set aside. The appeal is allowed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

*Per* LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for reviewing discretionary administrative decisions that engage the protections of the *Charter* — both its guarantees and the foundational values they reflect. The discretionary decision-maker is required to proportionately balance the relevant *Charter* protections to ensure that they are limited no more than necessary given the applicable statutory objectives. The reasonableness of the Minister's decision in this case therefore depends on whether it reflected a proportionate balance between the objectives of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community.

Freedom of religion means that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief. Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions.

The context in this case is state regulation of religious schools. This raises the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. The state has a legitimate interest in ensuring that students in all schools are

d'autres religions du monde. Il importe de le souligner, Loyola souhaitait néanmoins toujours enseigner l'*éthique* d'autres religions selon une perspective catholique. La position de la ministre est demeurée la même — soit qu'aucun aspect du programme ne peut être enseigné suivant une perspective catholique, notamment la doctrine et l'éthique de cette religion.

*Arrêt :* La décision de la ministre selon laquelle *tous* les aspects du programme proposé par Loyola doivent être enseignés d'un point de vue neutre, y compris l'enseignement du catholicisme, a restreint la liberté de religion plus qu'il n'était nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Par conséquent, cette décision n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée et doit être annulée. Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre pour réexamen.

*Les juges* LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour contrôler les décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir les protections conférées par la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet. Le décideur qui exerce son pouvoir discrétionnaire est tenu de mettre en balance de façon proportionnée les protections pertinentes garanties par la *Charte* pour veiller à ce qu'elles ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre en l'espèce, il faut donc déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola, d'autre part.

La liberté de religion signifie que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses. La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives.

La réglementation par l'État des écoles confessionnelles constitue le contexte de la présente affaire. Cela soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. L'État

capable, as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A vibrant, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation. But a secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over another. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

Loyola is a private Catholic institution. The collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs — are a crucial part of its claim. The Minister's decision requires Loyola to teach Catholicism, the very faith that animates its character, from a neutral perspective. Although the state's purpose is secular, this amounts to requiring a Catholic institution to speak about its own religion in terms defined by the state rather than by its own understanding. This demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the purpose of transmitting Catholicism can teach and learn about the Catholic faith. It also undermines the liberty of the members of the community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

In the Quebec context, where private denominational schools are legal, preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism from its own perspective does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with religious freedom. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can be presumed to impair respect for others. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case.

That said, the Minister is not required to permit Loyola to teach about the ethics of other religions from a

un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de toutes les écoles seront en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle dynamique doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens de discuter de manière réfléchie et ouverte. Un État laïque ne s'immisce cependant pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

Loyola est une institution catholique privée. Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. La décision de la ministre oblige cette dernière à enseigner le catholicisme, la religion qui constitue son essence même, d'un point de vue neutre. Bien que l'objectif de l'État soit laïque, cette obligation revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite de sa propre religion selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception. Cela empêche manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela porte également atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles confessionnelles privées est légale, empêcher une école comme Loyola d'enseigner le catholicisme et d'en parler selon sa propre perspective contribue peu à la réalisation des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte à la liberté de religion. La décision de la ministre laisse entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce.

Cela dit, la ministre n'est pas tenue de permettre à Loyola d'enseigner l'éthique d'autres religions selon

Catholic perspective. The risk of such an approach would be that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goals of ensuring respect for different religious beliefs. In a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. In a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

Teaching the ethical frameworks of other religions in a neutral way may be a delicate exercise, but the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be asked to throw up its hands and abandon its objectives by accepting a program that frames the discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's own religion.

It is the Minister's decision *as a whole* that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. Preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism, the core of its identity, in any part of the program from its own perspective, does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom. The Minister's decision is, as a result, unreasonable.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ.: Loyola, as a religious organization, is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola.

The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a

une perspective catholique. Cette façon de faire poserait le risque que l'on considère les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de croyances religieuses différentes. Dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

Le fait d'enseigner des systèmes éthiques d'autres religions de façon neutre peut constituer un exercice délicat, mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs en acceptant un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

C'est la décision de la ministre *dans son ensemble* qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. Le fait d'empêcher une école comme Loyola d'enseigner et d'étudier le catholicisme, le cœur de son identité, selon sa propre perspective dans le cadre de l'ensemble du programme contribue peu à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. La décision de la ministre est donc déraisonnable.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver : Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola.

Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à cette liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision —

purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question raised by this appeal is whether the Minister's decision limited Loyola's right to religious freedom proportionately — that is, no more than was reasonably necessary.

Loyola proposed an alternative to the ERC Program that takes the following form: (1) Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively and respectfully; (2) Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue; and (3) Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program. Loyola's proposal departs from the generic ERC Program in two key respects. When teaching both Catholicism and ethics, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality that the ERC Program requires.

The freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. Where the claimant is an organization rather than an individual, it must show that the claimed belief or practice is consistent with both its purpose and operation. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will aid in evaluating this consistency. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be less fluid than those of an individual, therefore inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior

selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à cette liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de la ministre a restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire.

Le programme de remplacement proposé par Loyola se présente sous la forme suivante : (1) Loyola enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective et avec respect; (2) Loyola insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais veillerait à ce que tous les points de vue éthiques soient présentés sur un sujet donné; et (3) Loyola encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme. La proposition de Loyola s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. Les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR dans l'enseignement tant du catholicisme que de l'éthique.

La liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, il doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'il revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom aidera à apprécier la conformité de cette croyance ou pratique avec sa mission et ses activités. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la

purpose. Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(a) of the *Charter*.

The government bears the burden of showing that the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. There is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires a cultural and non-denominational approach. As the legislative and regulatory scheme demonstrates, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected, could serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the exemption provision at issue was rendered illusory.

croissance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner l'ensemble de son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2a) de la *Charte*.

C'est au gouvernement de faire la preuve que l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. Il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme le démontre le régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux écoles confessionnelles d'enseigner le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves le bien-fondé de certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue pourrait constituer un cours équivalent au programme ÉCR. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption en cause.

The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on Loyola's religious freedom. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(a) right to religious freedom.

Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise. In the context of the present case, Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective. Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way. Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate, but where the context of the classroom discussion requires it, they may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which other ethical or doctrinal propositions do not accord with those beliefs.

This Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances. It is neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it.

### Cases Cited

By Abella J.

**Applied:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **considered:** *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Multani v. Commission scolaire*

Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2a).

Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Dans le contexte de la présente affaire, les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique. Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse. Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, mais, lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, ils pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales sont incompatibles avec ces convictions.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et compte tenu du dossier et des observations des parties, la seule réponse à la demande d'exemption de Loyola qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable.

### Jurisprudence

Citée par la juge Abella

**Arrêt appliqué :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêt examiné :** *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Multani c.*

*Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

By McLachlin C.J. and Moldaver J.

**Applied:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **referred to:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sindicatul “Păstorul Cel Bun” v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235.

*Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A n° 260-A; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Moldaver

**Arrêts appliqués :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **arrêts mentionnés :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, n° 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC); *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235.



### Statutes and Regulations Cited

- Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, ss. 10, 25, 32, 111.
- Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15, préambule, s. 2.
- Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23, 23.1.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), 24(1).
- Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12, ss. 3, 41.
- Companies Act*, CQLR, c. C-38, Part III.
- Education Act*, CQLR, c. I-13.3, ss. 447, 459, 461.
- Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, s. 61(16).
- Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

### Treaties and Other International Instruments

- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 9.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, arts. 18(1), (4).
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

### Authors Cited

- Barak, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
- Barak, Aharon. "Proportionality (2)", in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 738.
- Berger, Benjamin L. "Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality" (2014), 29 *C.J.L.S.* 103.
- Bernatchez, Stéphane. "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641.
- Boudreau, Spencer. "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 *Religion & Education* 212.
- Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
- Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.

### Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), 24(1).
- Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12, art. 3, 41.
- Loi d'interprétation*, RLRQ, c. I-16, art. 61(16).
- Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 10, 25, 32, 111.
- Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art. 447, 459, 461.
- Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15, préambule, art. 2.
- Loi sur les compagnies*, RLRQ, c. C-38, partie III.
- Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23, 23.1.
- Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

### Traités et autres instruments internationaux

- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 18(1), (4).

### Doctrine et autres documents cités

- Barak, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- Barak, Aharon. « Proportionality (2) », in Michel Rosenfeld and Andrés Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 738.
- Berger, Benjamin L. « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103.
- Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.
- Boudreau, Spencer. « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212.
- Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990.

- Habermas, Jürgen. “Religion in the Public Sphere” (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Macklem, Timothy. “Faith as a Secular Value” (2000), 45 *McGill L.J.* 1.
- Moon, Richard. “Freedom of Religion Under the *Charter of Rights: The Limits of State Neutrality*” (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
- Mullan, David. “Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*” (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.
- Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. “Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context”, forthcoming.
- Newman, Dwight. *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*. Oxford: Hart, 2011.
- Quebec. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. *Building the Future: A Time for Reconciliation*. Québec: The Commission, 2008 (Co-chairs: Gérard Bouchard and Charles Taylor).
- Quebec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*. Québec: The Ministère, 2005.
- Sossin, Lorne, and Mark Friedman. “Charter Values and Administrative Justice” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.
- Grimm, Dieter. « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.
- Habermas, Jürgen. « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.
- Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- Macklem, Timothy. « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1.
- Moon, Richard. « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights : The Limits of State Neutrality* » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.
- Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.
- Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », forthcoming.
- Newman, Dwight. *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups*, Oxford, Hart, 2011.
- Québec. Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles. *Fonder l’avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008 (Coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor).
- Québec. Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport. *La mise en place d’un programme d’éthique et de culture religieuse : Une orientation d’avenir pour tous les jeunes du Québec*, Québec, Le Ministère, 2005.
- Sossin, Lorne, and Mark Friedman. « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Wagner and Fournier JJ.A.), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] Q.J. No. 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), setting aside a decision of Dugré J., 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] Q.J. No. 5789 (QL), 2010 CarswellQue 15823 (WL Can.). Appeal allowed.

*Mark Phillips and Jacques S. Darche*, for the appellants.

*Benoit Boucher, Dominique Legault, Amélie Pelletier-Desrosiers and Caroline Renaud*, for the respondent.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Wagner et Fournier), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] J.Q. n° 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dugré, 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] J.Q. n° 5789 (QL), 2010 CarswellQue 6161 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Mark Phillips et Jacques S. Darche*, pour les appelants.

*Benoit Boucher, Dominique Legault, Amélie Pelletier-Desrosiers et Caroline Renaud*, pour l’intimé.

*Barry W. Bussey and Derek Ross*, for the interveners the Canadian Council of Christian Charities.

*Albertos Polizogopoulos and Don Hutchinson*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada.

*Robert E. Reynolds and Ruth Ross*, for the interveners the Christian Legal Fellowship.

*Palbinder K. Shergill, Q.C., and Balpreet Singh Boparai*, for the interveners the World Sikh Organization of Canada.

*Ian C. Moes and André Schutten*, for the interveners the Association of Christian Educators and Schools Canada.

*Jean-Philippe Groleau, Guy Du Pont and Léon H. Moubayed*, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

*Ranjan K. Agarwal and Jack R. Maslen*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

*Blake Bromley*, for the interveners the Faith, Fealty and Creed Society.

*Jean-Yves Côté and Paul D. Faris*, for the interveners the Home School Legal Defence Association of Canada.

*Gerald D. Chipeur, Q.C., and Grace Mackintosh*, for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference.

*Milton James Fernandes and Sergio G. Famularo*, for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal.

*Barry W. Bussey et Derek Ross*, pour l'intervenante le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes.

*Albertos Polizogopoulos et Don Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

*Robert E. Reynolds et Ruth Ross*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

*Palbinder K. Shergill, c.r., et Balpreet Singh Boparai*, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

*Ian C. Moes et André Schutten*, pour l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada.

*Jean-Philippe Groleau, Guy Du Pont et Léon H. Moubayed*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Ranjan K. Agarwal et Jack R. Maslen*, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

*Blake Bromley*, pour l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society.

*Jean-Yves Côté et Paul D. Faris*, pour l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada.

*Gerald D. Chipeur, c.r., et Grace Mackintosh*, pour les intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec.

*Milton James Fernandes et Sergio G. Famularo*, pour les intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal.

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective. Like all courses in the mandatory curriculum, the Minister may grant private schools an exemption from the ERC Program if they offer an alternative program that the Minister deems to be equivalent.

[2] This appeal results from a judicial review of the Minister’s decision to deny an exemption sought by a private, Catholic school. The Minister based her decision on the fact that the school’s whole proposed program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, “equivalent” to the ERC Program. The school submits that this is an interference with its religious freedom. The Minister submits that it is a necessary strategy to ensure that students are knowledgeable about and respectful of the differences of others. In a sense, they are both right . . .

[3] This Court’s decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister has exercised her statutory discretion in accordance with the relevant *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protections. *Doré* succeeded a line of conflicting jurisprudence which veered between cases like *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, that applied s. 1 (and a traditional *Oakes* analysis) to discretionary administrative decisions, and those, like *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, which applied an administrative law approach. The result in *Doré* was to eschew a literal s. 1 approach in favour of a *robust* proportionality

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Depuis septembre 2008, le ministre de l’Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l’ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d’un point de vue neutre et objectif, les croyances et l’éthique de différentes religions du monde. Comme pour tous les cours du programme obligatoire, le ministre peut exempter certaines écoles privées du programme ÉCR si elles offrent un programme de remplacement qu’il juge équivalent.

[2] Le présent pourvoi résulte du contrôle judiciaire d’une décision de la ministre refusant une telle exemption à une école privée catholique. La ministre a fondé sa décision sur le fait que l’ensemble du programme proposé par l’école allait être enseigné selon une perspective catholique. Par conséquent, le programme n’était pas « équivalent » au programme ÉCR. L’école soutient que cette intervention de la ministre porte atteinte à sa liberté de religion. La ministre plaide que la neutralité de l’enseignement constitue une stratégie nécessaire pour s’assurer que les élèves connaissent et respectent les différences. En un sens, la ministre et l’école ont toutes deux raison . . .

[3] Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d’analyse applicable pour décider si un ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet arrêt a succédé à une série de décisions contradictoires qui ont oscillé entre des arrêts tels *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, qui ont appliqué l’art. 1 (et l’analyse traditionnelle énoncée dans *Oakes*) à des décisions administratives qui découlaient de l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire, et d’autres arrêts tels *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, qui ont appliqué une approche de droit administratif. Ainsi,

analysis consistent with administrative law principles.

[4] Under *Doré*, where a discretionary administrative decision engages the protections enumerated in the *Charter* — both the *Charter*'s guarantees and the foundational values they reflect — the discretionary decision-maker is required to proportionately balance the *Charter* protections to ensure that they are limited no more than is necessary given the applicable statutory objectives that she or he is obliged to pursue.

[5] In this case, the Minister's decision reflected the fundamental assumption that any program taught from a religious perspective could not be an alternative to the ERC Program and that the religious school could not teach even its own religion from its own perspective.

[6] For the reasons that follow, in my view prescribing to Loyola how it is to explain Catholicism to its students seriously interferes with freedom of religion, while representing no significant benefit to the ERC Program's objectives. In a context like Quebec's, where private denominational schools are legal, this represents a disproportionate, and therefore unreasonable interference with the values underlying freedom of religion of those individuals who seek to offer and who wish to receive a Catholic education at Loyola. On the other hand, I see no significant impairment of freedom of religion in requiring Loyola to offer a course that explains the beliefs, ethics and practices of other religions in as objective and neutral a way as possible, rather than from the Catholic perspective.

#### Background

[7] Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It is highly respected, and has been administered by the Jesuit Order since the school's founding in the 1840s. Its

dans *Doré*, l'approche fondée sur l'art. 1 prise littéralement a été écartée au profit d'une analyse *robuste* de la proportionnalité compatible avec les principes de droit administratif.

[4] Suivant *Doré*, lorsqu'une décision fait intervenir les protections énumérées dans la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet —, le ou la ministre doit veiller à ce que ces protections ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi qu'il ou elle a l'obligation de chercher à atteindre.

[5] En l'espèce, la décision de la ministre a reposé sur le postulat fondamental voulant que tout programme enseigné suivant une perspective religieuse ne puisse remplacer le programme ÉCR et qu'une école confessionnelle ne puisse pas enseigner, même sa propre religion, selon son propre point de vue.

[6] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le fait de prescrire à Loyola comment elle doit expliquer le catholicisme à ses élèves porte gravement atteinte à la liberté de religion et ne contribue pas d'une manière appréciable à la réalisation des objectifs du programme ÉCR. Dans un contexte comme celui du Québec, où l'existence des écoles privées confessionnelles est légalement reconnue, il s'agit d'une atteinte disproportionnée, et par conséquent déraisonnable, aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion des personnes qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique à Loyola. En revanche, je ne vois aucune atteinte appréciable à la liberté de religion dans le fait d'obliger Loyola à offrir un cours où l'on explique les convictions, l'éthique et les pratiques d'autres religions de façon aussi neutre et objective que possible plutôt que suivant la perspective catholique.

#### Contexte

[7] L'école secondaire Loyola (« Loyola ») est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. C'est un établissement très respecté qui est administré par l'ordre des Jésuites depuis sa

mission, teaching, and characteristics are Jesuit. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

[8] Until relatively recently, public education in Quebec was entirely confessional in nature and public schools were organized along denominational lines, under the complete control of the Catholic and Protestant Committees of the Council of Public Instruction, who “ran their respective schools with little or no government interference”: Spencer Boudreau, “From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec” (2011), 38 *Religion & Education* 212, at p. 213.

[9] With the Quiet Revolution in the 1960s, the state took charge of educational institutions formerly controlled by religious communities. By 2000, public schools were fully secularized and denominational schools no longer had official status in the public system. They were, however, permitted to operate as private schools: see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 12.

[10] The Ethics and Religious Culture (ERC) Program, which is the most recent step in the process of secularization of the school system, replaced all the remaining Catholic and Protestant religious programs with a secularized study of religion and ethics. It became mandatory for all schools, public and private, at the start of the 2008-2009 school year. At the secondary level, the program is required to be taught in four of the five years of school: *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23 and 23.1.

[11] The ERC Program has two key stated objectives: the “recognition of others” and the “pursuit of the common good”. The first objective is based on

fondation dans les années 1840. Sa mission, son enseignement et ses autres caractéristiques sont typiques des institutions jésuites. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

[8] Jusqu’à une période relativement récente, l’instruction publique au Québec avait un caractère entièrement confessionnel, et les écoles publiques — qui étaient organisées suivant des divisions religieuses — relevaient exclusivement de comités d’instruction publique catholiques et protestants qui [TRADUCTION] « dirigeaient leurs écoles respectives avec peu ou pas d’ingérence de l’État » : Spencer Boudreau, « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212, p. 213.

[9] Dans la foulée de la Révolution tranquille, soit durant les années 60, l’État a pris en charge les établissements d’enseignement qui relevaient jusque-là des communautés religieuses. En 2000, le processus de déconfessionnalisation du système d’éducation public était achevé et les écoles confessionnelles ne possédaient plus de statut officiel au sein du système public. Elles pouvaient toutefois exercer leurs activités en tant qu’écoles privées : voir l’arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 12.

[10] Le programme ÉCR, qui marque l’étape la plus récente dans le processus de déconfessionnalisation du système d’éducation, a remplacé tous les programmes religieux catholiques et protestants qui existaient encore par un enseignement non confessionnel de la religion et de l’éthique. Au début de l’année scolaire 2008-2009, ce programme est devenu obligatoire pour tous les établissements d’enseignement, qu’ils soient publics ou privés. Le cours d’ÉCR est, depuis, une matière obligatoire pendant quatre des cinq années du cours secondaire : *Régime pédagogique de l’éducation préscolaire, de l’enseignement primaire et de l’enseignement secondaire*, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23 et 23.1.

[11] Le programme ÉCR comporte deux objectifs explicites : « la reconnaissance de l’autre » et « la poursuite du bien commun ». Le premier de ces

the principle that all people possess equal value and dignity. The second seeks to foster shared values of human rights and democracy. By imposing this program in its schools, Quebec seeks to inculcate in all students openness to diversity and respect for others.

[12] In order to fulfil these objectives, the ERC Program has three components which seek to develop three competencies among students: the ability to understand “religious culture”, which includes the study of world religions; the ability to reflect on ethical questions; and the ability to engage in dialogue. The three competencies are intended to support and reinforce one another.

[13] The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The program takes a cultural and phenomenological rather than a doctrinal approach to the study of religions. Because of their role in Quebec’s history, it accords a prominent role to Catholicism and Protestantism, but teachers are also required to discuss Judaism, Islam, Hinduism, Buddhism, and Aboriginal belief systems.

[14] The purpose of the ethics component is to encourage students to critically reflect on their own ethical conduct and that of others, as well as on the values and norms that different religious and social groups adopt to guide their behaviour.

[15] The purpose of the dialogue component, which is integrated with the ethics and religious culture components, is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs in a diverse society, and to understand the impact of their behaviour on the broader community.

objectifs repose sur le principe suivant lequel toutes les personnes sont égales en valeur et en dignité. Le second vise l’épanouissement des valeurs communes que sont les droits de la personne et la démocratie. En imposant ce programme dans ses écoles, le Québec cherche à inculquer à tous les élèves un esprit d’ouverture à la diversité ainsi que le respect de l’autre.

[12] Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets qui tendent à l’apprentissage par l’élève de trois compétences : comprendre le « phénomène religieux » — ce qui inclut l’étude de religions du monde —, réfléchir sur des questions éthiques et pratiquer le dialogue. Ces trois compétences sont censées se compléter et se renforcer l’une l’autre.

[13] Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d’aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l’exploration des contextes socioculturels dans lesquels diverses religions se sont enracinées et se développent. Le programme aborde l’étude des religions sous un angle culturel et phénoménologique plutôt que doctrinal. En raison du rôle qu’ils ont joué dans l’histoire du Québec, le programme accorde une place prépondérante au catholicisme et au protestantisme, mais les enseignants sont également tenus de discuter du judaïsme, de l’islam, de l’hindouisme, du bouddhisme et des systèmes de croyances autochtones.

[14] Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d’autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux et sociaux pour guider leur conduite.

[15] Le volet relatif au dialogue — qui fait également partie intégrante des deux autres volets du programme — vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d’interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes au sein d’une société diversifiée et de comprendre les répercussions de leur propre comportement sur la collectivité en général.

[16] The ERC Program provides a framework that teachers must utilize to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons and structuring their course to convey this content.

[17] The major world religions are taught through themes. Students explore the elements of religious traditions, including different representations of divinity, creation stories, and religious rites, rules and duties. They also discuss Quebec's religious heritage. They then learn about the founding and development of different world religions, and examine the ways that different traditions and philosophical texts have approached questions about divinity, the meaning of life and death, and the human condition generally. And they draw on literature to explore different kinds of religious experiences, methodologies for transmitting religion, and ways religious experiences shape people and communities.

[18] Students develop competency in ethics by exploring themes such as freedom, autonomy, and tolerance, among others. They develop competency in dialogue by learning about different forms of dialogue; strategies for developing, explaining or challenging a point of view; and processes and patterns of thought that can undermine dialogue, such as stereotyping and prejudice.

[19] The orientation of the ERC Program is strictly secular and cultural; it requires teachers to take a "professional stance" of objectivity and impartiality. That means that they are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs. Instead, their role is to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. Teachers in the program are therefore expected to act as mediators to help their students develop the critical capacity to understand, articulate and question different points of view.

[16] Bien que le programme ÉCR constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces trois compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons et pour l'organisation de leurs cours en vue de transmettre cette matière.

[17] Les principales religions du monde sont enseignées par thèmes. Les élèves explorent certains éléments des traditions religieuses, notamment une variété de représentations de la divinité, de récits de la création ainsi que de rites, préceptes et devoirs religieux. Ils discutent également du patrimoine religieux québécois. Ils étudient ensuite l'établissement et l'évolution de diverses religions du monde, et examinent la façon dont certaines traditions et certains textes philosophiques traitent de questions telles que le divin, le sens de la vie et de la mort et la condition humaine en général. Ils puisent ensuite dans la littérature pour examiner divers types d'expériences religieuses et modes de transmission de la religion, ainsi que différentes façons dont l'expérience religieuse façonne les gens et les collectivités.

[18] Les élèves développent leur compétence en éthique en explorant des thèmes comme la liberté, l'autonomie et la tolérance. Ils développent leur compétence en dialogue en étudiant diverses formes de dialogue, des stratégies leur permettant de former, d'expliquer ou de remettre en question un point de vue, et des modes de pensée ou façons de voir les choses qui peuvent nuire au dialogue, par exemple les stéréotypes et les préjugés.

[19] Le programme ÉCR a une optique strictement laïque et culturelle : il exige des enseignants qu'ils adoptent une « attitude professionnelle » objective et impartiale. Ceux-ci doivent donc s'abstenir d'affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou de tenter d'influencer les convictions de leurs élèves. Leur rôle consiste plutôt à favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. On attend donc des enseignants, dans le cadre de ce programme, qu'ils agissent comme intermédiaires et aident les élèves à développer leur sens critique afin qu'ils soient en mesure de comprendre, de formuler et de remettre en question divers points de vue.



[20] The ERC program has already been scrutinized — and found to be constitutional — by this Court in the context of the public school system. In *S.L.*, a group of parents claimed that the program would confuse their children and interfere with their religious training because it exposed them to information about various world religions from a secular perspective. They argued that this amounted to a violation of s. 2(a) of the *Charter*.

[21] The Court rejected their claim and affirmed the constitutionality of the ERC Program as a mandatory component of the curriculum in public schools. In her reasons, Justice Deschamps observed that

[p]arents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(a) of the *Canadian Charter* and of s. 3 of the *Quebec Charter*. [*S.L.*, at para. 40]

[22] The same Ethics and Religious Culture Program is now before us in the context of a private denominational school. Like their counterparts in the public school system, the core curriculum of private denominational schools is regulated by the province and is compulsory: *Education Act*, CQLR, c. I-13.3, ss. 447 and 459; *Basic school regulation for pre-school, elementary and secondary education*, ss. 23 and 23.1; *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, ss. 25 and 32.

[23] A private school is entitled to provide an alternative but “equivalent” program if the Minister approves its content. Section 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, sets out the Minister's authority to grant an exemption where

[20] Le programme ÉCR a déjà été analysé — et jugé constitutionnel par la Cour — dans le contexte du système scolaire public. Dans l'affaire *S.L.*, un groupe de parents affirmait que ce programme créerait de la confusion chez leurs enfants et nuirait à leur formation religieuse, parce qu'il les exposerait à de l'information sur diverses religions du monde d'un point de vue laïque. Ils soutenaient qu'il s'agissait d'une violation de l'al. 2a) de la *Charte*.

[21] La Cour a rejeté leur prétention et confirmé la constitutionnalité du programme ÉCR en tant qu'élément obligatoire du programme d'études des écoles publiques. Dans ses motifs, la juge Deschamps a fait remarquer que

[I]es parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2a) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. [*S.L.*, par. 40]

[22] En l'espèce, nous sommes appelés à examiner la validité du même programme ÉCR dans le contexte d'une école privée confessionnelle. Les écoles de ce type, à l'instar des établissements scolaires du réseau public, appliquent un programme d'études de base régi par la province et obligatoire : *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art. 447 et 459; *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, art. 23 et 23.1; *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25 et 32.

[23] Les écoles privées sont autorisées à enseigner un programme de remplacement, mais « équivalent », si le ministre en approuve le contenu. L'article 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, confère en effet au ministre le pouvoir d'exempter un

the school in question proposes to teach an alternative program which the Minister decides is sufficiently similar to the compulsory curriculum. It states:

**22.** Every institution shall be exempt from the [compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

[24] On March 30, 2008, approximately five months before the ERC Program became mandatory across the Quebec school system, Loyola's Principal and Director wrote to the Minister to request an exemption from the program for the upcoming school year. They claimed that the program was incompatible with Loyola's Catholic mission and convictions and proposed an alternative program that placed greater emphasis on Catholic beliefs and ethics.

[25] In response to the Minister's request for additional information, Loyola sent the Minister a document setting out a general description of its proposed alternative program. The document presents the religious and ethical teachings of the Catholic Church as a central component of the proposed alternative program and as the basis upon which students should learn about other religions. Although it provides an opportunity to discuss major world religions and different ethical positions, the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church. Catholic doctrine and ethics would be emphasized early and taught in great depth, and would frame the discussion of other religions and ethical approaches. The third year of the program, for example — a year in which Loyola's proposed program would focus primarily on teaching its students about ethics — is described as a course on "Catholic Moral Teaching" designed to "offer a Catholic vision for answering the question 'What kind of person am I becoming, and what kind of person do I want to become?' It centers on Jesus as the model of full humanness".

établissement d'enseignement du programme d'études obligatoire, dans la mesure où le programme de remplacement proposé est, de l'avis du ministre, suffisamment semblable au programme obligatoire. L'article 22 est ainsi rédigé :

**22.** Tout établissement est exempté [du programme d'études obligatoire] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

[24] Le 30 mars 2008, soit environ cinq mois avant que le programme ÉCR ne devienne obligatoire pour l'ensemble du réseau scolaire québécois, le directeur et le président de Loyola ont écrit à la ministre et demandé que l'école soit exemptée de l'obligation d'appliquer ce programme pour l'année scolaire à venir. Ils soutenaient que ce programme était incompatible avec la mission et les convictions catholiques de Loyola, et proposaient en outre un programme de remplacement plus axé sur les croyances et l'éthique catholiques que le programme de référence.

[25] En réponse à la demande de la ministre pour des renseignements complémentaires, Loyola lui a fait parvenir par écrit une description générale du programme de remplacement qu'elle proposait. Dans ce document, les enseignements religieux et éthiques de l'Église catholique étaient présentés comme un élément central du programme de remplacement proposé et comme le cadre de référence de l'étude des autres religions. Bien que le programme d'études proposé prévoit la possibilité de traiter des principales religions du monde et de différents points de vue éthiques, son essence normative correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique. Ainsi, on s'attacherait au départ à la doctrine et à l'éthique catholiques, qui seraient enseignées en détail et serviraient de cadre pour l'étude des autres religions et approches éthiques. Par exemple, le cours de la troisième année du programme — année où le programme proposé porterait principalement sur l'enseignement de l'éthique — est décrit comme un cours sur [TRADUCTION] « l'enseignement moral catholique » qui vise à « offrir aux élèves une vision catholique, afin de leur permettre de répondre aux

In the fourth year of the program, which focuses on the world religions component,

[t]he course presents a concise history of the Catholic Church, covering the significant events and doctrines that have shaped the course of Catholic thought and action over the past millennia. Beginning with the Apostolic Age, it follows the rise of Christendom through the High Middle Ages to the Reformation and into the Twentieth Century. Topics include the early fathers of the Church, scholars, heresies, councils, popes and saints and concludes with an exploration of the current challenges that we face in the post-modern world.

. . . As the course progress[es] through history, a variety of Religions are discussed . . . [i]n particular, the interaction between the Catholic Church and the various other religions is explored.

Loyola's proposed course description did not address the dialogue competency that is required as part of the ERC Program.

[26] In a letter dated August 7, 2008, the Minister denied Loyola's request for an exemption from teaching the ERC curriculum, seeing Loyola's proposed approach as essentially a request for a departure from teaching the ERC subject altogether, rather than for an exemption based on a proposed equivalent course.

[27] Loyola sent a follow-up request to the Minister on August 25, 2008, attempting to demonstrate how its proposed alternative program met the objectives of the ERC Program. In its view, the religious nature of the school prevented it from teaching Catholic beliefs or other religions from a "neutral" or detached perspective. Although its program would be taught from a Catholic perspective, it would offer its students a deeper and more thorough understanding of world religions by going beyond history and external customs to engage seriously with their fundamental beliefs. It also

questions suivantes : "Quel genre de personne suis-je en train de devenir? Quel genre de personne est-ce que je souhaite devenir?" Il est centré sur Jésus en tant que modèle d'humanité pleine et entière ». Durant la quatrième année du programme, où l'accent serait mis sur les religions dans le monde :

[TRADUCTION] Le cours présente un bref historique de l'Église catholique et porte sur les événements et doctrines d'importance qui ont influencé le cours de la pensée et de l'action catholiques au cours des derniers millénaires. En commençant par l'âge apostolique, le cours suit l'ascension de la chrétienté tout au long du haut Moyen Âge jusqu'à la Réforme et au vingtième siècle. Les thèmes abordés comprennent les premiers Pères de l'Église, les théoriciens, les hérésies, les conciles, les papes et les saints. Le cours se conclut par un examen des défis actuels auxquels nous devons faire face dans le monde postmoderne.

. . . Au fur et à mesure que le cours avance dans l'histoire, diverses religions sont étudiées [. . .] On se penche notamment sur l'interaction entre l'Église catholique et les diverses autres religions.

La description du cours proposé ne traitait pas de la compétence au dialogue, un aspect pourtant obligatoire du programme ÉCR.

[26] Dans une lettre datée du 7 août 2008, la ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d'être exempté de l'obligation d'enseigner le programme ÉCR puisqu'elle jugeait que la proposition de Loyola consistait essentiellement en une demande de dispense quant à l'ensemble du programme ÉCR plutôt qu'en une demande d'exemption basée sur l'enseignement d'un cours équivalent.

[27] Le 25 août 2008, Loyola a envoyé une seconde demande à la ministre dans laquelle elle a tenté de démontrer en quoi le programme de remplacement qu'elle proposait respectait les objectifs du programme ÉCR. À son avis, le caractère confessionnel de l'école l'empêchait d'enseigner les croyances catholiques ou les autres religions d'un point de vue « neutre » ou détaché. Certes, le programme de l'école serait enseigné suivant une perspective catholique, mais elle offrirait aux élèves une compréhension plus approfondie et plus complète des religions du monde, en allant au-delà de

affirmed its commitment to teaching its students to [TRANSLATION] “think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices”, but from a Catholic perspective.

[28] This second request was also denied by the Minister. In a letter dated November 13, 2008, a department official writing on the Minister’s behalf expressed concern that Loyola’s proposed program was faith-based, rather than cultural. The letter also mentioned what were seen as defects in the development of competency in dialogue and in the role of the teacher. The letter set out the following six bases for the Minister’s decision to deny Loyola’s request for an exemption:

[TRANSLATION]

- The two main goals of the Ethics and Religious Culture program are recognition of others and pursuit of the common good. The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. The approach advocated in the Ethics and Religious Culture program is cultural, not faith-based. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and submitted to the department for evaluation, the program is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions. It encompasses a conception of others, but once again from a Christian Catholic perspective.
- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, it appears that, contrary to the Ethics and Religious Culture program, the Loyola High School program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.
- The ethics component of the Ethics and Religious Culture program does not offer the students moral education. It takes into consideration elements of

l’histoire de ces religions et de leurs manifestations extérieures et en les amenant à se pencher sérieusement sur leurs croyances fondamentales. Loyola y confirmait aussi son engagement à enseigner à ses élèves « à penser de manière critique, à s’informer, à être au courant des principales questions d’éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires », mais d’un point de vue catholique.

[28] La seconde demande a elle aussi été refusée par la ministre. Dans une lettre datée du 13 novembre 2008, un cadre du ministère qui écrivait au nom de la ministre s’est dite préoccupée par le fait que le programme proposé était fondé sur la foi plutôt que sur la culture. Elle y a également fait état de ce qui était considéré comme des lacunes dans le développement des compétences relatives au dialogue et dans le rôle de l’enseignant. La lettre énonçait les six raisons suivantes pour justifier la décision de la ministre de refuser la demande d’exemption :

- Les deux grandes finalités du programme Éthique et culture religieuse sont la reconnaissance de l’autre et la poursuite du bien commun. L’approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. L’approche préconisée dans le programme Éthique et culture religieuse est culturelle et non fondée sur la foi. Or, suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School et soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme de Loyola High School est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques. Il englobe une conception de l’autre, mais toujours par rapport à la perspective chrétienne catholique.
- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que, contrairement au programme Éthique et culture religieuse, le programme de Loyola High School n’amène pas l’élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d’éthique, mais l’amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.
- Le volet éthique du programme Éthique et culture religieuse ne propose pas d’enseignement moral aux élèves. Il tient compte d’éléments de la culture

religious culture, whereas, according to the information transmitted to the department, the ethics aspect of the program proposed by Loyola High School focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.

- According to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School does not provide for the development of competence in the practice of dialogue within the meaning of the Ethics and Religious Culture program.
- The training in religious culture of the Ethics and Religious Culture program is aimed at an enlightened comprehension of the many expressions of the religious experience present in Québec culture and in the world. Each religious tradition is observed individually without comparison or reference to another tradition. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and transmitted to the department for evaluation, the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School is distinguished from the Ethics and Religious Culture program in terms of the teacher's role. In the Ethics and Religious Culture program, the teacher's foremost responsibility is to assist and guide the students in their reflections, whereas according to the information provided the department, the teacher of the program proposed by Loyola High School seems to have to teach the foundations of the religion and universe of Jesuit Catholic beliefs.

[29] Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. In its view, the "normative pluralism" that underpinned the entire ERC Program was a violation of freedom of religion because it was incompatible with Loyola's character as a Catholic institution. After hearing additional testimony from Loyola about its proposed alternative program, the application judge concluded that the Minister's decision was incorrect, and constituted an unjustified violation of Loyola's right to religious freedom.

religieuse, alors que, selon les informations transmises au Ministère, le volet éthique du programme proposé par Loyola High School apparaît axé sur l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.

- Suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School ne prévoit pas le développement de la compétence à la pratique du dialogue au sens où le programme Éthique et culture religieuse l'entend.
- La formation en culture religieuse du programme Éthique et culture religieuse vise une compréhension éclairée des multiples expressions du religieux présentes dans la culture québécoise et dans le monde. Chaque tradition religieuse est observée individuellement sans comparaison ou référence à une autre tradition. Suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School transmis au Ministère pour évaluation, il appert que ce programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School se distingue du programme Éthique et culture religieuse en ce qui a trait au rôle de l'enseignant. En effet, dans le programme Éthique et culture religieuse, la première responsabilité de l'enseignant est d'accompagner et de guider ses élèves dans leur réflexion, alors que suivant les informations fournies au Ministère, l'enseignant du programme proposé par Loyola High School semble devoir enseigner les fondements de la religion et de l'univers des croyances catholiques jésuites.

[29] Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre, plaidant que le « pluralisme normatif » qui sert de fondement à l'ensemble du programme ÉCR violait la liberté de religion parce qu'il est incompatible avec le caractère confessionnel catholique de l'établissement. Après avoir entendu des témoignages additionnels produits par Loyola au sujet du programme de remplacement proposé, le juge saisi de la demande a conclu que la décision de la ministre était incorrecte et qu'elle constituait une violation injustifiée du droit à la liberté de religion de cette institution.

[30] On appeal, the Quebec Court of Appeal unanimously overturned the decision. Applying this Court's decision in *Doré*, the Court of Appeal held that a reasonableness standard should be applied in assessing how the Minister balanced the *Charter* rights at stake. It concluded that the ERC Program did not interfere with religious freedom in any substantial manner, and that the Minister had therefore exercised her discretion in a reasonable manner.

[31] Before this Court, Loyola took a different position than in the prior proceedings. Loyola had previously asserted that the *entire* orientation of the ERC Program represented an impairment of religious freedom on the basis that discussing any religion through a neutral lens would be incompatible with Catholic beliefs. Its revised position before us was that it did not object to teaching *other* world religions objectively in the first component which focuses on "understanding religious culture". But it still wanted to be able to teach the *ethics* of other religious traditions from the perspective of the Catholic religion rather than in an objective and neutral way. Moreover, it continued to assert the right to teach Catholic doctrine and ethics from a Catholic perspective. Loyola took no position on the perspective from which it would seek to teach the dialogue component, which would be integrated with the other two components of its proposed alternative program. The position of the Minister before this Court, however, remained the same as it had been in the prior proceedings, namely, that in no aspect of the ERC Program would Loyola be permitted to teach from a Catholic perspective. It follows that Loyola's change of position has little impact on the analysis. The question instead is whether the *Minister's* unchanged position, as reflected in her decision concerning the equivalency of Loyola's proposed program, interferes with the relevant *Charter* protections no more than is necessary given the statutory objectives she was required to pursue.

[30] En appel, les juges de la Cour d'appel du Québec ont unanimement infirmé cette décision. Appliquant l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Doré*, ils ont jugé qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable pour apprécier la manière dont la ministre avait mis en balance les droits garantis par la *Charte* qui étaient en cause. La Cour d'appel a conclu que le programme ÉCR ne portait aucune atteinte substantielle à la liberté de religion et que la ministre avait donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable.

[31] Devant la Cour, Loyola a adopté une position différente de celle qu'elle avait défendue au cours des procédures antérieures. Jusqu'alors, elle avait soutenu que *toute* l'orientation du programme ÉCR constituait une atteinte à son droit à la liberté de religion, puisque discuter de toute religion sous un éclairage neutre était incompatible avec les convictions catholiques. Selon la position révisée qu'elle nous a présentée, elle ne s'oppose plus à l'enseignement d'*autres* religions du monde de façon objective dans le cadre du premier volet, soit celui qui est axé sur « la compréhension du phénomène religieux ». Cela dit, Loyola souhaite toujours pouvoir enseigner l'*éthique* d'autres traditions religieuses du point de vue de la religion catholique plutôt que d'une manière neutre et objective. De plus, elle continue à revendiquer son droit d'enseigner la doctrine et l'éthique catholiques dans une perspective catholique. Loyola n'a pas pris position sur la perspective suivant laquelle elle enseignerait le volet relatif à la pratique du dialogue qui serait intégré aux deux autres volets du programme de remplacement proposé. Pour sa part, la ministre a maintenu devant la Cour la même position que devant les juridictions inférieures, soit que Loyola ne devrait être autorisée à enseigner aucun aspect du programme ÉCR suivant une perspective catholique. Ainsi, le changement de position de Loyola n'a que peu d'incidence sur l'analyse. La question revient plutôt à savoir si la position inchangée de *la ministre*, comme l'illustre sa décision concernant l'équivalence du programme proposé par Loyola, interfère aussi peu qu'il est nécessaire de le faire avec les protections pertinentes garanties par la *Charte* compte tenu des objectifs de la loi qu'elle avait l'obligation de chercher à atteindre.

### Analysis

[32] Loyola does not challenge the Minister's statutory authority to impose curricular requirements, but rather her discretionary decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program. The reasonableness of the Minister's decision depends on whether it reflected a proportionate balance between the statutory mandate to grant exemptions only when a proposed alternative program is "equivalent" to the prescribed curriculum, based on the ERC Program's goals of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education.

[33] Loyola, a non-profit corporation constituted under Part III of the Quebec *Companies Act*, CQLR, c. C-38, also argued that its own religious freedom had been violated by the decision. I recognize that individuals may sometimes require a legal entity in order to give effect to the constitutionally protected communal aspects of their religious beliefs and practice, such as the transmission of their faith: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650. I do not believe it is necessary, however, to decide whether corporations enjoy religious freedom in their own right under s. 2(a) of the *Charter* or s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the *Quebec Charter*), in order to dispose of this appeal.

[34] In this case Loyola, as an entity lawfully created to give effect to religious belief and practice, was denied a statutory exemption from an otherwise mandatory regulatory scheme. As the subject of the administrative decision, Loyola is entitled to apply for judicial review and to argue that the Minister failed to respect the values underlying the grant of

### Analyse

[32] Loyola conteste non pas le pouvoir légal de la ministre d'imposer certaines exigences pédagogiques, mais plutôt la décision qu'elle a prise, par suite de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser de l'exempter de l'obligation d'appliquer le programme ÉCR. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre, il faut déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal d'accorder une exemption uniquement si le programme proposé est « équivalent » au programme d'études prescrit compte tenu des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences du programme ÉCR, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique, d'autre part.

[33] Loyola, une corporation sans but lucratif constituée sous le régime de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38, a également fait valoir que la décision avait porté atteinte à sa liberté de religion. Je reconnais que les individus peuvent parfois avoir besoin d'une personne morale pour donner effet aux aspects collectifs, protégés par la Constitution, de leurs croyances et pratiques religieuses, comme la transmission de leur foi : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, pour statuer sur le présent pourvoi, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de décider si les sociétés jouissent elles-mêmes de la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte* ou par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[34] En l'espèce, Loyola, en tant qu'entité légalement constituée pour donner effet à des croyances et pratiques religieuses, s'est vu refuser l'octroi d'une exemption prévue par la loi d'un régime réglementaire par ailleurs obligatoire. Parce qu'elle est l'objet de cette décision administrative, l'école est autorisée à présenter une demande de contrôle

her discretion as part of its challenge of the merits of the decision. In my view, as a result, it is not necessary to decide whether Loyola itself, as a corporation, enjoys the benefit of s. 2(a) rights, since the Minister is bound in any event to exercise her discretion in a way that respects the values underlying the grant of her decision-making authority, including the *Charter*-protected religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education: *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71.

[35] This case, as the Court of Appeal noted and as the parties before this Court accepted, squarely engages the framework set out in *Doré*, which applies to discretionary administrative decisions that engage the *Charter*. *Doré* requires administrative decision-makers to proportionately balance the *Charter* protections — values and rights — at stake in their decisions with the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 55.

[36] As Aharon Barak explained, the purpose of a constitutional right is the realization of its constitutional values: *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), at p. 144. In the *Doré* analysis, *Charter* values — those values that underpin each right and give it meaning — help determine the extent of any given infringement in the particular administrative context and, correlatively, when limitations on that right are proportionate in light of the applicable statutory objectives: *Hutterian Brethren*, at para. 88; Lorne Sossin and Mark Friedman, “Charter Values and Administrative Justice” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, at pp. 403-4.

[37] On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance between the *Charter*

judiciaire et à soutenir, dans le cadre de sa contestation du bien-fondé de la décision, que la ministre n’a pas respecté les valeurs sous-jacentes à l’octroi de son pouvoir discrétionnaire. À mon avis, il n’est donc pas nécessaire de décider si Loyola, en tant que société, jouit elle-même du bénéfice des droits protégés par l’al. 2a), puisque, en effet, la ministre est tenue de toute façon d’exercer son pouvoir discrétionnaire dans le respect des valeurs sous-jacentes à l’octroi de son pouvoir décisionnel, et notamment de la liberté de religion que garantit la *Charte* aux membres de cette communauté qui veulent offrir ou qui souhaitent recevoir une éducation catholique : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71.

[35] Comme l’a souligné la Cour d’appel et comme en ont convenu les parties devant la Cour, la présente cause fait directement intervenir le cadre d’analyse élaboré dans *Doré*, qui s’applique aux décisions administratives de nature discrétionnaire emportant l’application de la *Charte*. *Doré* oblige les décideurs administratifs à procéder à une mise en balance proportionnée des protections — droits et valeurs — offertes par la *Charte* en jeu dans leurs décisions, d’une part, et du mandat légal pertinent, d’autre part : *Doré*, par. 55.

[36] Comme Aharon Barak l’a expliqué, un droit constitutionnel existe en vue de la réalisation des valeurs constitutionnelles qu’il recèle : *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), p. 144. Dans l’analyse préconisée par *Doré*, les valeurs consacrées par la *Charte* — soit les valeurs qui sous-tendent chaque droit et qui leur donnent un sens — aident à préciser l’ampleur d’une atteinte à un droit donné dans le contexte administratif en cause et, corrélativement, à savoir dans quels cas les restrictions à ce droit sont proportionnées compte tenu des objectifs légaux applicables : *Hutterian Brethren*, par. 88; Lorne Sossin et Mark Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, p. 403-404.

[37] Lors d’un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d’analyse établi dans *Doré* consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu’elle est le



protections at stake and the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 57. Reasonableness review is a contextual inquiry: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18. In the context of decisions that implicate the *Charter*, to be defensible, a decision must accord with the fundamental values protected by the *Charter*.

[38] The *Charter* enumerates a series of guarantees that can only be limited if the government can justify those limitations as proportionate. As a result, in order to ensure that decisions accord with the fundamental values of the *Charter* in contexts where *Charter* rights are engaged, reasonableness requires proportionality: *Doré*, at para. 57. As Aharon Barak noted, “Reasonableness in [a strong] sense strikes a proper balance among the relevant considerations, and it does not differ substantively from proportionality”: “Proportionality (2)”, in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., 738, at p. 743.

[39] The preliminary issue is whether the decision engages the *Charter* by limiting its protections. If such a limitation has occurred, then “the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play”: *Doré*, at para. 57. A proportionate balancing is one that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. Such a balancing will be found to be reasonable on judicial review: *Doré*, at paras. 43-45.

[40] A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a

fruit d’une mise en balance proportionnée des protections en jeu conférées par la *Charte*, d’une part, et du mandat pertinent conféré par la loi, d’autre part : *Doré*, par. 57. L’appréciation du caractère raisonnable d’une décision constitue une analyse contextuelle : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18. Pour être défendable, une décision mettant en cause la *Charte* doit être conforme aux valeurs fondamentales garanties par ce texte.

[38] La *Charte* énumère une série de garanties qui ne peuvent être restreintes que si le gouvernement peut démontrer que ces restrictions sont proportionnées. En conséquence, pour qu’une telle décision soit conforme aux valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* lorsque sont en cause des droits que protègent cette dernière, la raisonabilité commande la proportionnalité : *Doré*, par. 57. Comme l’a souligné Aharon Barak, [TRADUCTION] « [l]a raisonabilité [au sens fort du terme] établit un juste équilibre entre les considérations pertinentes, et ne diffère pas substantiellement de la proportionnalité » : « Proportionality (2) », dans *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld et András Sajó, dir., 738, p. 743.

[39] La question préliminaire consiste à déterminer si la décision fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections que confère cette dernière. En présence d’une telle restriction, « il s’agit donc de déterminer si — en évaluant l’incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d’une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Doré*, par. 57. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause. Une telle mise en balance sera jugée raisonnable dans le cadre d’un contrôle judiciaire : *Doré*, par. 43-45.

[40] L’analyse de la proportionnalité prescrite par l’arrêt *Doré* s’harmonise avec les étapes finales du cadre d’analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour

limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing. Both *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Doré* require that *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. As such, *Doré*'s proportionality analysis is a robust one and “works the same justificatory muscles” as the *Oakes* test: *Doré*, at para. 5.

[41] The *Doré* analysis is also a highly contextual exercise. As under the minimal impairment stage of the *Oakes* analysis, under *Doré* there may be more than one proportionate outcome that protects *Charter* values as fully as possible in light of the applicable statutory objectives and mandate: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

[42] *Doré*'s approach to reviewing administrative decisions that implicate the *Charter*, including those of adjudicative tribunals, responds to the diverse set of statutory and procedural contexts in which administrative decision-makers operate, and respects the expertise that these decision-makers typically bring to the process of balancing the values and objectives at stake on the particular facts in their statutory decisions: para. 47; see also David Mullan, “Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*” (2006), 21 *N.J.C.L.* 127, at p. 149; and Stéphane Bernatchez, “Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?” (2010), 55 *McGill L.J.* 641. As Lorne Sossin and Mark Friedman have observed in their cogent article:

While the *Charter* jurisprudence can shed light on the scope of *Charter* values, it remains for each tribunal to determine . . . how to balance those values against its policy mandate. For example, while personal autonomy

déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre. Les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *Doré* exigent tous deux que l'on restreigne les protections conférées par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. L'analyse de la proportionnalité préconisée par l'arrêt *Doré* constitue donc une solide analyse qui « fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs » que le test de l'arrêt *Oakes* : *Doré*, par. 5.

[41] L'analyse décrite dans *Doré* constitue aussi un exercice hautement contextuel. Tout comme le volet de l'atteinte minimale de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, plusieurs issues peuvent être proportionnées et protéger les valeurs consacrées par la *Charte* aussi pleinement que possible à la lumière des objectifs et mandat applicables prévus par la loi : *RJR-MacDonald*, par. 160.

[42] La démarche que la Cour a appliquée dans *Doré* pour contrôler les décisions administratives faisant intervenir la *Charte*, y compris celles d'organismes juridictionnels, tient compte des divers cadres légaux et procéduraux dans lesquels les décideurs administratifs sont appelés à agir. Elle respecte en outre l'expertise que ceux-ci apportent généralement au processus de mise en balance des valeurs et des objectifs en cause eu égard aux faits particuliers de l'affaire dans les décisions qu'ils prennent en application de la loi : par. 47; voir aussi David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127, p. 149; et Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641. Comme les auteurs Lorne Sossin et Mark Friedman le font observer dans leur article convaincant :

[TRADUCTION] Bien que la jurisprudence relative à la *Charte* puisse nous éclairer sur la portée des valeurs consacrées par cette dernière, il revient à chaque tribunal administratif de déterminer [. . .] comment mettre

may be a broadly recognized Charter value, it will necessarily mean something different in the context of a privacy commission than in the context of a parole board. [p. 422]

[43] The context before us — state regulation of religious schools — poses the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. Part of secularism, however, is respect for religious differences. A secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over those of another: Richard Moon, “Freedom of Religion Under the *Charter of Rights: The Limits of State Neutrality*” (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, at pp. 498-99. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

[44] Through this form of neutrality, the state affirms and recognizes the religious freedom of individuals and their communities. As Prof. Moon noted:

Underlying the [state] neutrality requirement, and the insulation of religious beliefs and practices from political decision making, is a conception of religious belief or commitment as deeply rooted, as an element of the individual’s identity, rather than simply a choice or judgment she or he has made. Religious belief lies at the core of the individual’s worldview. It orients the individual in the world, shapes his or her perception of the social and natural orders, and provides a moral framework for his or her actions. Moreover, religious belief ties the individual to a community of believers and is often the central or defining association in her or his life. The individual believer participates in a shared system of practices and values that may, in some cases, be described as “a way of life”. If religion is an aspect of the individual’s identity,

en balance ces valeurs et le mandat général dont il est investi. Par exemple, bien que l’autonomie personnelle puisse constituer une valeur consacrée par la Charte généralement reconnue, elle aura nécessairement un sens différent aux yeux d’un commissariat à la protection de la vie privée et à ceux d’une commission des libérations conditionnelles. [p. 422]

[43] Le contexte particulier de la présente affaire — qui porte sur la réglementation par l’État des écoles confessionnelles — soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d’un État laïque. La laïcité vise toutefois en partie le respect des différences religieuses. Un État laïque ne s’immisce pas dans les convictions et les pratiques d’un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu’elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d’un groupe par rapport à celles d’un autre : Richard Moon, « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights : The Limits of State Neutrality* » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 498-499. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d’avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

[44] Par cette forme de neutralité, l’État confirme et reconnaît la liberté de religion des individus et celle des communautés auxquelles ils appartiennent. Comme le professeur Moon le fait observer :

[TRADUCTION] À la base de l’exigence de cette neutralité [de l’État] et du principe du cloisonnement entre, d’une part, les convictions et les pratiques religieuses et, d’autre part, les décisions politiques, se trouve une conception de la croyance et de l’engagement religieux qui sont profondément enracinés, ou de l’engagement envisagé comme un élément de l’identité de l’individu plutôt que comme une simple question de choix ou de jugement personnels. La croyance religieuse se situe au cœur même de la vision que chacun se fait du monde. Elle oriente l’individu dans le monde, façonne sa perception de l’ordre social et naturel et encadre son agir sur le plan moral. De plus, les convictions religieuses permettent à l’individu de s’identifier à une communauté de croyants, qui constitue souvent le groupe le plus important dans

then when the state treats his or her religious practices or beliefs as less important or less true than the practices of others, or when it marginalizes her or his religious community in some way, it is not simply rejecting the individual's views and values, it is denying her or his equal worth. [Footnote omitted; p. 507.]

[45] Because it allows communities with different values and practices to peacefully co-exist, a secular state also supports pluralism. The European Court of Human Rights recognized the relationship between religious freedom, secularism and pluralism in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A, a case about a Jehovah's Witness who had been repeatedly arrested for violating Greece's ban on proselytism. Concluding that the claimant's Article 9 rights to religious freedom had been violated, the court wrote:

As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. [p. 17]

See also *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII.

[46] This does not mean that religious differences trump core national values. On the contrary, as this Court observed in *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607:

Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their

sa vie ou celui qui le définit. Le croyant adhère à un système de pratiques et de valeurs communes qui, dans certains cas, peuvent être qualifiées de « modes de vie ». Si la religion constitue un aspect de l'identité d'une personne, l'État qui considère les pratiques ou les convictions religieuses de cette personne comme étant moins importantes ou moins véridiques que celles d'une autre ou qui marginalise d'une manière ou d'une autre sa communauté religieuse ne fait pas que rejeter les opinions et les valeurs de cette personne; il nie que cette personne a la même valeur que les autres êtres humains. [Note de bas de page omise; p. 507.]

[45] Parce qu'il permet à des collectivités ayant des valeurs et des pratiques différentes de coexister de façon pacifique, l'État laïque soutient aussi le pluralisme. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu les liens qui existaient entre la liberté de religion, la laïcité et le pluralisme dans *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A n° 260-A, où il était question d'un Témoin de Jéhovah qui avait été arrêté à maintes reprises pour avoir violé l'interdiction du prosélytisme en Grèce. Concluant que les droits à la liberté de religion garantis au demandeur par l'art. 9 avaient été violés, la cour a écrit :

Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société. [p. 17]

Voir également l'arrêt *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n°45701/99, CEDH 2001-XII.

[46] Pour autant, les différences religieuses ne l'emportent pas sur les valeurs nationales fondamentales. Au contraire, comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607 :

[Ces différences] ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent,

expression are arbitrary. Determining when the assertion of a right based on difference must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise that defies bright-line application. It is, at the same time, a delicate necessity for protecting the evolutionary integrity of both multiculturalism and public confidence in its importance. [para. 2]

Or, as the Bouchard-Taylor report observed:

A democratic, liberal State cannot be indifferent to certain core values, especially basic human rights, the equality of all citizens before the law, and popular sovereignty. These are the constituent values of our political system and they provide its foundation.

(Gérard Bouchard and Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (2008), at p. 134)

[47] These shared values — equality, human rights and democracy — are values the state always has a legitimate interest in promoting and protecting. They enhance the conditions for integration and points of civic solidarity by helping connect us despite our differences: Jürgen Habermas, “Religion in the Public Sphere” (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, at p. 5. This is what makes pluralism work. As McLachlin J. noted in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609 (dissenting in part), “[a] multicultural multireligious society can only work . . . if people of all groups understand and tolerate each other”: para. 212. Religious freedom must therefore be understood in the context of a secular, multicultural and democratic society with a strong interest in protecting dignity and diversity, promoting equality, and ensuring the vitality of a common belief in human rights.

[48] The state, therefore, has a legitimate interest in ensuring that students in *all* schools are capable,

les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l’affirmation d’un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu’il serait illusoire d’encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l’intégrité évolutive du multiculturalisme et de l’assurance du public quant à son importance. [par. 2]

Ou, comme le Rapport Bouchard-Taylor le fait observer :

Un État démocratique et libéral ne saurait être indifférent à l’égard de certaines valeurs clés, notamment les droits humains fondamentaux, l’égalité de tous les citoyens devant la loi et la souveraineté populaire. Ce sont les valeurs constitutives de notre régime politique; elles lui procurent ses fondements.

(Gérard Bouchard et Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d’accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l’avenir : Le temps de la conciliation* (2008), p. 134)

[47] Ces valeurs communes — l’égalité, les droits de la personne et la démocratie — sont des valeurs que l’État a toujours un intérêt légitime à promouvoir et à protéger. Elles favorisent les conditions d’intégration et mettent en valeur des éléments de solidarité civique en aidant les citoyens à forger des liens malgré leurs différences : Jürgen Habermas, « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, p. 5. C’est là ce qui fait fonctionner le pluralisme. Ainsi que la juge McLachlin (dissidente en partie) l’a souligné dans l’arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, « [u]ne société [multiculturelle multiconfessionnelle] ne peut fonctionner [. . .] que si les membres de tous les groupes qui la composent se comprennent et se tolèrent mutuellement » (par. 212). La liberté de religion doit donc s’interpréter dans le contexte d’une société laïque, multiculturelle et démocratique qui tient au plus haut point à protéger la dignité et la diversité, à favoriser l’égalité et à assurer la vitalité d’une croyance commune à l’égard des droits de la personne.

[48] L’État a, par conséquent, un intérêt légitime à s’assurer que les élèves de *toutes* les écoles seront

as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A pluralist, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens “to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation amidst, and enriched by,” different religious world-views and practices: Benjamin L. Berger, “Religious Diversity, Education, and the ‘Crisis’ in State Neutrality” (2014), 29 *C.J.L.S.* 103, at p. 115.

[49] With this context in mind, we turn to assessing the Minister’s decision in order to determine whether it proportionately balanced religious freedom with the statutory objectives of the ERC Program.

[50] I begin with an analysis of the statutory objectives at stake. Under s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister is required to grant exemptions from the mandatory program when a school offers an “equivalent” program. The starting point for the analysis of the statutory objectives is interpreting the meaning of “equivalent”, taking into account the words of the provision in this regulatory context, the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[51] This regulatory context concerns the minimum educational attainments required of students in private and public schools across Quebec. Quebec seeks to ensure that students who graduate with a provincially approved secondary school diploma demonstrate the knowledge and competencies they need to be productive members of society, and that schools granting secondary school diplomas facilitate the realization of these skills. In particular, the Minister has a statutory responsibility to adopt measures that will contribute to individuals’ education and development, and to ensure that educational institutions offer services of sufficient quality: *An Act respecting the Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15, s. 2.

en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu’ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle et pluraliste doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens [TRADUCTION] « de discuter de manière réfléchie et ouverte en profitant » de diverses visions du monde et pratiques religieuses : Benjamin L. Berger, « Religious Diversity, Education, and the “Crisis” in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103, p. 115.

[49] C’est dans cette optique que nous allons déterminer si la ministre a procédé à une mise en balance proportionnée du droit à la liberté de religion, d’une part, et des objectifs fixés par la loi pour le programme ÉCR, d’autre part.

[50] Je commencerais par une analyse des objectifs de la loi qui sont en cause. Suivant l’art. 22 du *Règlement d’application de la Loi sur l’enseignement privé*, le ministre est tenu d’exempter une école du programme d’études obligatoire si celle-ci offre un programme « équivalent ». Le point de départ de l’analyse des objectifs de la loi consiste à interpréter le terme « équivalent » eu égard au libellé de la disposition en cause dans ce contexte réglementaire, à l’économie de la loi, à son objet et à l’intention du législateur : Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[51] Le contexte réglementaire en question concerne le niveau minimal de connaissances exigé des élèves des écoles privées et publiques de la province. Le Québec veut ainsi s’assurer que les élèves qui obtiennent un diplôme d’études secondaires approuvé par la province possèdent les connaissances et les compétences dont ils auront besoin pour être des membres productifs de la société et que les écoles qui décernent des diplômes d’études secondaires facilitent l’acquisition de ces habiletés. Plus particulièrement, le ministre a la responsabilité légale d’adopter des mesures propres à contribuer à l’éducation et au développement des personnes, et de s’assurer que les établissements d’enseignement offrent des services d’une qualité suffisante : *Loi sur le ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15, art. 2.

[52] To this end, under the *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, Quebec prescribes the compulsory subjects that must be taught each year and sets out minimum requirements for the instructional hours to be accorded to each subject: ss. 23 and 23.1. The Minister also has the power to set out core course objectives and content, establish curricula to teach these core subjects, as well as allow for optional content that can be customized according to the needs of students: *Education Act*, s. 461. The mandatory curricula must be taught in private as well as public schools: *An Act respecting private education*, ss. 25 and 32. Finally, the regulatory scheme also requires all private educational institutions to hold a permit to operate, which enables the Minister to ensure that all private schools are complying with the general regulatory framework it has set out: *An Act respecting private education*, s. 10.

[53] The power to grant exemptions from the mandatory curriculum in cases where a school offers an “equivalent” program is part of the Minister’s broader regulatory role of ensuring that basic educational standards are met by schools and students alike. As a result, in order to be consistent with the scheme as a whole, the Minister’s interpretation of which programs are “equivalent” should take into account the objectives each course seeks to meet and the competencies it seeks to inculcate in students.

[54] At the same time, however, there would be little point in offering an exemption if, in order to receive it, the proposed alternative program had to be identical to the mandatory program in every way. The exemption exists in a regulatory scheme that anticipates and sanctions the existence of private denominational schools. And the preamble to *An Act respecting the Ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport*, which sets out the Minister’s powers, recognizes that parents have the right to choose establishments that, according to their own convictions, best respect the rights of their children. In order to respect values of religious freedom in this

[52] À cette fin, dans son *Régime pédagogique de l’éducation préscolaire, de l’enseignement primaire et de l’enseignement secondaire*, le Québec prescrit les matières qui doivent être enseignées chaque année et établit des exigences minimales quant au nombre d’heures à consacrer à l’enseignement de chaque matière : art. 23 et 23.1. Le ministre a également le pouvoir de prévoir des objectifs et un contenu de cours essentiels, d’établir des programmes d’enseignement de ces matières essentielles, ainsi que de permettre un contenu optionnel pouvant être adapté aux besoins des élèves : *Loi sur l’instruction publique*, art. 461. Les programmes obligatoires doivent être enseignés tant dans les écoles privées que dans les écoles publiques : *Loi sur l’enseignement privé*, art. 25 et 32. Enfin, le régime réglementaire exige de tous les établissements d’enseignement privés qu’ils détiennent un permis d’exploitation, ce qui permet au ministre de s’assurer qu’ils respectent tous le régime général de réglementation qu’il a établi : *Loi sur l’enseignement privé*, art. 10.

[53] Le pouvoir d’accorder des exemptions du régime obligatoire lorsqu’une école offre un programme « équivalent » fait partie du rôle plus général de réglementation du ministre, qui consiste à s’assurer que les normes fondamentales en matière d’éducation sont respectées tant par les écoles que par les élèves. En conséquence, pour être compatible avec le régime dans son ensemble, l’interprétation par le ministre de ce qui constitue des programmes « équivalents » devrait tenir compte des objectifs poursuivis par chaque cours et des compétences que ceux-ci visent à inculquer aux élèves.

[54] Cela dit, il n’y aurait guère d’intérêt à offrir cette exemption si, pour pouvoir s’en prévaloir, il fallait démontrer que le programme de remplacement proposé est en tout point identique au programme obligatoire. Cette exemption fait partie d’un régime réglementaire qui envisage et sanctionne l’existence des écoles privées confessionnelles. En outre, le préambule de la *Loi sur le ministère de l’Éducation, du Loisir et du Sport*, qui énonce les pouvoirs du ministre, reconnaît que les parents ont le droit de choisir des établissements qui, selon leurs propres convictions, respectent davantage les droits de leurs enfants. Par souci de respect des valeurs de la liberté

context, as well as to cohere with the larger regulatory scheme, a reasonable interpretation of the process for granting exemptions from the mandatory curriculum would leave at least some room for the religious character of those schools. The regulation providing for such exemptions would otherwise operate to prevent what the *Act respecting private education* itself allows — a private school being denominational.

[55] Although it prescribes some course content, the documentation describing the ERC Program does not set out detailed lesson plans that teachers are required to cover. The program is instead structured to be flexible and thematic, providing only a general framework to guide students in developing competencies in ethics, dialogue and religious culture, in service of the two key objectives of the program: the recognition of others and the pursuit of the common good.

[56] Given the highly flexible nature of the ERC Program and its heavy emphasis on these two objectives, as well as the context of the regulatory scheme as a whole, it is unreasonable to interpret equivalence as requiring a strict adherence to specific course content, rather than in terms of the ERC's program objectives generally. Using the program's objectives as the marker for equivalence leaves the necessary flexibility for the possibility of acceptable differences between an alternative program and the ERC Program, including differences that can accommodate religious freedom. As long as the alternative program substantially realizes the objectives of the ERC Program, it should be considered equivalent. The Minister's task was therefore to arrive at a decision that proportionately balanced the realization of the ERC Program's objectives of promoting respect for others and openness to diversity, with respect for *Charter*-protected religious freedom in this context.

de religion dans ce contexte, et de cohérence avec le régime réglementaire plus large, une interprétation raisonnable du processus d'octroi des exemptions du programme d'études obligatoire laisserait au moins une certaine place au caractère confessionnel de ces écoles. Le règlement qui prévoit de telles exemptions aurait autrement pour effet d'empêcher ce que permet la *Loi sur l'enseignement privé* — soit qu'une école privée ait un caractère confessionnel.

[55] Bien que le programme ÉCR prescrive un certain contenu de cours, la documentation qui le décrit n'établit pas de plans de leçons détaillés que les enseignants sont tenus de respecter. Le programme permet au contraire une certaine souplesse et un enseignement thématique; on ne fournit qu'un cadre général destiné à orienter les élèves dans le développement de leurs compétences en éthique, en dialogue et en phénomène religieux afin de répondre à deux objectifs clés du programme : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun.

[56] Vu la grande souplesse du programme ÉCR et la haute importance qu'il attache à ces deux objectifs, et vu le contexte dans lequel s'inscrit le régime réglementaire dans son ensemble, il est déraisonnable de considérer que l'équivalence exige le respect strict d'un contenu de cours précis, plutôt que de l'interpréter en fonction des objectifs poursuivis par le programme de façon générale. Utiliser les objectifs du programme comme indicateur de l'équivalence offre la souplesse nécessaire pour permettre de conclure à l'existence de différences acceptables entre un programme de remplacement et le programme ÉCR, y compris des différences compatibles avec la liberté de religion. Dans la mesure où il permet de réaliser pour l'essentiel les objectifs du programme ÉCR, le programme de remplacement devrait être considéré comme équivalent. La tâche de la ministre consistait donc à prendre une décision qui établissait une mise en balance proportionnée de la réalisation des objectifs du programme ÉCR de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité, d'une part, et du respect de la liberté de religion dans ce contexte protégée par la *Charte*, d'autre part.



[57] The information that was before the Minister when she made her decision about Loyola's proposed alternative program consisted of two letters requesting the exemption and a three-page proposed curriculum document. Based on these documents, the Minister identified a number of key differences between the two programs. The crucial difference, however, was the religious nature of Loyola's program. Loyola proposed an alternative program that would focus on Catholic precepts and ethics, and discuss other belief systems from a Catholic perspective. Its main goal, as the Minister's representative noted in her letter dated November 13, 2008, was the "transmission of Catholic beliefs and convictions". As this letter to Loyola makes clear, in the Minister's view, a program that departs in any way from the ERC Program's posture of strict neutrality, even partially, cannot achieve the state's objectives of promoting respect for others and openness to diversity. This was also the position that Quebec took before this Court.

[58] The Minister's decision necessarily engages religious freedom. The starting point, and the inspiration for most of this Court's subsequent jurisprudence about religious freedom, is *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. (as he then was), writing for the majority, articulated his visionary approach to freedom of religion:

The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. . . . Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to

[57] Lorsqu'elle a pris sa décision au sujet du programme de remplacement proposé par Loyola, les renseignements dont disposait la ministre étaient contenus dans deux lettres par lesquelles Loyola demandait une exemption et dans un document de trois pages décrivant le programme d'études proposé. Se fondant sur ces documents, la ministre a relevé plusieurs différences fondamentales entre les deux programmes. La différence cruciale, toutefois, avait trait au caractère religieux du programme proposé par Loyola. En effet, ce dernier était axé sur les préceptes et l'éthique catholiques et traitait d'autres systèmes de croyances d'un point de vue catholique. Ainsi qu'une représentante de la ministre l'a fait remarquer dans sa réponse datée du 13 novembre 2008, ce programme avait pour principale finalité la « transmission des croyances et convictions catholiques ». Comme l'indiquait par ailleurs clairement cette lettre adressée à Loyola, selon la ministre, un programme qui s'écarte de quelque façon — même partiellement — de la stricte neutralité imposée par le programme ÉCR ne peut réaliser les objectifs étatiques de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité. Le Québec a adopté la même position devant la Cour.

[58] Cette décision de la ministre fait nécessairement intervenir la liberté de religion. Le point de départ et la source d'inspiration de l'essentiel de la jurisprudence de la Cour sur la liberté de religion est l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom des juges majoritaires, a exprimé comme suit sa conception visionnaire de la liberté de religion :

Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. [. . .] La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante

act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. *Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.*

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of “the tyranny of the majority”. [Emphasis added; pp. 336-37.]

[59] Justice Dickson’s formulation of religious freedom is founded on the idea that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual and collective aspects of religious belief: *Hutterian Brethren*, at paras. 31, 130 and 182; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 781. In the words of Justice LeBel: “Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships” (*Hutterian Brethren*, at para. 182).

[60] Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions: Victor Muñoz-Fraticelli and Lawrence David, “Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context”, forthcoming, at p. 2; Dieter Grimm, “Conflicts Between General Laws and Religious Norms” (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369, at p. 2373. To fail to recognize this dimension of religious belief would be to “effectively denigrate those religions in which more emphasis is placed on communal worship or other communal religious activities”: Dwight Newman, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*

exercée, par exemple, sous forme d’ordres directs d’agir ou de s’abstenir d’agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d’action d’autrui. La liberté au sens large comporte l’absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. *La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l’ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d’autrui, nul ne peut être forcé d’agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.*

Une majorité religieuse, ou l’État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ». [Italiques ajoutés; p. 336 et 337.]

[59] La conception de la liberté de religion exprimée par le juge Dickson repose sur l’idée que nul ne doit être contraint d’adhérer ou de s’abstenir d’adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise tant les aspects individuels que les aspects collectifs des convictions religieuses : *Hutterian Brethren*, par. 31, 130 et 182; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 781. Pour reprendre les propos du juge LeBel : « [l]a religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux » (*Hutterian Brethren*, par. 182).

[60] La liberté de religion au sens où il faut l’entendre pour l’application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu’il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d’institutions et de traditions collectives : Victor Muñoz-Fraticelli et Lawrence David, « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », article à paraître, p. 2; Dieter Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369, p. 2373. Méconnaître cette dimension des croyances religieuses reviendrait à [TRADUCTION] « dénigrer en fait les religions qui accordent une plus grande importance au culte collectif ou à d’autres formes d’activités religieuses

(2011), at p. 78. See also Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 105.

[61] These collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs through a private denominational school — are a crucial part of Loyola’s claim. In *S.L.*, this Court held that the imposition of the ERC Program in public schools did not impose limits on the religious freedom of individual students and parents. This case, however, can be distinguished from *S.L.* because Loyola is a private religious institution created to support the collective practice of Catholicism and the transmission of the Catholic faith. The question is not only how Loyola is required to teach about *other* religions, but also how it is asked to teach about the very faith that animates its character and the comparative relationship between Catholicism and other faiths. The Minister’s decision therefore demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the very purpose of transmitting Catholicism, can teach and learn about the Catholic faith. This engages religious freedom protected under s. 2(a) of the *Charter*.

[62] I agree with Loyola that the Minister’s decision had a serious impact on religious freedom in this context. To tell a Catholic school how to explain its faith undermines the liberty of the members of its community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

[63] As Justice Dickson observed in *Big M Drug Mart*, “whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose” (p. 347). Although the state’s purpose here is secular, requiring

collectives » : Dwight Newman, *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups* (2011), p. 78. Voir également Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 105.

[61] Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique par le truchement d’une école privée confessionnelle — constituent un élément essentiel de l’argumentation de Loyola. Dans *S.L.*, la Cour a conclu que l’imposition du programme ÉCR dans les écoles publiques ne portait pas atteinte à la liberté de religion individuelle des élèves et des parents. Le présent pourvoi peut toutefois être distingué de cette affaire parce que Loyola est une institution confessionnelle privée créée pour favoriser la pratique collective du catholicisme et la transmission de la foi catholique. La question ne consiste pas seulement à savoir comment Loyola est tenue d’enseigner d’autres religions, mais aussi à savoir comment on lui demande d’enseigner la religion qui constitue son essence même, ainsi que la comparaison entre le catholicisme et d’autres religions. La décision de la ministre empiète donc manifestement sur la manière dont les membres d’une institution dont l’objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela fait intervenir la liberté de religion protégée par l’al. 2a) de la *Charte*.

[62] Je conviens avec Loyola que la décision de la ministre a eu une incidence sérieuse sur la liberté de religion dans ce contexte. Dicter à une école catholique la façon dont elle doit expliquer sa religion porte atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

[63] Comme le fait observer le juge Dickson dans l’arrêt *Big M Drug Mart*, « quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci : le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier » (p. 347).

Loyola's teachers to take a neutral posture even about Catholicism means that the state is telling them how to teach the very religion that animates Loyola's identity. It amounts to requiring a Catholic institution to speak about Catholicism in terms defined by the state rather than by its own understanding of Catholicism.

[64] It also interferes with the rights of parents to transmit the Catholic faith to their children, not because it requires neutral discussion of other faiths and ethical systems, but because it prevents a Catholic discussion of Catholicism. This ignores the fact that an essential ingredient of the vitality of a religious community is the ability of its members to pass on their beliefs to their children, whether through instruction in the home or participation in communal institutions.

[65] This principle has received wide recognition in international human rights instruments. Article 18(4) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, for example, protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[66] Though not relied on by Loyola in this case, s. 41 of the *Quebec Charter* also protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

Parents or the persons acting in their stead have a right to give their children a religious and moral education in keeping with their convictions and with proper regard for their children's rights and interests.

Bien que, en l'espèce, l'objectif de l'État soit laïque, obliger les enseignants de Loyola à adopter un point de vue neutre même lorsqu'ils parlent du catholicisme équivaut à dicter à ceux-ci la manière dont ils doivent enseigner la religion qui constitue l'identité même de Loyola. Cela revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite du catholicisme selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception du catholicisme.

[64] La décision de la ministre porte également atteinte au droit des parents de transmettre la foi catholique à leurs enfants, non pas parce qu'elle exige une discussion neutre quant à d'autres religions et à d'autres systèmes éthiques, mais parce qu'elle empêche toute discussion sur le catholicisme selon une perspective catholique. Elle ne tient aucunement compte du fait qu'un élément essentiel de la vitalité d'une communauté de croyants est la capacité de ses membres de transmettre leur foi à leurs enfants, soit au moyen d'un enseignement donné à la maison, soit par la participation aux activités d'institutions collectives.

[65] Ce principe a fait l'objet d'une vaste reconnaissance dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 18(4) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, par exemple, protège le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[66] Bien que Loyola n'invoque pas cette disposition en l'espèce, l'art. 41 de la *Charte québécoise* protège lui aussi le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci.

[67] Ultimately, measures which undermine the character of lawful religious institutions and disrupt the vitality of religious communities represent a profound interference with religious freedom.

[68] There is, on the other hand, insufficient demonstrable benefit to the furtherance of the state's objectives in requiring Loyola's teachers to teach Catholicism from a neutral perspective. In her letter dated November 13, 2008 explaining her decision to deny Loyola's exemption, the Minister sets out her reasons for rejecting Loyola's proposed alternative curriculum:

[TRANSLATION]

- . . . The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. . . . [T]he program proposed by Loyola . . . is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions.
- . . . the ethics aspect of the program proposed by Loyola . . . focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.
- . . . the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- . . . the . . . program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.

These passages reflect the central problems with the Minister's decision: it treats teaching any part of the proposed alternative program from a Catholic perspective as necessarily inimical to the state's core objectives in imposing the ERC Program and it gives no weight to the values of religious freedom engaged by the decision. There is, in short, no balancing of freedom of religion in relation to the statutory objectives. The result is a disproportionate outcome that does not protect *Charter* values as

[67] En fin de compte, des mesures qui portent atteinte à l'essence même d'institutions confessionnelles légitimes et compromettent la vitalité de communautés de croyants constituent une atteinte grave à la liberté de religion.

[68] Il n'y a, en outre, pas suffisamment d'avantages évidents à favoriser la réalisation des objectifs de l'État en exigeant des enseignants de Loyola qu'ils expliquent le catholicisme d'un point de vue neutre. Dans sa lettre datée du 13 novembre 2008, qui explique sa décision de refuser d'accorder une exemption à Loyola, la ministre a exposé les motifs pour lesquels elle a rejeté le programme de remplacement proposé par cette dernière :

- . . . L'approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. [ . . . ] [Le] programme proposé par Loyola [ . . . ] est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques.
- . . . le volet éthique du programme proposé par Loyola [ . . . ] [consiste en] [ . . . ] l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.
- . . . [l]e programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- . . . le programme [ . . . ] n'amène pas l'élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d'éthique, mais l'amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.

Ces passages illustrent les failles principales de la décision de la ministre : considérer que le fait d'enseigner toute partie du programme de remplacement proposé d'un point de vue catholique va nécessairement à l'encontre des objectifs fondamentaux que poursuivait l'État en imposant le programme ÉCR et n'accorder aucun poids aux valeurs de la liberté de religion sur lesquelles elle porte. Bref, cette décision n'est pas le fruit d'une mise en balance de la liberté de religion, d'une part, et des objectifs de la

fully as possible in light of those statutory objectives.

[69] In the Quebec context, where private denominational schools are authorized, forcing a religious school to teach its own religion from a non-religious perspective does not assist in realizing the ERC Program's basic curricular goals of encouraging among students respect for others and openness to others. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can simply be presumed to impair respect for others. This assumption runs counter to the objectives of the regulatory scheme as a whole and it has a disproportionate impact on the values underlying religious freedom in this context. This necessarily renders the Minister's decision unreasonable.

[70] The disproportionate nature of this decision is reinforced by the fact that the Minister's decision effectively prohibits Loyola from teaching about Catholic ethics from a Catholic perspective. Catholic doctrine and Catholic ethics are simply too intertwined to make it possible to teach one from a religious perspective and the other neutrally. More to the point, there is no reason to distinguish between the two when it comes to religious freedom. In both cases, preventing Loyola from teaching Catholicism seriously impairs its Catholic identity.

[71] Loyola, as previously noted, conceded before this Court that it was prepared to teach the first competency — world religions other than Catholicism — from a neutral perspective. It sought, however, to be exempt from teaching the *ethics* of other religions from a neutral perspective, and proposed instead to do so from a Catholic perspective. Unlike my colleagues in their concurring opinion, however, I agree with the Court of Appeal that requiring Loyola to teach about the ethics of *other* religions in a neutral, historical and phenomenological way

loi, d'autre part. Cela entraîne un résultat disproportionné qui ne protège pas les valeurs consacrées par la *Charte* autant qu'il est possible de le faire à la lumière de ces objectifs législatifs.

[69] Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles privées confessionnelles est autorisée, forcer une de ces écoles à enseigner sa propre religion selon une perspective non religieuse ne contribue certes pas à la réalisation des objectifs pédagogiques fondamentaux du programme ÉCR d'encourager chez les élèves le respect des différences et l'ouverture aux autres. La décision de la ministre laisse toutefois entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette présomption va à l'encontre des objectifs du régime réglementaire dans son ensemble et a une incidence disproportionnée sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de religion dans ce contexte. Cela rend nécessairement la décision de la ministre déraisonnable.

[70] Le caractère disproportionné de cette décision est renforcé par le fait que cette dernière interdit dans les faits à Loyola d'enseigner l'éthique catholique selon une perspective catholique. La doctrine et l'éthique catholiques sont tout simplement trop étroitement liées pour qu'il soit possible d'enseigner une matière d'un point de vue catholique et l'autre, de façon neutre. Plus précisément, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux lorsqu'il est question de la liberté de religion. Dans les deux cas, empêcher Loyola d'enseigner le catholicisme porte sérieusement atteinte à l'identité catholique de cette institution.

[71] Comme nous l'avons vu, Loyola a reconnu devant la Cour qu'elle était disposée à enseigner la première compétence — soit les religions dans le monde autre que le catholicisme — d'un point de vue neutre. Elle a toutefois demandé d'être exemptée de l'obligation d'enseigner l'*éthique* des autres religions d'un point de vue neutre, et a proposé de le faire plutôt selon une perspective catholique. Cela dit, contrairement à mes collègues dans leur décision concurrente, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel le fait d'obliger Loyola à enseigner

would not interfere disproportionately with the relevant *Charter* protections implicated by the decision. Justice Deschamps's admonition that exposing children to a variety of religious facts does not, in itself, infringe on their parents' religious freedom remains compelling in a denominational school: *S.L.*, at para. 40. I agree with her that in a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. See *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 46 and 48.

[72] But what does it mean to teach about the ethics of other religions in a "neutral" and "objective" way in the context of a religious school that is permitted to teach its own religion and ethics from a religious perspective? My starting point is that in a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

[73] I quickly acknowledge that in a religious school, teaching other ethical frameworks in a neutral way may be a delicate exercise. A school like Loyola must be allowed some flexibility as it navigates these difficult moments. Catholicism's answer to ethical questions, for instance, will sometimes conflict with the approach taken by the ethics of other religions. It would be surprising if, in classes discussing other belief systems, students did not ask for comparative explanations, questions Loyola's teachers are clearly free to answer. A comparative approach that explains the Catholic ethical perspective and responds to questions about it is of course legitimate.

l'éthique d'autres religions d'une façon neutre, historique et phénoménologique ne porterait pas atteinte de manière disproportionnée aux protections pertinentes conférées par la *Charte* et en cause en l'espèce. La mise en garde formulée par la juge Deschamps voulant que l'exposition des enfants à divers faits religieux ne porte pas atteinte en soi à la liberté de religion de leurs parents demeure avérée dans le cas d'une école confessionnelle : *S.L.*, par. 40. Je suis d'accord avec elle pour dire que, dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 46 et 48.

[72] Cela dit, qu'entend-on par enseigner l'éthique d'autres religions de façon « neutre » et « objective » dans le cas d'une école confessionnelle autorisée à enseigner sa propre religion et sa propre éthique selon une perspective religieuse? Je pars du principe que, dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

[73] Je reconnais d'emblée que le fait d'enseigner d'autres systèmes éthiques de façon neutre, au sein d'une école confessionnelle, peut constituer un exercice délicat. Une institution comme Loyola doit disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'elle traverse ces moments difficiles. La réponse qu'apporte le catholicisme aux questions d'éthique, par exemple, entrera parfois en conflit avec l'approche préconisée par l'éthique d'autres religions. Il serait étonnant que, dans les cours où l'on étudie d'autres systèmes de croyances, les élèves ne réclament pas des explications qui appellent certaines comparaisons, questions auxquelles les enseignants de Loyola sont certainement libres de répondre. Une approche comparative qui explique la perspective éthique catholique et répond aux questions sur celle-ci constitue bien entendu une approche légitime.

[74] But the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be required to throw up its hands and abandon its objectives. Those objectives are not only of immense public importance, they are also, as this Court confirmed in *S.L.*, constitutional. Pursuing them in a religious school may require the Minister to accept some adjustments to the program to make it align with the school's religious character, but these adjustments need not mean the wholesale replacement of objective explications of other religions' ethical systems with a program that frames its discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's religious perspective.

[75] The alternative program that Loyola submitted to the Minister would teach other ethical frameworks primarily through the lens of Catholic ethics and morality. Even if Loyola's teachers do so respectfully, this fundamentally transforms the ethics component of the ERC Program from a study of different ethical approaches into a class on Catholicism. The resulting risk is that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goal of ensuring respect for those whose religious beliefs are different, a goal no less worthy in a religious school than in a public one.

[76] The key is in how the discussion is framed. An emphasis on objective instruction insofar as possible, and on teaching other ethical positions in their own right, does not mean stifling debate or denying Loyola's Catholic identity. On the contrary, the framework of the discussions would be wider because they are not based solely on a particular religion's perspective. That religion's own ethical framework would necessarily be part of the discussion, but the role will be one of significant participant rather than hegemonic tutor.

[74] Mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs. Ces derniers ne revêtent pas seulement une importance capitale pour le public; ils sont également, comme la Cour l'a confirmé dans l'arrêt *S.L.*, constitutionnels. Poursuivre ces objectifs au sein d'une école confessionnelle exigera peut-être du ministre qu'il accepte certains ajustements au programme pour l'harmoniser avec le caractère confessionnel de l'établissement, mais ces ajustements ne signifient toutefois pas le remplacement en bloc des explications objectives du système éthique d'autres religions par un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

[75] Le programme de remplacement que Loyola a soumis à la ministre prévoit l'enseignement d'autres systèmes éthiques principalement à travers le prisme de l'éthique et de la morale catholiques. Même si cet enseignement se fait avec respect, cela transforme fondamentalement le volet éthique du programme ÉCR, qui passe de l'étude des différentes approches éthiques à un cours sur le catholicisme. On risque donc forcément de considérer les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de ceux dont les croyances religieuses sont différentes et qui est tout aussi louable dans une école confessionnelle que dans une école publique.

[76] La question clé est celle de savoir comment la discussion est structurée. Privilégier dans la mesure du possible une formation objective et insister sur l'enseignement d'autres positions éthiques en fonction de leur valeur propre n'a pas pour effet d'étouffer le débat ou de nier l'identité catholique de Loyola. Au contraire, le cadre des discussions s'en trouverait ainsi élargi puisqu'il ne reposerait pas uniquement sur une perspective religieuse particulière. Le cadre éthique de cette religion ferait nécessairement partie de la discussion, mais son rôle serait celui d'un acteur important plutôt que celui d'une puissance hégémonique.



[77] There is no doubt that this will not always be easy. The question is, given the undisputed significance of the ERC Program's objectives, can requiring Loyola's teachers to teach and discuss other religions and their ethical positions as objectively as possible really be seen as a serious interference with freedom of religion merely because it may be difficult to execute neatly?

[78] I have difficulty seeing how this can undermine the values of religious freedom. I do not dispute that the belief systems Loyola's teachers are required to explain to their students may not reflect their personal beliefs, or Loyola's institutional allegiances. But teaching about the ethics of other religions is largely a factual exercise. It need not be a clash of values. Nor is asking Loyola's teachers to teach other religions and ethical positions as objectively as possible a requirement that they shed their own beliefs. It is, instead, a pedagogical tool utilized by good teachers for centuries — let the information, not the personal views of the teacher, guide the discussion. The fact that those personal principles are not central when discussing the ethical principles of other religions does not mean that the Loyola teacher is silenced, or forced to forego his own beliefs, or even appears to be doing so. It also does not mean that Loyola's teachers are foreclosed from explaining the Catholic perspective and its differences from other faiths.

[79] In any event, it is the Minister's decision as a whole that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. It does not, in my respectful view, because it rests on the assumption that a confessional program cannot achieve the objectives of the ERC Program. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case. It is, with respect, unreasonable as a result.

[77] Certes, cela ne sera pas toujours facile. Cela dit, compte tenu de l'importance incontestée des objectifs du programme ÉCR, le fait d'obliger Loyola à enseigner et à examiner d'autres religions et leurs positions éthiques aussi objectivement que possible peut-il véritablement être considéré comme une entrave à la liberté de religion simplement parce qu'il peut être difficile d'exécuter commodément ce programme?

[78] J'ai du mal à concevoir comment cela peut porter atteinte aux valeurs de la liberté de religion. Je ne conteste pas que les systèmes de croyances que les enseignants de Loyola sont tenus d'expliquer à leurs élèves ne reflètent peut-être pas leurs croyances personnelles ou les allégeances institutionnelles de l'école. Toutefois, enseigner les valeurs éthiques d'autres religions est en grande partie une démarche factuelle. Il n'est pas nécessaire que cet enseignement donne lieu à un conflit de valeurs. Le fait de demander aux enseignants de Loyola d'expliquer d'autres religions et positions éthiques aussi objectivement que possible ne les oblige pas non plus à renier leurs propres convictions. Il s'agit plutôt d'un outil pédagogique utilisé par les bons enseignants depuis des siècles : laisser la matière et non leurs opinions personnelles orienter la discussion. Le fait que ces principes personnels ne soient pas au cœur de l'examen des principes éthiques d'autres religions ne signifie pas pour autant que les enseignants de Loyola sont condamnés au silence ou forcés de renier leurs propres convictions ou même qu'il semble qu'il en soit ainsi. Cela ne signifie pas non plus qu'il leur est interdit d'expliquer la perspective catholique et en quoi elle diffère des autres religions.

[79] Quoi qu'il en soit, c'est la décision de la ministre dans son ensemble qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. À mon avis, elle ne l'est pas, et ce, parce qu'elle repose sur la prémisse qu'un programme confessionnel ne peut atteindre les objectifs du programme ÉCR. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce. Soit dit en tout respect, cette décision est déraisonnable.

[80] This is not to suggest, however, that in a religious school, the Minister is required to allow the ERC Program — a program that is framed as a tool to teach students about different world religions and ethical beliefs — to be replaced by a program that focuses on that religion’s doctrine and morality. To ask a religious school’s teachers to discuss other religions and their ethical beliefs as objectively as possible does not seriously harm the values underlying religious freedom. These features of the ERC Program are essential to achieving its objectives. But preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism in any part of the program from its own perspective does little to further those objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom.

[81] I would therefore allow the appeal, set aside the Minister’s decision, and remit the matter to the Minister for reconsideration in light of these reasons. An exemption cannot be withheld on the basis that Loyola must teach Catholicism and Catholic ethics from a neutral perspective. In the circumstances, I would make no order for costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J. —

### I. Overview

[82] Loyola, a private Catholic high school, challenges the decision of the Minister of Education, Recreation and Sports (“Minister”) refusing to grant it an exemption from the Ethics and Religious Culture course (“ERC Program”), a compulsory program requiring the teaching of world religions, ethics and dialogue in a neutral way. The application judge set aside the Minister’s decision, holding

[80] Il ne s’agit pas de suggérer par cela que, dans une école confessionnelle, le ministre doit permettre que le programme ÉCR — un programme conçu comme un outil visant à permettre aux élèves d’acquérir des connaissances sur diverses religions et convictions éthiques du monde — soit remplacé par un programme axé sur la doctrine et la morale de la religion de cette école. Demander aux enseignants d’une école confessionnelle de discuter d’autres religions et de leurs convictions éthiques aussi objectivement que possible ne porte pas sérieusement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. Ces caractéristiques du programme ÉCR sont essentielles à l’atteinte de ses objectifs. Toutefois, le fait d’empêcher complètement une école comme Loyola d’enseigner et de traiter du catholicisme selon sa propre perspective dans le cadre de son programme contribue peu à l’atteinte de ces objectifs tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion.

[81] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi, d’annuler la décision de la ministre et de renvoyer l’affaire au ministre pour réexamen à la lumière des présents motifs. Une exemption ne peut pas être refusée au motif que Loyola doit enseigner le catholicisme et l’éthique catholique suivant une perspective neutre. Dans les circonstances, je ne rendrai aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

### I. Aperçu

[82] Loyola, une école secondaire catholique privée, conteste la décision de la ministre de l’Éducation, du Loisir et du Sport (« la ministre ») de refuser de l’exempter de l’obligation de donner le cours d’éthique et de culture religieuse (« programme ÉCR »), un programme obligatoire qui impose l’enseignement de façon neutre des religions dans le monde, de l’éthique et du dialogue.

that it violated Loyola's constitutional right to freedom of religion. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. Loyola now appeals with leave to this Court.

[83] Like our colleague Abella J., we would allow the appeal. In our view, the Minister's decision cannot be upheld because it failed to protect Loyola's right to religious freedom. In reaching that conclusion, we respectfully differ from our colleague on a number of points, including her choice of remedy.

## II. Background Facts

[84] The government of Quebec, as part of a plan of progressive secularization of the public school system, incorporated the ERC Program into its core curriculum. Beginning in 2008, all schools were required to deliver a program teaching world religions, ethics and dialogue from a secular, morally neutral perspective. The legislative and regulatory scheme provided exemptions for private schools to teach an equivalent program, with requests for exemptions to be assessed by the Minister.

[85] Loyola High School is a respected Catholic private school, founded in 1848 as part of the Collège Sainte-Marie, administered by the Jesuit Order and serving the Catholic community of Montréal. It applied for an exemption to teach a program that, in its view, achieved the same educational objectives of the ERC Program, but in harmony with its religious convictions. The Minister refused, on the basis that Loyola's proposed program had a religious perspective that was unacceptable, and that it amounted to a program of moral education that did not follow the required neutral and cultural approach to religion and ethics.

Le juge saisi de la demande a annulé la décision de la ministre, concluant que cette décision violait le droit constitutionnel à la liberté de religion de l'école. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Loyola se pourvoit maintenant devant la Cour, sur autorisation.

[83] À l'instar de notre collègue la juge Abella, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. À notre avis, la décision de la ministre ne peut être maintenue, parce qu'elle n'a pas protégé le droit à la liberté de religion de Loyola. Tout en tirant cette conclusion, nous exprimons, soit dit en tout respect, notre désaccord avec la juge Abella sur un certain nombre de points, notamment en ce qui concerne la réparation à accorder.

## II. Contexte factuel

[84] Le gouvernement du Québec a incorporé le programme ÉCR aux matières de base dans le cadre d'un projet de déconfessionnalisation progressive du système scolaire public. Depuis 2008, toutes les écoles sont tenues d'offrir un programme d'enseignement des religions dans le monde, de l'éthique et du dialogue selon une perspective laïque et moralement neutre. Le régime législatif et réglementaire prévoit des exemptions pour les écoles privées qui peuvent être autorisées à enseigner un programme équivalent, après examen des demandes à cet effet par le ministre.

[85] L'école secondaire Loyola est une institution catholique privée réputée, fondée en 1848 en tant que partie du Collège Sainte-Marie; elle est administrée par l'ordre des Jésuites et dessert la communauté catholique de Montréal. Elle a demandé une exemption afin de pouvoir enseigner un programme qui, à son avis, atteignait les mêmes objectifs que le programme ÉCR, mais en conformité avec ses convictions religieuses. La ministre a refusé, au motif que le programme proposé par Loyola avait une perspective religieuse qui était inacceptable et qu'il équivalait à un programme d'éducation morale qui ne respectait pas la conception neutre et culturelle de la religion et de l'éthique qui était exigée.

### III. Procedural History

[86] The application judge heard evidence from several expert and lay witnesses, and made extensive findings of fact which we address in greater detail in our analysis. He found that the Minister's refusal constituted a serious infringement of Loyola's right to religious freedom. In the result, he granted Loyola's application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption (2010 QCCS 2631).

[87] On appeal by the Minister, the Quebec Court of Appeal applied the administrative law framework from *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and concluded that the Minister's decision was reasonable. The Court of Appeal expressed skepticism that denying an exemption to teach a modified version of the ERC Program posed *any* infringement on Loyola's freedom to teach the Catholic religion. Furthermore, it concluded that even if there were an infringement, it would be [TRANSLATION] "trivial because [the ERC Program] is only one class among many" and "the program does not require teachers to refute the precepts of the Catholic religion, but only to abstain from expressing their opinions or convictions" (2012 QCCA 2139, at para. 174 (CanLII)). In consequence, the Court of Appeal overturned the application judge, and reinstated the decision of the Minister. As we explain, we respectfully disagree with the Court of Appeal's conclusion that the infringement was trivial. Indeed, for reasons that will become apparent, we are satisfied that the infringement had a substantial impact on Loyola's right to religious freedom.

### IV. Analysis

[88] We are required to address several issues in deciding this appeal. First, we must decide whether Loyola as a religious organization is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. Concluding that it is, we analyze the proper interpretation of the legislative and regulatory scheme

### III. Historique des procédures

[86] Le juge saisi de la demande a entendu la déposition de plusieurs témoins experts et ordinaires, et a tiré de nombreuses conclusions de fait que nous examinerons plus en détail dans notre analyse. Il a conclu que le refus de la ministre constituait une atteinte grave au droit à la liberté de religion de Loyola. Il a donc accueilli la demande de cette dernière, annulé la décision de la ministre et ordonné une exemption (2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417).

[87] Lors de l'appel interjeté par la ministre, la Cour d'appel du Québec a appliqué le cadre d'analyse de droit administratif établi par l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et conclu que la décision de la ministre était raisonnable. La Cour d'appel a exprimé des doutes sur le fait qu'un refus d'accorder à l'école une exemption afin de lui permettre d'enseigner une version modifiée du programme ÉCR constituait une atteinte *quelconque* à sa liberté d'enseigner la religion catholique. Elle a conclu en outre que, même s'il y avait eu atteinte, celle-ci aurait été « négligeable, car [le programme ÉCR ne constitue qu'] un cours parmi plusieurs » et qu'« il n'est pas demandé à l'enseignant de réfuter les préceptes de la religion catholique, mais de s'abstenir d'exprimer son opinion ou ses convictions » (2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, par. 174). En conséquence, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge saisi de la demande et rétabli celle de la ministre. Comme nous l'expliquerons plus loin, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'atteinte était négligeable. En fait, pour des raisons qui deviendront évidentes, nous sommes convaincus que l'atteinte a eu un effet substantiel sur le droit à la liberté de religion de Loyola.

### IV. Analyse

[88] Pour trancher le présent pourvoi, nous devons examiner plusieurs questions. Tout d'abord, il faudra déterminer si Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Estimant qu'elle jouit d'une telle protection, nous nous pencherons

at issue in this appeal, including the ERC Program and the exemption provision. We review the content of Loyola's proposed equivalent program, and then evaluate the Minister's decision in light of Loyola's constitutional right to religious freedom — first, determining whether Loyola's freedom of religion was breached, and second, determining whether that breach was minimally impairing and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the “*Canadian Charter*” or “*Charter*”). Finding that Loyola's freedom of religion was infringed, and that the infringement was not minimally impairing, we offer guidelines on the appropriate scope of an equivalent program that would comply with the *Charter* while meeting the objectives of the ERC Program. Finally, we determine that the appropriate remedy is an order of mandamus granting an exemption to Loyola to teach such a program.

A. *Does Loyola as a Religious Organization Enjoy Freedom of Religion Under Section 2(a) of the Canadian Charter and Section 3 of the Quebec Charter?*

[89] Loyola is a religious non-profit corporation constituted under Part III of Quebec's *Companies Act*, CQLR, c. C-38. For over a century, it has pursued a vocation of providing Catholic religious education for young men. Loyola asserts that, as a religious organization, it is protected by the guarantee of freedom of religion in the *Canadian Charter* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the “*Quebec Charter*”).

[90] The Attorney General of Quebec contends that Loyola enjoys no such constitutional protection because it is not a natural person, but merely a legal person: religious freedom protects sincerely held beliefs, and a corporation is capable of neither sincerity nor belief. This raises the question of whether

ensuite sur l'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause en l'espèce, notamment au programme ÉCR et à la disposition d'exemption. Ensuite, nous examinerons le contenu du programme que propose Loyola comme équivalent, puis nous évaluerons la décision de la ministre à la lumière du droit constitutionnel à la liberté de religion de cette institution — en déterminant, premièrement, s'il y a eu atteinte à la liberté de religion de l'école et, deuxièmement, si cette atteinte était minimale et donc justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* » ou « *Charte* »). Concluant qu'il y a eu atteinte à la liberté de religion de Loyola et que cette atteinte n'était pas minimale, nous formulerons des lignes directrices quant au contenu acceptable d'un programme équivalent, contenu qui serait compatible avec la *Charte* tout en permettant d'atteindre les objectifs du programme ÉCR. Finalement, nous concluons que la réparation appropriée consiste à prononcer une ordonnance de *mandamus* qui permettrait à Loyola d'enseigner un tel programme.

A. *En tant qu'organisation religieuse, Loyola jouit-elle de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte canadienne et par l'art. 3 de la Charte québécoise?*

[89] Loyola est une corporation religieuse sans but lucratif constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38. Pendant plus d'un siècle, elle a poursuivi sa mission consistant à offrir une éducation religieuse catholique aux jeunes hommes. Cette école prétend bénéficier, en tant qu'organisation religieuse, de la protection accordée à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[90] Le procureur général du Québec soutient que Loyola ne bénéficie pas d'une telle protection constitutionnelle parce qu'elle n'est pas une personne physique, mais simplement une société : la liberté de religion protège les croyances sincères, or, une société n'est capable ni de faire preuve de

religious organizations are protected by the guarantee of freedom of religion.

[91] In our view, Loyola may rely on the guarantee of freedom of religion found in s. 2(a) of the *Canadian Charter*. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola. Canadian and international jurisprudence supports this conclusion.

[92] This Court has affirmed that freedom of religion under s. 2(a) of the *Canadian Charter* has both an individual and a collective dimension. In *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, Bastarache J., writing in dissent but not on this point, quoted Professor Timothy Macklem for the proposition that

religions are necessarily collective endeavours. . . . It follows that any genuine freedom of religion must protect, not only individual belief, but the institutions and practices that permit the collective development and expression of that belief.

(Para. 137, quoting “Faith as a Secular Value” (2000), 45 *McGill L.J.* 1, at p. 25.)

[93] In *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, Justice Abella and Justice LeBel, both writing in dissent but not on this point, emphasized the collective dimension of religious freedom. Justice Abella noted the “group, or ‘community’, aspect of religious freedom” (para. 131), while Justice LeBel observed:

Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. . . . [This appeal] raises issues about belief, but also about the maintenance of communities of faith. We are discussing the fate . . . of a community that shares a common faith and a way of life

sincérité ni d’avoir des croyances. Cela soulève la question de savoir si les organisations religieuses bénéficient de la protection accordée à la liberté de religion.

[91] À notre avis, Loyola peut invoquer la liberté de religion protégée par l’al. 2a) de la *Charte canadienne*. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d’enseignement à caractère religieux comme Loyola. La jurisprudence canadienne et internationale appuie cette conclusion.

[92] La Cour a affirmé que la liberté de religion protégée par l’al. 2a) de la *Charte canadienne* comporte une dimension à la fois individuelle et collective. Dans l’arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, le juge Bastarache, qui était dissident, mais non sur cette question, a cité le professeur Timothy Macklem à cet effet :

[TRADUCTION] . . . la religion est nécessairement une entreprise collective. [ . . . ] Il s’ensuit que la véritable liberté de religion doit protéger non seulement la croyance individuelle, mais aussi les institutions et pratiques par lesquelles passent le développement et l’expression collectifs de cette croyance.

(Par. 137, citant « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1, p. 25.)

[93] Dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, la juge Abella et le juge LeBel, tous deux dissidents, mais non sur cette question, ont mis l’accent sur la dimension collective de la liberté de religion. La juge Abella a insisté sur « l’aspect “collectif” de la liberté de religion » (par. 131). Pour sa part, le juge LeBel a fait remarquer que :

La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux. Le présent pourvoi [ . . . ] soulève des questions sur les croyances, mais aussi sur le maintien des communautés organisées autour d’une même foi. Nous discutons [ . . . ] du sort [ . . . ] d’une communauté qui

that is viewed by its members as a way of living that faith and of passing it on to future generations. [Emphasis added; para. 182.]

[94] The individual and collective aspects of freedom of religion are indissolubly intertwined. The freedom of religion of individuals cannot flourish without freedom of religion for the organizations through which those individuals express their religious practices and through which they transmit their faith.

[95] In this respect, the guarantee of freedom of religion resembles the guarantees of freedom of expression, freedom from unreasonable search and seizure and trial within a reasonable time, all of which have been held to apply to corporations: see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. As with s. 2(a), the text of these rights refers not to “individuals” but to “everyone” or “any person”, which has been interpreted as including corporations: see D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at pp. 53-54.

[96] International human rights instruments recognize the communal character of religion and support the extension of constitutional protection to the organizations through which congregants worship and teach their faith. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), provides:

Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

Article 9 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, contains a virtually identical provision. Similarly, the *International Covenant*

partage la même foi et un mode de vie qui est perçu par ses membres comme une façon de vivre cette foi et de la transmettre aux générations futures. [Nous soulignons; par. 182.]

[94] Les aspects individuels et collectifs de la liberté de religion sont indissolublement liés. En effet, la liberté de religion des individus ne peut s'épanouir si les organisations par l'entremise desquelles ceux-ci expriment leurs pratiques religieuses et transmettent leur foi ne bénéficient pas elles aussi d'une telle liberté.

[95] La liberté de religion s'apparente à cet égard à la liberté d'expression, à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et au droit à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable, lesquels ont tous été jugés s'appliquer aux sociétés : voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. Tout comme pour l'al. 2a), le texte de ces droits ne renvoie pas à des « individus », mais à « chacun » ou à « tout inculpé », ce qu'on a interprété comme incluant les sociétés : voir D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 53-54.

[96] Les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne reconnaissent le caractère collectif de la religion et appuient l'élargissement de la protection constitutionnelle aux organisations par l'entremise desquelles les fidèles font leurs dévotions et enseignent leur foi. L'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), est rédigé en ces termes :

Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

L'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, renferme une disposition presque identique. De même, le *Pacte*

on *Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, to which Canada is a signatory, provides:

*Article 18.* 1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[97] The *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70. It follows that the collective aspect of freedom of religion should find protection under the *Charter*.

[98] Foreign jurisprudence supports Loyola's claim to freedom of religion: see *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10, at para. 136; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] The Attorney General of Quebec points out that in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. commented that "a business corporation cannot possess religious beliefs" (p. 784). However, a religious organization may in a very real sense have religious beliefs and rights. Thus, Dickson C.J. referred to the s. 2(a) freedom of "individuals and groups" (p. 759 (emphasis added)),

*international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, dont le Canada est signataire, prévoit :

*Article 18.* 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[97] Il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70. L'aspect collectif de la liberté de religion devrait donc bénéficier de la protection accordée par la *Charte*.

[98] La jurisprudence étrangère confirme le droit à la liberté de religion revendiqué par Loyola : voir *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, n° 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC), par. 136; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] Certes, comme le souligne le procureur général du Québec, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson a fait observer qu'« une société commerciale ne saurait avoir des croyances religieuses » (p. 784). Cependant, une organisation religieuse peut d'une manière très concrète avoir des croyances et des droits religieux. Le juge en chef Dickson a donc



describing that freedom using language from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336, as “the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination” (p. 757).

[100] On the submissions before us, and given the collective aspect of religious freedom long established in our jurisprudence, we conclude that an organization meets the requirements for s. 2(a) protection if (1) it is constituted primarily for religious purposes, and (2) its operation accords with these religious purposes.

[101] The precise scope of these requirements may require clarification in future cases which test their boundaries, but it is evident that Loyola falls within their ambit. It is a non-profit religious corporation constituted for the purpose of offering a Jesuit education to children within Quebec’s Catholic religious community. It has operated for over a century in accordance with this religious educational purpose.

[102] We note that the same result is reached under s. 3 of the *Quebec Charter*. If anything, the conclusion is clearer, because the *Quebec Charter* accords freedom of religion to “[e]very person”, unlike the *Canadian Charter* which uses the more ambiguous “[e]veryone”. Under Quebec’s *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, “the word ‘person’ includes natural or legal persons, . . . unless inconsistent with the statute or with the special circumstances of the case”: s. 61(16). No inconsistency arises here; on the contrary, for the reasons just discussed, the circumstances favour recognition of the right of freedom of religion for religious organizations.

parlé de la liberté des « particuliers et [d]es groupes » garantie par l’al. 2a) (p. 759 (nous soulignons)), et décrit cette liberté en reprenant les termes utilisés dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336, soit comme étant « le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 757).

[100] Compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, et de l’aspect collectif de la liberté de religion que reconnaît depuis longtemps notre jurisprudence, nous concluons qu’une organisation satisfait aux exigences applicables pour pouvoir bénéficier de la protection conférée par l’al. 2a) si (1) elle est constituée principalement à des fins religieuses, et (2) ses activités sont compatibles avec ces fins.

[101] L’étendue précise de ces exigences pourrait devoir être clarifiée dans la jurisprudence à venir, mais il est clair que Loyola y satisfait. Il s’agit d’une corporation religieuse sans but lucratif constituée dans le but d’offrir une éducation jésuite aux enfants de la communauté catholique du Québec et qui exerce ses activités depuis plus d’un siècle dans le respect de cette mission éducative religieuse.

[102] Soulignons que l’art. 3 de la *Charte québécoise* mène au même résultat. En fait, l’analyse fondée sur cette disposition mène à une conclusion encore plus manifeste puisque la *Charte québécoise* accorde la liberté de religion à « [t]oute personne », contrairement à la *Charte canadienne* qui utilise le terme plus ambigu « [c]hacon ». Selon la *Loi d’interprétation* du Québec, RLRQ, c. I-16, « le mot “personne” comprend les personnes physiques ou morales [. . .], à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s’y opposent » : par. 61(16). Rien en l’espèce ne s’y oppose; au contraire, pour les motifs que nous venons d’exposer, les circonstances favorisent la reconnaissance du droit à la liberté de religion pour les organisations religieuses.

B. *The Interpretation of the Legislative and Regulatory Scheme at Issue*

[103] To understand and evaluate the Minister's decision, it is necessary to understand the legislative and regulatory scheme under which it was made.

[104] The starting point is the legislation. As of 2000, religious schools in Quebec can exist only as private schools. The compulsory curriculum set by the Minister applies to all schools, including private schools: *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, s. 25. As of the 2008-2009 school year, the ERC Program formed part of the compulsory curriculum for all schools in the province.

[105] The legislation imposing the compulsory curriculum on public and private schools contains a provision authorizing the government to adopt regulations to provide exemptions to particular institutions. Section 111 of the *Act respecting private education* states:

**111.** The Government may, by regulation . . . ,

. . . .

(7) . . . authorize . . . the Minister to exclude, on the conditions he may determine, persons, bodies, institutions or educational services from all or some of the provisions of this Act . . . ;

[106] Pursuant to this power, the government of Quebec adopted s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, which allows private schools to obtain exemptions from teaching the compulsory curriculum:

**22.** Every institution shall be exempt from the [requirement to teach the compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

B. *L'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause*

[103] Pour comprendre et apprécier la décision de la ministre, il est nécessaire de comprendre le régime législatif et réglementaire en vertu duquel elle a été prise.

[104] Le point de départ de l'analyse est la loi. Depuis l'an 2000, les écoles confessionnelles au Québec ne peuvent exister qu'en tant qu'écoles privées. Le programme d'enseignement obligatoire établi par le ministre s'applique à toutes les écoles, y compris les écoles privées : *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25. Depuis l'année scolaire 2008-2009, le programme ÉCR fait partie des matières obligatoires que doivent enseigner toutes les écoles de la province.

[105] La loi qui impose ce programme obligatoire aux écoles publiques et privées renferme une disposition qui autorise le gouvernement à prendre des règlements visant à exempter certaines institutions. L'article 111 de la *Loi sur l'enseignement privé* est rédigé en ces termes :

**111.** Le gouvernement peut, par règlement . . . :

. . . .

7° . . . autoriser [. . .] le ministre à exclure, aux conditions que ce dernier peut déterminer, des personnes, organismes, établissements ou services éducatifs de tout ou partie des dispositions de la présente loi . . . ;

[106] Dans l'exercice de ce pouvoir, le gouvernement du Québec a édicté l'art. 22 du *Règlement d'application de la loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, qui permet aux écoles privées d'être exemptées de l'obligation d'enseigner les matières obligatoires :

**22.** Tout établissement est exempté de l'[obligation d'enseigner les matières obligatoires] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

[107] When the government inserted the ERC Program into the compulsory curriculum, it did not exclude it from the s. 22 exemption provision. It is therefore open to private religious schools to apply for an exemption from the requirement to teach the ERC Program. Loyola did so, and the Minister refused the exemption, giving rise to this litigation.

[108] The legislative and regulatory scheme imposes a compulsory curriculum, but modifies this by allowing individual schools to obtain exemptions. This allows Quebec to satisfy the educational objectives of the compulsory curriculum, while permitting accommodations for particular schools on the basis of their circumstances or needs. Applied to the ERC Program, this scheme allows Quebec to require that religion be taught from a secular, cultural and phenomenological viewpoint in public schools, while allowing private religious schools to adopt an alternative but equivalent approach that meets the basic objectives of the program but preserves the school's freedom of religion.

[109] The preamble of the Act specifying the Minister's powers and obligations (*An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15) confirms that the reliance on the Minister's discretion to approve exemptions is intended to ensure respect for the religious freedoms of individuals and groups. It states:

WHEREAS every child is entitled to the advantage of a system of education conducive to the full development of his personality;

Whereas parents have the right to choose the institutions which, according to their convictions, ensure the greatest respect for the rights of their children;

Whereas persons and groups are entitled to establish autonomous educational institutions and, subject to the requirements of the common welfare, to avail themselves of the administrative and financial means necessary for the pursuit of their ends;

[107] Lorsque le gouvernement a incorporé le programme ÉCR aux matières obligatoires, il ne l'a pas soustrait à l'application de la disposition d'exemption prévue à l'art. 22. Les écoles privées confessionnelles peuvent donc demander à être exemptées de l'obligation d'enseigner ce programme. C'est ce qu'a fait Loyola. La ministre a toutefois refusé de lui accorder l'exemption demandée, d'où le présent litige.

[108] Le régime législatif et réglementaire impose un programme d'enseignement obligatoire, mais il module cette exigence en autorisant les écoles, prises individuellement, à obtenir des exemptions. Cela permet au Québec de faire respecter les objectifs d'apprentissage du programme obligatoire tout en permettant à certaines écoles de bénéficier de mesures d'adaptation eu égard à leur situation ou à leurs besoins. Lorsqu'on l'applique au programme ÉCR, ce régime autorise le Québec à exiger que la religion soit enseignée d'un point de vue laïque, culturel et phénoménologique dans les écoles publiques, tout en permettant aux écoles privées confessionnelles d'adopter une approche différente — mais équivalente — qui répond aux objectifs fondamentaux du programme, mais qui préserve leur liberté de religion.

[109] Le préambule de la loi qui précise les pouvoirs et les obligations du ministre (*la Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15) confirme que l'existence du pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver des exemptions vise à garantir le respect de la liberté de religion aux particuliers et aux groupes. Il prévoit :

ATTENDU que tout enfant a le droit de bénéficier d'un système d'éducation qui favorise le plein épanouissement de sa personnalité;

Attendu que les parents ont le droit de choisir les établissements qui, selon leur conviction, assurent le mieux le respect des droits de leurs enfants;

Attendu que les personnes et les groupes ont le droit de créer des établissements d'enseignement autonomes et, les exigences du bien commun étant sauves, de bénéficier des moyens administratifs et financiers nécessaires à la poursuite de leurs fins;

[110] The department’s own publications support the conclusion that the legislative and regulatory scheme is intended to operate in a way that respects the religious freedoms of individuals and groups in the school system. In a 2005 ministerial proposal, the Minister stated that “[r]especting the fundamental right to the freedom of conscience and religion is the basis of all ethics and religious education”: *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth* (2005), at p. 6. To similar effect, the *Ethics and Religious Culture Program* section of the department’s website promises that the legislative and regulatory scheme — the generic ERC Program supplemented by the s. 22 exemption provision, which replaced a prior diversity of moral education programs including denominational programs — will “respec[t] the freedom of conscience and religion of parents, students and teachers”: “Ethics and Religious Culture Program: Contributing to harmonious social relations in Québec society today” (online).

[111] Indeed, the department’s website notes that among the pre-existing programs was a “Catholic Religious and Moral Instruction” program, and states that the ERC Program will replace such programs in order to “offer the same education to all Québec students”.

[112] Section 22 functions to ensure the legislative and regulatory scheme’s compliance with the freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. It guards against the possibility that, in certain situations, the mandatory imposition of a purely secular curriculum may violate the *Charter* rights of a private religious school. This safeguard is consistent with the obligations of the state in a multicultural society. As LeBel J. observed in his concurring reasons in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, in the context of the public school system, “[u]nder the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system” (para. 54). The state

[110] Les publications du ministère lui-même appuient la conclusion selon laquelle le régime législatif et réglementaire est censé s’appliquer dans le respect de la liberté de religion des individus et des groupes qui font partie du réseau scolaire. Dans une proposition présentée en 2005, le ministre a affirmé que « [l]e respect du droit fondamental à la liberté de conscience et de religion constitue l’assise de toute formation dans les domaines de l’éthique et de la religion » : *La mise en place d’un programme d’éthique et de culture religieuse : Une orientation d’avenir pour tous les jeunes du Québec* (2005), p. 6. Dans le même ordre d’idées, la section *Programme Éthique et culture religieuse* du site Web du ministère assure que le régime législatif et réglementaire — le programme ÉCR de référence, complété par la disposition d’exemption de l’art. 22, lequel a remplacé divers programmes d’enseignement moral, notamment des programmes confessionnels — « respect[era] la liberté de conscience et de religion des parents, des élèves et du personnel enseignant » : « Programme Éthique et culture religieuse : Pour vivre ensemble dans le Québec d’aujourd’hui » (en ligne).

[111] En fait, le site Web du ministère indique que l’« enseignement moral et religieux [. . .] catholique » constituait l’un de ces programmes pré-existants, et que le programme ÉCR remplacera ceux-ci, de manière à ce qu’« une seule et même formation [soit offerte] à l’ensemble des élèves du Québec ».

[112] L’article 22 vise à garantir que le régime législatif et réglementaire respecte la liberté de religion garantie par l’al. 2a) de la *Charte*. Il a pour effet d’empêcher que l’imposition d’un programme obligatoire purement laïque puisse, dans certains cas, porter atteinte aux droits que la *Charte* confère à une école confessionnelle privée. Cette garantie est compatible avec les obligations de l’État au sein d’une société multiculturelle. Comme le souligne le juge LeBel dans les motifs concordants qu’il a rédigés dans l’affaire *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, en ce qui concerne le réseau scolaire public, « [d]ans son système d’enseignement public, l’État n’a, en vertu des principes constitutionnels qui régissent son action, ni l’obligation de favoriser la foi religieuse, ni

may not discourage religious faith in the public education system; this obligation has even more resonance in the context of a private religious school.

### C. *Analytical Approach Under the Charter*

[113] Section 2(a) of the *Charter* protects the right to freedom of religion. The state can limit this right, but only if it can show that the limitation is “reasonable” and “demonstrably justified in a free and democratic society” under s. 1 of the *Charter*. The *Charter* requirement that limits on rights be reasonable and demonstrably justified may be expressed in different ways in different contexts, but the basic constitutional requirement remains the same.

[114] The first issue is whether Loyola’s freedom of religion was infringed by the Minister’s decision. The second issue is whether the Minister’s decision — that only a purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola’s freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question is this: did the Minister’s decision limit Loyola’s right to freedom of religion proportionately — that is, no more than was reasonably necessary?

[115] For reasons that follow, we conclude that both of these issues must be answered in the affirmative.

### D. *Loyola’s Proposed Equivalent Program*

[116] The nature of Loyola’s proposed equivalent program lies at the heart of this appeal. As such, it is worth examining in some detail.

le droit de décourager celle-ci » (par. 54). L’État ne peut décourager la foi religieuse dans le système d’enseignement public; cette obligation trouve davantage écho dans le contexte d’une école confessionnelle privée.

### C. *Approche analytique dans le contexte de la Charte*

[113] L’alinéa 2a) de la *Charte* protège le droit à la liberté de religion. L’État peut restreindre ce droit, mais seulement s’il est en mesure de démontrer qu’il le fait dans des limites qui sont « raisonnables » et dont « la justification p[eut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique » au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’article premier de la *Charte*. L’exigence de la *Charte* selon laquelle les restrictions aux droits doivent être raisonnables et faire l’objet d’une justification qui puisse se démontrer peut être exprimée de différentes façons dans des contextes différents, mais l’exigence constitutionnelle fondamentale reste la même.

[114] Tout d’abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à la liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision — selon laquelle seul un programme d’études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à ce droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l’approche analytique précise adoptée, la question essentielle est la suivante : la décision de la ministre a-t-elle restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c’est-à-dire, pas plus qu’il n’était raisonnablement nécessaire de le faire?

[115] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que ces deux questions appellent une réponse affirmative.

### D. *Le cours proposé comme équivalent par Loyola*

[116] La nature du programme proposé par Loyola comme équivalent est au cœur du présent pourvoi. Il vaut donc la peine de l’examiner de façon assez détaillée.

[117] The ERC Program has two core objectives: recognition of others and the pursuit of the common good. Furthering these objectives, the program teaches students to develop competencies in understanding religion (the “world religions competency”), reflecting on ethical questions (the “ethics competency”), and engaging in dialogue (the “dialogue competency”).

[118] Several sources of information shed light on exactly how Loyola proposes to teach these competencies in its alternative to the ERC Program. On March 30, 2008, Loyola sent its first letter to the Minister requesting an exemption from the ERC Program, which gave a broad overview of the objectives of its proposed equivalent program. Following a request to submit further information, Loyola provided a three-page document with a more detailed summary of its proposed program. After receiving an initial negative response, but before the Minister’s final decision to deny an exemption, Loyola sent a further, three-page letter to the Minister on August 25, 2008, containing more details about its proposal.

[119] The precise nature of the proposed equivalent program was further clarified in testimony heard by the application judge, and Loyola’s written and oral submissions to this Court. In fairness, these clarifications were not available to the Minister when she rendered her decision. Nevertheless, they are helpful in determining the form and substance of the program Loyola is proposing.

[120] Loyola describes a program of study that achieves the ERC Program’s objective of [TRANSLATION] “promot[ing] . . . tolerance and respect for all”, but that is delivered “in a manner respectful of the Catholic faith and the moral values that form the cornerstone of our school” (application judge’s reasons, at para. 35). The three-page program summary outlines a diverse mix of content that includes doctrinal instruction on Catholic history and dogma,

[117] Le programme ÉCR s’articule autour de deux objectifs fondamentaux : la reconnaissance de l’autre et la poursuite du bien commun. Pour réaliser ces objectifs, le programme enseigne aux élèves à comprendre le phénomène religieux (la « compétence relative aux religions dans le monde »), à réfléchir sur des questions d’éthique (la « compétence en éthique ») et à pratiquer le dialogue (la « compétence relative au dialogue »).

[118] Plusieurs sources d’information permettent de savoir avec précision comment Loyola se propose d’enseigner ces compétences dans le cadre des cours qu’elle suggère d’offrir pour remplacer le programme ÉCR. Le 30 mars 2008, elle a fait parvenir à la ministre une première lettre dans laquelle elle demandait d’être exemptée du programme ÉCR et exposait de façon générale les objectifs du programme proposé comme équivalent. À la suite d’une demande de renseignements complémentaires, elle a soumis un document de trois pages renfermant un exposé plus détaillé du programme qu’elle proposait. Après avoir reçu une première réponse négative, mais avant que la ministre rende sa décision définitive lui refusant l’exemption demandée, Loyola a adressé une autre lettre de trois pages à la ministre le 25 août 2008 pour lui faire part de plus amples détails sur sa proposition.

[119] La nature exacte du programme proposé comme équivalent a été précisée encore plus lors des témoignages entendus par le juge saisi de la demande, ainsi que dans l’argumentation écrite et orale que Loyola a présentée à la Cour. En toute justice, il convient de préciser que la ministre ne disposait pas de ces précisions lorsqu’elle a rendu sa décision. Elles sont néanmoins utiles pour permettre de déterminer la forme et la substance du programme proposé.

[120] Le programme d’études décrit par Loyola permet d’atteindre l’objectif du programme ÉCR relatif à « la promotion de la tolérance et du respect de tous », mais en étant offert « de manière à respecter la foi catholique et les valeurs morales qui forment la pierre angulaire de notre école » (motifs du juge saisi de la demande, par. 35). Dans son résumé de trois pages, Loyola décrit la diversité de matières qu’elle entend enseigner, dont des

comparative study of various world religions, and consideration of an array of ethical and moral issues.

(1) How Loyola’s Proposed Program Approaches the World Religions Competency

[121] The world religions aspect of Loyola’s program includes content on Judaism, Islam, Buddhism, Hinduism, and North American native spirituality, and teaches students to examine “religious praxis, sacred stories, myths, and rituals found in religious cultures”. In correspondence with the Minister, Loyola asserted that its program is actually [TRANSLATION] “much more thorough” than the ERC Program in its approach to understanding religion (application judge’s reasons, at para. 38). To ensure that the program achieves the goal of [TRANSLATION] “promoting tolerance and acceptance of others”, it goes beyond a “simple explanation” of other religions’ external customs to include an examination of their fundamental beliefs (*ibid.*). Loyola’s program also “devotes a significant amount of study to Roman Catholic Christianity” (A.F., at para. 13).

[122] Paul Donovan, Loyola’s Principal, testified about Loyola’s in-depth approach to teaching other religions, giving examples of having a rabbi visit to discuss Judaism or an imam to discuss Islam, to aid students in “getting to know what that faith is really about”. Mr. Donovan stated “that’s something that we do quite regularly”. Loyola’s program approaches other religions by reference to the concepts of God and faith “as understood by the tradition under study itself”, and to this extent Loyola takes no issue with the professional posture of objectivity that the ERC Program requires of teachers (A.F., at para. 13). As noted by Loyola’s counsel in his oral submissions to this Court, “[y]ou can’t teach Buddhism from the Catholic point of view” and “there is no issue with the way the program

enseignements doctrinaux portant sur l’histoire et les dogmes de l’Église catholique, une étude comparative des diverses religions dans le monde, ainsi qu’un examen d’une foule de questions relatives à l’éthique et à la morale.

(1) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative aux religions dans le monde

[121] Le volet du programme de Loyola relatif aux religions dans le monde traite du judaïsme, de l’islam, du bouddhisme, de l’hindouisme ainsi que de la spiritualité autochtone nord-américaine. Il amène en outre les élèves à se pencher sur [TRADUCTION] « la pratique religieuse, les histoires sacrées, les mythes et les rituels que l’on retrouve dans les cultures religieuses ». Dans les lettres qu’elle a échangées avec la ministre, Loyola a affirmé que son programme aborde la compréhension du phénomène religieux « d’une manière bien plus approfondie » que le programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Elle ajoute que, pour s’assurer qu’elle atteigne l’objectif de « promouvoir la tolérance et l’acceptation des autres », son programme ne se borne pas à une « simple explication » des coutumes externes des autres religions, mais comporte un examen de leurs croyances fondamentales (*ibid.*). Le programme qu’elle propose [TRADUCTION] « consacre également beaucoup de temps à l’étude du christianisme catholique romain » (m.a., par. 13).

[122] Paul Donovan, directeur de Loyola, a témoigné au sujet de la méthode d’étude approfondie des autres religions préconisée par l’établissement, en citant comme exemple le fait d’inviter un rabbin pour discuter du judaïsme ou un imam pour parler de l’islam, ce qui aide les élèves à [TRADUCTION] « mieux saisir en quoi consiste leur foi ». M. Donovan a affirmé que [TRADUCTION] « c’est une pratique courante chez nous ». Le programme de Loyola aborde les autres religions en fonction des concepts de Dieu et de la foi [TRADUCTION] « tels que les conçoit la tradition à l’étude » et, dans cette mesure, l’école ne s’oppose pas à l’attitude professionnelle d’objectivité que le programme ÉCR exige de la part des enseignants (m.a., par. 13). Comme l’avocat de l’école l’a fait observer dans sa

requires world religions to be taught” (transcript, at p. 4).

[123] Unlike its approach to teaching other religions, Loyola’s method of teaching Catholicism is neither neutral nor objective, but rather takes a denominational approach. This approach aims to “provide the students with a sound formation in the basic beliefs, rituals and practices of our Faith”, including “the realization that Christianity cannot remain something purely internal, but must express itself in our relationships with others and the world around us”. Loyola’s program “present[s] its faith in a manner where students are invited to engage with it in a living way, not merely as a subject of detached intellectual curiosity” (A.F., at para. 25), premised on the belief that in “teaching its own faith . . . it must do so from the Catholic perspective” (transcript, at p. 6).

(2) How Loyola’s Proposed Program Approaches the Ethics Competency

[124] Loyola readily concedes that, as with its teaching of Catholicism within the world religions competency, the ethics competency is also taught from the Catholic perspective:

With respect to the ethics component, its central focus is the social teaching of the Roman Catholic Church. . . . [A]s one would expect of a Jesuit school, Loyola proposes the social and ethical teachings of the Catholic Church as a basis on which students are invited to govern themselves. [A.F., at para. 13]

Loyola’s program imparts a “Catholic vision” on topics such as “moral decision making, good

plaidoirie devant la Cour : [TRADUCTION] « [o]n ne peut pas enseigner le bouddhisme du point de vue catholique » et « la façon dont le programme exige que l’on enseigne les religions dans le monde ne pose pas problème » (transcription, p. 4).

[123] Contrairement à l’approche préconisée par Loyola pour enseigner les autres religions, la méthode qu’elle utilise pour enseigner le catholicisme n’est ni neutre ni objective, mais repose plutôt sur une démarche confessionnelle. Cette méthode vise à [TRADUCTION] « offrir aux élèves une solide formation en ce qui concerne les convictions, rituels et pratiques fondamentaux de notre foi » et à leur faire « comprendre que la foi chrétienne ne peut demeurer quelque chose de purement intérieur, mais qu’elle doit s’exprimer concrètement dans nos rapports avec les autres et avec le monde qui nous entoure ». Dans son programme, l’école [TRADUCTION] « présente sa religion d’une manière qui invite les élèves à s’y engager d’une manière vivante et non comme une matière à aborder avec détachement comme un objet de simple curiosité intellectuelle » (m.a., par. 25), en partant du principe que, pour [TRADUCTION] « enseigner sa propre religion [. . .], elle doit le faire selon la perspective catholique » (transcription, p. 6).

(2) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence en éthique

[124] Loyola admet volontiers que, tout comme dans le cas de l’enseignement du catholicisme dans le cadre de la compétence relative aux religions dans le monde, la compétence en éthique est enseignée du point de vue catholique :

[TRADUCTION] En ce qui concerne le volet éthique, il est essentiellement axé sur l’enseignement social de l’Église catholique romaine. [. . .] [C]omme on peut s’y attendre de la part d’un établissement d’enseignement jésuite, Loyola propose les enseignements sociaux et éthiques de l’Église catholique comme cadre de référence à partir duquel les élèves sont invités à régler leur conduite. [m.a., par. 13]

Le programme proposé vise à transmettre une « vision catholique » sur des sujets tels que [TRADUCTION]



conscience-in-action, justice, honesty, respect for persons, respect for creation, reverence for human life, compassion, sexuality, and peacemaking”.

[125] However, while the Catholic perspective on ethical issues is given prominence, Loyola’s program also includes “[e]xploration of ethical systems as understood by various religions and non-religious value systems”. Described in its August 25 submission to the Minister, Loyola’s program would have students [TRANSLATION] “explor[e] a range of ethical systems, beliefs and practices”, and would encourage them “to think critically” (application judge’s reasons, at para. 38). As further clarified in this appeal:

... on all significant ethical questions, students are required to understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints. . . .

[T]hey are free to criticise the position of the Catholic Church on any given issue and will be graded on the basis of the quality of their reasoning, not on the basis of adherence to the Catholic position in preference to other positions. [A.F., at para. 13]

In all aspects of Loyola’s program, including the ethics competency, [TRANSLATION] “the goal of teaching respect for all, regardless of our individual beliefs or customs, is of crucial importance”, informed by “our ethical ideal . . . not simply to ‘tolerate’ others but indeed to ‘love’ others, as our Christian faith teaches us” (application judge’s reasons, at para. 38).

(3) How Loyola’s Proposed Program Approaches the Dialogue Competency

[126] None of Loyola’s submissions to the Minister explicitly include the word “dialogue”, and this was one of the justifications cited by the Minister in denying Loyola’s request for an exemption.

« les choix moraux, la sagesse dans l’action, la justice, l’honnêteté, le respect d’autrui, le respect envers la création, le respect pour la vie humaine, la compassion, la sexualité et la recherche de la paix ».

[125] Toutefois, bien qu’il accorde la préséance à la perspective catholique en ce qui a trait aux questions d’éthique, le programme proposé prévoit également [TRADUCTION] « une exploration des systèmes d’éthique tels que les conçoivent diverses religions et systèmes de valeurs non religieux ». Selon la description qu’en donne la lettre du 25 août envoyée par l’école à la ministre, ce programme inviterait les élèves à « explore[r] un éventail de systèmes d’éthique, de croyances et de pratiques » et les inciterait « à penser de manière critique » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Comme il a été précisé dans le cadre du présent pourvoi :

[TRADUCTION] . . . sur toutes les questions d’éthique importantes, les élèves sont tenus de comprendre non seulement la position de l’Église catholique romaine, mais également celles de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée . . .

[I]ls sont libres de critiquer la position de l’Église catholique sur toute question et ils sont évalués en fonction de la qualité de leur raisonnement et non d’après leur adhésion à la position catholique plutôt qu’à une autre position. [m.a., par. 13]

Sur tous les aspects du programme d’études de Loyola, y compris la compétence en éthique, « le but d’enseigner le respect de tous, peu importe nos croyances ou coutumes individuelles, demeure d’une importance primordiale pour nous » et repose sur « notre idéal d’éthique [qui] n’est pas simplement de “tolérer” les autres, mais bien “d’aimer” les autres, comme nous l’enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

(3) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative au dialogue

[126] Nulle part dans ses observations à la ministre Loyola ne mentionne expressément le mot « dialogue », et c’est une des raisons invoquées par la ministre dans la lettre signée par sa représentante

However, looking at the materials in context and in their entirety, it is evident that the proposed program contemplates more than students passively listening to a teacher's lecture. The program summary uses active verbs like "students explore" and "[s]tudents examine". Loyola's second letter to the Minister stated that [TRANSLATION] "[w]e have always encouraged our students to think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices" (application judge's reasons, at para. 38). The application judge had no difficulty making the following finding of fact:

[TRANSLATION] In the ERC program, dialogue is defined as consisting of two interactive dimensions, that is, individual deliberation and the exchange of ideas with others.

A simple reading of [Loyola's program summary], supplemented by [Loyola's correspondence with the Minister], unequivocally confirms that the program dispensed by Loyola contains these two dimensions. [Emphasis added; paras. 150-51.]

(4) Does Loyola's Proposed Program Conform to the Objectives of the ERC Program?

[127] In his reasons for judgment, the application judge concluded that

[TRANSLATION] Loyola's program is comparable to the ERC program established by the Minister. . . . [T]eaching . . . Loyola's program in accordance with the Catholic faith does not change its nature or make it lose its status as an equivalent program.

The cultural approach advocated in the ERC program is in no way incompatible or irreconcilable with the denominational approach required by Loyola's religious precepts. [paras. 182-83]

In our view, this finding was open to the application judge, and we see no reason to interfere with it. While Loyola's alternative could perhaps have been more clearly presented in the initial submissions to the Minister, the contours of the program have

pour refuser la demande d'exemption. Toutefois, lorsqu'on examine les documents dans leur contexte et dans leur intégralité, on constate que le programme proposé ne se borne pas à envisager un scénario dans lequel les élèves écouteront passivement un cours magistral donné par un enseignant. Le résumé du programme emploie des verbes actifs tels que [TRADUCTION] « les élèves explorent » et « les élèves examinent ». La deuxième lettre adressée par Loyola à la ministre précise en outre que : « [n]ous avons toujours encouragé nos élèves à penser de manière critique, à s'informer, à être au courant des principales questions d'éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Le juge saisi de la demande n'a d'ailleurs pas eu de mal à tirer la conclusion de fait suivante :

Dans le programme ERC, le dialogue est défini comme comportant deux dimensions interactives, à savoir la délibération intérieure et l'échange d'idées avec les autres.

Une simple lecture [du résumé du programme], complétée par les [lettres échangées entre Loyola et la ministre] confirme sans équivoque que le programme offert par Loyola comporte ces deux dimensions. [Nous soulignons; par. 150-151.]

(4) Le programme proposé par Loyola est-il conforme aux objectifs du programme ÉCR?

[127] Dans ses motifs de jugement, le juge saisi de la demande a conclu que

le programme de Loyola est comparable au programme ECR établi par le ministre. L'enseignement de ce programme suivant la confession catholique n'en change pas la nature et ne peut faire perdre le statut d'équivalent au programme de Loyola.

L'approche culturelle préconisée par le programme ERC n'est aucunement incompatible ni inconciliable avec l'approche confessionnelle requise par les préceptes religieux de Loyola. [par. 182-183]

À notre avis, le juge saisi de la demande était justifié de tirer cette conclusion et nous ne voyons aucune raison d'intervenir à l'égard de cette dernière. Même si Loyola aurait peut-être pu présenter son programme de remplacement de façon plus claire dans

been fleshed out more fully in testimony heard before the application judge and in Loyola's submissions on appeal. At its most general level, the program takes the following form: (1) regarding the world religions competency, Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively, respectfully and with reference to religious precepts as understood by those other faiths themselves; (2) regarding the ethics competency, Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue, and will welcome disagreement from students on Catholic moral teachings; and (3) regarding the dialogue competency, Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program.

[128] As is apparent, Loyola's program departs from the generic ERC Program in two key respects. First, Loyola proposes to teach Catholicism from the Catholic perspective. Second, while ensuring that all ethical points are presented and encouraging students to think critically, Loyola proposes an approach that emphasizes the Catholic point of view when discussing ethical questions. In both respects, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality required under the ERC Program.

[129] Justice Abella notes in her reasons that "the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church" (para. 25). This may be true, but it doesn't tell the whole story. Surrounding that normative core is a rich and full exploration of non-Christian religious beliefs, and of ethical perspectives that do

les premières communications qu'elle a échangées avec la ministre, les paramètres du programme ont été expliqués plus en détail dans des témoignages que le juge saisi de la demande a entendus ainsi que dans les arguments présentés par l'école dans le cadre de l'appel. Du point de vue le plus général, le programme proposé se présente sous la forme suivante : (1) en ce qui concerne la compétence relative aux religions dans le monde, l'école enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective, avec respect et en présentant les préceptes religieux tels que les conçoivent les autres religions en question; (2) en ce qui concerne la compétence en éthique, l'école insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais s'assurerait que tous les points de vue éthiques seraient présentés sur un sujet donné et accepterait volontiers que les élèves soient en désaccord avec les enseignements moraux de l'Église catholique; (3) en ce qui a trait à la compétence relative au dialogue, l'école encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme.

[128] Comme on le constate, le programme proposé s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. En premier lieu, Loyola propose d'enseigner le catholicisme selon la perspective catholique. En second lieu, tout en s'assurant que toutes les questions d'éthique seraient présentées et en encourageant les élèves à penser de manière critique, elle propose une démarche qui insisterait sur le point de vue catholique lorsque les questions d'éthique seraient examinées. Sous ces deux rapports, les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR.

[129] La juge Abella fait observer, dans ses motifs, que « [l']essence normative [du programme d'études proposé] correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique » (par. 25). C'est peut-être vrai, mais cela ne rend pas compte de l'ensemble de la réalité. Cette essence normative s'accompagne d'une étude approfondie et exhaustive de

not mirror Catholic moral teachings. Leaders from other religious communities are welcomed into the classroom to ensure a robust understanding of other faiths and traditions, beyond the neutral description of religious customs and practices envisioned by the ERC Program. Students are allowed, even encouraged, to critique Catholic moral teachings. There is nothing to suggest Loyola's proposal is in any way ill suited to achieve the two key objectives of the ERC Program: recognition of others and the pursuit of the common good. Nor does it fail to address the competencies of understanding religion, reflecting on ethical questions, and engaging in dialogue.

*E. Analysis of Loyola's Religious Freedom Claim*

[130] Loyola challenges the Minister's denial of an exemption from the ERC Program as an infringement of its religious freedom. As we have explained, Loyola is entitled to the freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter*. This is not to say that the religious freedoms of other actors are not implicated by the Minister's denial. To the extent that the ERC Program would require Loyola's teachers to express a neutral viewpoint on religious matters, their religious freedom may be at issue. The religious freedom of the parents of Loyola's students may be implicated, as they have the right to seek moral and religious education for their children. Perhaps even the religious freedom of Loyola's students themselves is raised by the denial of an exemption for Loyola to implement its alternative program.

[131] It is not necessary to conclusively decide these matters. Deciding the case on the basis of the religious freedom of Loyola itself is sufficient to dispose of this appeal. Similarly, it is not necessary

convictions religieuses non chrétiennes et de perspectives éthiques qui ne correspondent pas aux enseignements moraux catholiques. Des représentants d'autres communautés de croyants seraient invités à prendre la parole en salle de classe pour permettre aux élèves d'acquérir une compréhension solide des autres fois et traditions — en offrant davantage qu'une description neutre des coutumes et des pratiques religieuses prévue par le programme ÉCR. Les élèves seraient autorisés, voire encouragés, à critiquer les enseignements moraux catholiques. Rien ne permet de penser que la proposition de Loyola serait de quelque façon que ce soit mal adaptée pour permettre de réaliser les deux objectifs essentiels du programme ÉCR : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. On ne peut pas non plus lui reprocher de ne pas traiter des compétences relatives à la compréhension du phénomène religieux, à la réflexion sur des questions d'éthique et à la pratique du dialogue.

*E. Analyse de l'argument relatif à la liberté de religion de Loyola*

[130] Loyola conteste le refus de la ministre de l'exempter du programme ÉCR en affirmant qu'il s'agit d'une atteinte à sa liberté de religion. Comme nous l'avons déjà expliqué, Loyola a droit à la liberté de religion protégée par l'al. 2a) de la *Charte*. Cela ne veut toutefois pas dire que le refus de la ministre n'a pas d'incidence sur la liberté de religion d'autres intervenants. Dans la mesure où le programme ÉCR obligerait les enseignants de cette école à exprimer un point de vue neutre sur des questions religieuses, leur liberté de religion pourrait être en jeu. La liberté de religion des parents des élèves de Loyola pourrait également être touchée, car ils ont le droit d'assurer l'éducation morale et religieuse de leurs enfants. Le refus d'exempter Loyola pour lui permettre d'enseigner son propre programme de remplacement pourrait même avoir des incidences sur la liberté de religion de ses élèves.

[131] Il n'est toutefois pas nécessaire de régler définitivement ces questions. La liberté de religion de Loyola elle-même suffit pour trancher le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire non plus de se

to consider whether any different analysis or result would arise under s. 3 of the *Quebec Charter*.

(1) The Extent of Religious Freedom Under Section 2(a) of the *Charter*

[132] The freedom of religion protected by s. 2(a) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. As this Court held in *Big M*, “[t]he essence of the concept of freedom of religion” includes “the right to manifest religious belief . . . by teaching and dissemination” (p. 336). Thus, Loyola’s expressed desire to teach its curriculum in accordance with Catholic beliefs falls within the scope of s. 2(a)’s protection.

[133] *Big M* also affirms that the interpretation of the religious freedom guarantee should be “a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection” (p. 344).

(2) Did the Minister’s Decision Infringe Loyola’s Rights Under Section 2(a) of the *Charter*?

[134] In *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, — another case involving religious freedom in the education context — this Court restated the test for determining whether the rights guaranteed by s. 2(a) have been infringed:

. . . in order to establish that his or her freedom of religion has been infringed, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned conduct of a third party interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. [para. 34]

demander si l’art. 3 de la *Charte québécoise* mènerait à une analyse ou à un résultat différent.

(1) Portée de la liberté de religion protégée par l’al. 2a) de la *Charte*

[132] La liberté de religion protégée par l’al. 2a) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Comme la Cour l’a affirmé dans *Big M*, « [l]e concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme [. . .] le droit de manifester ses croyances religieuses [. . .] par leur enseignement et leur propagation » (p. 336). Ainsi, la volonté déclarée de Loyola d’enseigner son programme d’études en conformité avec ses convictions catholiques relève du champ de la protection conférée par l’al. 2a).

[133] L’arrêt *Big M* confirme également que l’interprétation du droit à la liberté de religion « doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (p. 344).

(2) La décision de la ministre a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à Loyola par l’al. 2a) de la *Charte*?

[134] Dans l’arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, — une autre affaire portant sur la liberté de religion dans le domaine de l’éducation —, la Cour a reformulé le critère permettant de déterminer s’il y a eu atteinte aux droits garantis par l’al. 2a) :

. . . pour démontrer l’existence d’une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu’il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu’il reproche à un tiers nuit d’une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. [par. 34]

(a) *Applying the Legal Test to an Organizational Claimant*

[135] As we have explained, the religious freedom guarantee contained in the *Charter* protects not only natural persons but also certain legal persons such as Loyola. The Attorney General of Quebec argued against this result, in part because an organization lacks the capacity for abstract thought and emotion and therefore cannot *believe* in something. While we are not persuaded that this precludes extending s. 2(a) to cover certain categories of organizations, we recognize that where the claimant is an organization rather than an individual, the “sincerity of belief” inquiry required by our jurisprudence poses some difficulties. The existing test need not be abandoned, but a few clarifications are warranted.

[136] The two-part test for determining whether a claimant’s freedom of religion under s. 2(a) has been infringed was first set down in *Amselem*. That case offers considerable guidance on how to determine a claimant’s sincerity of belief:

Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on several non-exhaustive criteria, including the credibility of a claimant’s testimony . . . , as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices. It is important to underscore, however, that it is inappropriate for courts rigorously to study and focus on the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Over the course of a lifetime, individuals change and so can their beliefs. Religious beliefs, by their very nature, are fluid and rarely static. [Emphasis added; para. 53.]

In brief compass, courts are counseled to determine sincerity of belief based on the credibility of a claimant’s testimony, and whether the claimed belief is consistent with his or her current religious practices, while being mindful that these criteria are

a) *Application du test juridique à une organisation demanderesse*

[135] Comme nous l’avons déjà expliqué, la liberté de religion garantie par la *Charte* protège non seulement les personnes physiques, mais également certaines personnes morales comme Loyola. Le procureur général du Québec s’est opposé à ce résultat en faisant valoir notamment qu’une organisation n’est pas en mesure de formuler une pensée abstraite ou de ressentir des émotions et qu’elle ne peut donc pas *croire* en quelque chose. Bien que nous ne soyons pas convaincus que cela empêche d’étendre la protection conférée par l’al. 2a) à certaines catégories d’organisations, nous reconnaissons que, lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu’une personne physique, l’analyse de la « sincérité de la croyance » exigée par notre jurisprudence pose certains problèmes. Il n’y a pas lieu pour autant de renoncer au test actuel, mais certaines clarifications s’imposent.

[136] C’est dans *Amselem* qu’a été énoncé pour la première fois le test à deux volets permettant de déterminer s’il a été porté atteinte au droit à la liberté de religion d’un demandeur protégée par l’al. 2a). Cet arrêt fournit des indications fort utiles pour juger de la sincérité des croyances d’un demandeur :

L’appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur une liste non exhaustive de critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur [. . .] et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Cependant il est important de souligner qu’il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. [Nous soulignons; par. 53.]

En résumé, les tribunaux sont invités à juger de la sincérité de la croyance en se fondant sur la crédibilité du témoignage du demandeur et en se demandant si sa croyance invoquée est en accord avec ses pratiques religieuses courantes. Ils doivent, en outre,

non-exhaustive. In the context of an individual, a rigorous scrutiny of *past* practices is disfavoured, because religious beliefs frequently evolve over time.

[137] Determining which indicators are relevant is necessarily influenced by the facts of each case, and will depend on the specific claimant and the specific religious practice or belief that is at issue. Ultimately, a court's inquiry is not aimed at exposing the breadth and depth of a person's religious convictions to judicial scrutiny. The goal is more practical and limited: "... the court's role in assessing sincerity is intended only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice" (*Amsalem*, at para. 52).

[138] There is no reason why the expressed belief of an organization cannot be examined to ensure it is made in good faith and is neither a fiction nor an artifice. We have already concluded that, as a threshold matter, an organization seeking to assert a religious freedom claim under the *Charter* must at a minimum demonstrate that its purpose is primarily religious, and that it operates in accordance with this purpose. Rather than demonstrating a sincere belief — which we readily concede a mere *legal* person is incapable of doing — an organizational claimant must show that the claimed belief or practice is consistent with both the purpose and operation of the organization.

[139] In evaluating this consistency between the claimed belief or practice and the organization's purpose and operation, the same non-exhaustive criteria from *Amsalem* can be relied on. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will form part of the assessment. Objective indicators will perhaps play a more prominent role. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies

rester conscients du fait que ces critères ne sont pas exhaustifs. Dans le cas d'une personne physique, un examen rigoureux des pratiques *antérieures* est déconseillé, car il arrive souvent que les croyances religieuses des individus évoluent au fil du temps.

[137] La détermination des indicateurs pertinents est nécessairement influencée par les faits de l'espèce et varie selon le demandeur et les pratiques ou les croyances religieuses en cause. En fin de compte, l'analyse à laquelle le tribunal procède ne vise pas à soumettre à un examen judiciaire rigoureux l'ampleur et la profondeur des convictions religieuses de l'intéressé. L'objectif est plus pratique et plus circonscrit : « . . . dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » (*Amsalem*, par. 52).

[138] Rien n'empêche d'examiner la croyance exprimée par une organisation pour s'assurer qu'elle est avancée de bonne foi et qu'elle n'est pas fictive et ne constitue pas un artifice. Nous avons déjà conclu que, dans un premier temps, l'organisation qui cherche à revendiquer le droit à la liberté de religion protégée par la *Charte* doit à tout le moins démontrer que sa mission est d'abord et avant tout religieuse et que ses activités sont conformes à cette mission. Au lieu de démontrer la sincérité de ses croyances — ce que, comme nous l'admettons sans peine, une simple société est incapable de faire —, l'organisation demanderesse doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'elle revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités.

[139] Pour apprécier la conformité de la croyance ou de la pratique invoquée avec la mission et les activités de l'organisation, le tribunal peut se fonder sur les mêmes critères non exhaustifs que ceux énoncés dans l'arrêt *Amsalem*. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom fera partie de cette analyse. Des indicateurs objectifs joueront peut-être un rôle plus important. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que

and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be more static and less fluid than those of an individual. Therefore, inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

[140] The two-part test from *Amselem* and *Multani*, modified to apply to an organization, yields the following questions: (1) Is Loyola's claimed belief that it must teach ethics and its own religion from the Catholic perspective consistent with its organizational purpose and operation? (2) Does the Minister's decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program interfere with Loyola's ability to act in accordance with this belief, in a manner that is more than trivial or insubstantial? We are guided by the extensive findings of fact made by the application judge in answering both of these questions.

(b) *Loyola's Religious Beliefs Are Consistent With Its Organizational Purpose and Operation*

[141] This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior purpose. The application judge made strong findings of fact, amply supported by the record before him:

[TRANSLATION] In the present case, the evidence is clear and uncontradicted. Loyola and its members, including Principal Donovan and President Fr. Brennan, are sincerely convinced that, to accomplish their mission as a Catholic educational institution, Loyola must teach ERC with its own program and according to the precepts of the Catholic religion.

The testimony of Loyola's principal, Mr. Donovan, was unequivocal. The ten principles explained in the

les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient plus statiques et moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

[140] Voici les questions que l'on obtient en modifiant le test à deux volets des arrêts *Amselem* et *Multani* pour l'appliquer à une organisation : (1) La croyance de Loyola suivant laquelle elle doit enseigner l'éthique et sa propre religion selon la perspective catholique est-elle conforme à sa mission et à ses activités? (2) La décision de la ministre de refuser de lui accorder une exemption du programme ÉCR nuit-elle d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité de Loyola de se conformer à cette croyance? Nous répondrons à ces deux questions en nous fondant sur les conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande.

b) *Les croyances religieuses de Loyola sont conformes à sa mission et à ses activités*

[141] Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la croyance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Le juge saisi de la demande a d'ailleurs tiré à cet égard de solides conclusions de fait qui étaient amplement étayées par le dossier dont il disposait :

En l'occurrence, la preuve est claire et non contredite. Loyola et ses membres, dont le directeur, Donovan, et son président, le Révérend Brennan, sont sincèrement convaincus que pour réaliser leur mission en tant qu'établissement d'enseignement confessionnel catholique, Loyola doit enseigner la matière ECR avec son propre programme et selon les préceptes de la religion catholique.

Le témoignage du principal de Loyola, monsieur Donovan, est sans équivoque. Les 10 principes qui sont



booklet “What makes a Jesuit High School Jesuit?” are present in all the activities of the school and in the teaching of all the courses, not only the religion course. The precepts of the Catholic religion are omnipresent at Loyola. [paras. 265-66]

[142] The application judge heard testimony from senior officials within Loyola’s organization, and found it to be credible. He also considered objective evidence, including a comparison of Loyola’s present classroom practices with the underlying principles of Jesuit education. Loyola’s claimed belief was not contested by the Attorney General of Quebec. Accordingly, we see no reason to disturb the application judge’s factual findings.

(c) *The Minister’s Decision Substantially Interferes With Loyola’s Ability to Act in Accordance With Its Religious Beliefs*

[143] Having found that Loyola’s belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister’s denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola’s freedom of religion in violation of s. 2(a) of the *Charter*.

[144] Again, this conclusion is compelled by the application judge’s extensive findings of fact. After hearing testimony from Loyola’s principal, as well as experts in theology, religion, and philosophy, he determined that [TRANSLATION] “the ERC program is incompatible with a Catholic education”, and that “Loyola would violate the fundamental and mandatory laws of the Catholic Church that govern it by teaching the ERC subject with the program established by the Minister” (paras. 55 and 61). The application judge concluded that “the Minister’s decision, both intrinsically and through its effects, interferes with the freedom of religion guaranteed

exposés dans le livret « What makes a Jesuit High School Jesuit? » sont présents dans toutes les activités de l’école et dans l’enseignement de tous les cours et non pas seulement dans l’enseignement du cours de religion. Les préceptes de la religion catholique sont omniprésents au sein de Loyola. [par. 265-266]

[142] Le juge saisi de la demande a entendu et jugé crédibles les témoignages livrés par des cadres supérieurs de l’école. Il a également examiné des éléments de preuve objectifs, notamment une comparaison entre les pratiques actuelles utilisées en classe par l’école et les principes fondamentaux d’une éducation jésuite. Par ailleurs, le procureur général du Québec n’a pas contesté la croyance revendiquée par Loyola. Nous ne voyons donc aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande.

c) *La décision de la ministre entrave substantiellement la capacité de Loyola de se conformer à ses croyances religieuses*

[143] Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d’enseigner le catholicisme et l’éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d’exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l’obliger à enseigner son programme d’éthique et de religion d’un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l’al. 2a) de la *Charte*.

[144] Encore une fois, cette conclusion s’impose compte tenu des conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande. Après avoir entendu le témoignage du directeur de l’école, ainsi que celui d’experts en théologie, en religion et en philosophie, le juge saisi de la demande a conclu que « le programme ECR est incompatible avec l’enseignement confessionnel catholique » et que l’école « Loyola enfreindrait les règles fondamentales et obligatoires de l’Église catholique qui [la] régissent en enseignant la matière ECR avec le programme établi par la ministre » (par. 55 et 61). À son avis, « la décision de la ministre, tant intrinsèquement que

to Loyola” (para. 289). These findings are in accordance with the evidence presented, much of which was not contested by the Attorney General of Quebec.

[145] We conclude that the Minister’s decision limited Loyola’s freedom of religion in violation of s. 2(a) of the *Charter*.

(3) Is the Minister’s Decision Justified by Section 1 as a Reasonable Limit on Loyola’s Religious Freedom?

[146] As discussed earlier, the core issue on this appeal is whether the Minister’s insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola’s right to religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program’s goals. The government bears the burden of showing this. If it fails to do so, the Minister’s decision is unconstitutional and must be set aside.

[147] The Minister denied Loyola’s request for an exemption from the generic ERC Program after department staff conducted an analysis of Loyola’s proposed program to determine whether it was equivalent. This analysis was conducted in accordance with a direction from Jacques Pettigrew, a senior civil servant, that for a course to have an equivalent approach to the ERC Program it must be [TRANSLATION] “cultural and non-denominational” (application judge’s reasons, at para. 94). Although the refusal letter to Loyola cited a variety of justifications, it is apparent that, at its core, the Minister’s denial flowed from this definition of “equivalent”.

[148] In our view, there is nothing inherent in the ERC Program’s objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires

par ses effets, porte atteinte à la liberté de religion garantie à Loyola » (par. 289). Ces conclusions s’accordent avec la preuve présentée, preuve que le procureur général du Québec n’a, pour l’essentiel, pas contestée.

[145] Nous concluons donc que la décision de la ministre a restreint la liberté de religion de Loyola en contravention de l’al. 2a) de la *Charte*.

(3) La décision de la ministre est-elle justifiée au regard de l’article premier en tant que limite raisonnable imposée à la liberté de religion de Loyola?

[146] Comme nous l’avons vu, le présent pourvoi pose essentiellement la question de savoir si l’insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d’études soit purement laïque pour qu’une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu’il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. C’est au gouvernement d’en faire la preuve, à défaut de quoi la décision de la ministre est inconstitutionnelle et doit être annulée.

[147] La ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d’être exemptée de l’obligation d’enseigner le programme ÉCR de référence, et ce, après que le personnel de son ministère eut procédé à une analyse du programme proposé pour déterminer s’il s’agissait d’un programme équivalent. Cette analyse a été menée conformément à une directive de M. Jacques Pettigrew, un haut fonctionnaire, suivant laquelle l’approche d’un cours devait être « culturelle et non confessionnelle » pour être considérée équivalente à celle du programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 94). Bien que la lettre adressée à Loyola ait cité diverses raisons pour justifier le refus, il est clair que, essentiellement, ce refus de la ministre s’explique par cette définition du terme « équivalent ».

[148] À notre avis, il n’y a rien d’inherent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu’il vise à inculquer aux élèves (religions

a cultural and non-denominational approach. As we noted earlier in discussing the legislative and regulatory scheme, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected could, in our view, serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

[149] And yet it was, because the Minister premised her denial on the flawed determination that only a cultural and non-denominational approach could serve as equivalent. This effectively negated the flexible approach contemplated by the legislative and regulatory scheme, and set a standard that would tolerate no more than a minimal deviation from the generic ERC Program. The application judge summarized the impossible position in which Loyola was placed:

[TRANSLATION] Loyola is placed in an untenable position because of the Minister's decision. Either Loyola dispenses the ERC course according to the Minister's program and . . . violates the supreme principles governing its freedom of religion, or it teaches the subject with its Catholic program and violates the Act. [para. 271]

[150] There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a

dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme nous l'avons déjà fait observer lors de notre examen du régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux établissements d'enseignement confessionnels d'offrir le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue, pourrait, à notre avis, constituer un cours équivalent au programme en cause. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

[149] C'est pourtant le sort qui lui a été réservé, parce que la ministre a fait reposer son refus sur la prémisse erronée suivant laquelle seule une démarche culturelle et non confessionnelle pouvait être considérée comme équivalente. Cette façon de voir allait en réalité à l'encontre de la souplesse préconisée par le régime législatif et réglementaire et établissait une norme qui ne tolérait que de légères dérogations par rapport au programme ÉCR de référence. Le juge saisi de la demande a résumé la situation impossible dans laquelle Loyola était placée :

. . . Loyola est placé[e] dans une position intenable suite à la décision de la ministre : ou bien [elle] dispense le cours ECR selon le programme de la ministre, et [elle] viole alors [. . .] les principes suprêmes qui régissent sa liberté de religion, ou bien [elle] enseigne cette matière avec son programme confessionnel catholique, et alors [elle] viole la loi. [par. 271]

[150] On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse

definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the s. 22 exemption provision was rendered illusory.

[151] The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on the religious freedom of Loyola. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(a) right to religious freedom.

#### F. *The Appropriate Scope of an Equivalent Program*

[152] The content and approach of Loyola's proposed program were not precisely framed in its initial proposal to the Minister. Rather, they have been fleshed out over the course of this litigation. Given our conclusion that the Minister's construction of the exemption provision was too narrow, we think it would be useful to outline the appropriate limits that could be placed on an equivalent program. We do so not to obviate the Minister's appropriate use of case-by-case discretion in future cases, but to guide the exercise of that discretion, while also providing finality to resolve the protracted dispute between the parties in this case.

l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée comme équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption énoncée à l'art. 22.

[151] Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour s'assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par conséquent par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garantie à Loyola par l'al. 2a).

#### F. *Portée appropriée d'un programme équivalent*

[152] Le contenu et la démarche du programme proposé par Loyola n'étaient pas formulés avec précision dans la proposition initiale qui a été soumise à la ministre. Ils ont plutôt été étoffés au cours du présent litige. Compte tenu de notre conclusion suivant laquelle l'interprétation que la ministre a faite de la disposition d'exemption était trop restrictive, nous estimons qu'il serait utile de définir les limites qu'il conviendrait d'imposer à un programme équivalent. Ce faisant, nous ne cherchons pas à rendre inutile l'exercice, par le ministre, de son pouvoir discrétionnaire d'examen au cas par cas à l'avenir, mais souhaitons plutôt guider l'exercice de ce pouvoir tout en mettant un terme à ce litige qui oppose les parties depuis trop longtemps.

[153] Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise, and the Minister may, in the exercise of his or her discretion, make this determination on a case-by-case basis. However, this case illustrates the difficulty that making such a determination can pose. In the course of this protracted litigation between Loyola and the government of Quebec, this Court and courts below have received extensive testimony, documentary evidence and oral submissions regarding Loyola's proposal and the objectives of the ERC Program. It is therefore appropriate to delineate rough boundaries within which Loyola's proposed alternative program must be delivered, in order to strike the balance required between Loyola's right to religious freedom under s. 2(a) of the *Charter*, and the need to meet the objectives of the ERC Program. These boundaries should also serve as general principles to guide future exercises of ministerial discretion, while recognizing that each request for an exemption must be considered individually and with regard to all of the particular circumstances.

[154] In assuring compliance with the *Charter*, an exemption must take into account the practical classroom realities posed by the ERC Program's topics. While Loyola's complaint rests on its Catholic identity, this identity has implications throughout the ERC Program. In our view, it would be insufficient to merely grant an exemption for Loyola to teach Catholicism from a Catholic perspective, while requiring an unmodified curriculum and a neutral posture in all other aspects of the program. Binding Loyola to a secular perspective at all times, other than during their discussion of the Catholic religion, offers scant protection to Loyola's freedom of religion, and would be unworkable in practice.

[153] Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Pour ce faire, le ministre peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se prononcer au cas par cas. Toutefois, la présente affaire illustre à quel point cette décision peut être difficile. Au cours de ce long procès entre Loyola et le gouvernement du Québec, la Cour et les juridictions inférieures ont entendu de nombreux témoignages, examiné une abondante preuve documentaire et pris connaissance de multiples plaidoiries au sujet du programme proposé par Loyola et des objectifs du programme ÉCR. Il convient donc de définir le cadre général à l'intérieur duquel le programme proposé comme équivalent par Loyola doit être donné pour atteindre l'équilibre requis entre, d'une part, le droit de l'école à la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte* et, d'autre part, la nécessité de respecter les objectifs du programme ÉCR. Tout en reconnaissant que chaque demande d'exemption doit être examinée individuellement et en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, nous estimons que ce cadre pourra s'avérer utile grâce aux principes généraux qu'il contient et permettra à l'avenir de guider le ministre lorsqu'il exercera son pouvoir discrétionnaire.

[154] Pour garantir la conformité à la *Charte*, une exemption doit tenir compte des réalités pratiques que comporte l'enseignement en classe des matières inscrites au programme ÉCR. Bien que la plainte formulée par Loyola repose sur son identité catholique, cette identité se répercute sur l'ensemble du programme ÉCR. À notre avis, il serait insuffisant de se contenter de dispenser l'école pour qu'elle puisse enseigner le catholicisme du point de vue catholique, tout en l'obligeant à enseigner le reste du programme sans y apporter de modifications, et en l'obligeant à faire preuve de neutralité en ce qui concerne tous les autres aspects de ce dernier. Obliger Loyola à adopter un point de vue non confessionnel en tout temps sauf lorsqu'il s'agit de discuter de la religion catholique n'offre qu'une faible protection à la liberté de religion de cet établissement et s'avérerait impossible à appliquer en pratique.

[155] Loyola proposes to teach the ethics competency in a way that recognizes its Catholic perspective. It does not want its teachers to be forced to remain neutral — or more realistically, mum — in the face of ethical positions that do not accord with the Catholic faith. Rather, Loyola proposes to have its teachers facilitate respectful and open-minded debate, where all positions are presented, but where students evaluate ethics and morals not in a vacuum but with knowledge of the Catholic perspective.

[156] Requiring Loyola's teachers to maintain a neutral posture on ethical questions poses serious practical difficulties and represents a significant infringement on how Loyola transmits an understanding of the Catholic faith. It is inevitable that ethical standards that do not comport with Catholic beliefs will be raised for discussion. Faced with a position that is fundamentally at odds with the Catholic faith, Loyola's teachers would be coerced into adopting a false and facile posture of neutrality. The net effect would be to render them mute during large portions of the ethics discussion — a discussion that is, as the ERC Program presupposes, crucial to developing a civilized and tolerant society.

[157] As an example, one can anticipate that students may wish to debate the appropriate expressions of intimacy between young people, and discuss the topic of premarital sex. It is inconceivable that a Catholic teacher could sincerely express a neutral viewpoint on this subject — nor, in our view, should he or she be required to do so. The practical effect would be the teacher's coerced silence. This silence would, however, extend only until the teacher turned to the discussion of Catholicism under the world religions competency, at which point he or she would be free to engage in an uninhibited dialogue — respectful and open to disagreement, but able to explain why such a life choice does not comport with Catholic morality. This delayed ability to express honest beliefs and actively moderate the classroom discussion does not illustrate a tolerable

[155] Loyola propose d'enseigner la compétence en éthique d'une façon qui reconnaît son point de vue catholique. Elle ne veut pas que ses enseignants soient forcés de demeurer neutres — ou de façon plus réaliste, silencieux — quant à des positions éthiques incompatibles avec la foi catholique. Elle propose plutôt de faire en sorte que ses enseignants facilitent la tenue d'un débat respectueux et ouvert, durant lequel tous les points de vue seraient présentés et les élèves examineraient l'éthique et la morale non pas en vase clos, mais en étant au courant du point de vue catholique.

[156] Obliger les enseignants de Loyola à conserver une attitude neutre sur les questions d'éthique pose de sérieuses difficultés d'ordre pratique et porte considérablement atteinte à la façon dont l'établissement transmet sa conception de la foi catholique. Il est inévitable que des normes éthiques qui ne correspondent pas aux croyances catholiques fassent l'objet d'un débat. Confrontés à des positions qui heurtent de front la foi catholique, les enseignants de Loyola se verraient forcés d'adopter une attitude de neutralité fautive et superficielle. En définitive, ils seraient ainsi réduits au silence pendant une grande partie du débat portant sur l'éthique, un débat qui, comme le programme ÉCR le présuppose, est essentiel pour développer une société civilisée et tolérante.

[157] À titre d'exemple, on peut imaginer que des élèves souhaiteraient débattre des modes d'expression appropriés de l'intimité entre jeunes et qu'ils voudraient aborder la question des relations sexuelles avant le mariage. Il est inconcevable qu'un enseignant catholique puisse exprimer sincèrement un point de vue neutre sur ce sujet et, à notre avis, on ne devrait pas l'obliger à le faire, au risque, en pratique, de le forcer à garder le silence. Il ne serait toutefois tenu au silence que jusqu'à ce qu'il fasse porter le débat sur le catholicisme sous le volet de la compétence relative aux religions dans le monde, moment à partir duquel il pourrait engager le dialogue sans contrainte — un dialogue respectueux et ouvert à la dissidence, mais où il serait en mesure d'expliquer les raisons pour lesquelles ce choix de vie n'est pas conforme à la moralité catholique. Cette

compromise between the state's interest in furthering the objectives of the ERC Program and Loyola's freedom of religion. Rather, it illustrates the unsuitability and unworkability of such a framework.

[158] As we understand Loyola's proposal, on a topic such as premarital sex, Loyola wishes to present the moral and ethical implications from a Catholic point of view. Presumably, the teacher would present a modern Catholic understanding of the subject, informed by its biblical underpinnings and supplemented by more recent theological and philosophical consideration. Loyola has also committed, however, to ensure that on every major ethical topic, students "understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints" (A.F., at para. 13). In the context of this topic, Loyola's teachers would discuss with students the fact that some other religions — in fact, some strands of Christianity — do not strictly proscribe sexual intimacy between unmarried individuals. They would discuss with the students that, outside of the religious context, the dominant secular viewpoint in Western society tolerates, and even encourages sex outside of marriage. Students would be encouraged to think critically about the different views. Teachers would clearly identify the Catholic position, and the justifications for it, while respectfully considering the other points of view. If asked a question challenging the Catholic point of view, teachers would be free to answer and defend that position — again, in the context of an open-minded and respectful conversation, but one that is grounded in the inescapable reality that Loyola is a Catholic high school whose students and parents have voluntarily selected an education infused with Catholic beliefs and values.

obligation de suspendre pour un temps sa capacité d'exprimer honnêtement ses convictions et d'animer activement un débat en classe ne saurait constituer un compromis acceptable entre, d'une part, l'intérêt de l'État à promouvoir les objectifs du programme ÉCR et, d'autre part, la liberté de religion de Loyola. Elle illustre plutôt à quel point ce cadre de travail serait inadéquat et irréaliste.

[158] Si nous avons bien compris sa proposition, sur un sujet comme celui des relations sexuelles avant le mariage, Loyola souhaiterait en présenter les implications sur le plan moral et éthique du point de vue catholique. Vraisemblablement, l'enseignant présenterait une conception catholique moderne du sujet, à la lumière des fondements bibliques, en la complétant par des considérations théologiques et philosophiques plus récentes. Loyola s'est toutefois engagée aussi à s'assurer que, sur chaque grand sujet éthique, les élèves [TRADUCTION] « comprennent non seulement la position de l'Église catholique romaine, mais également celle de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée » (m.a., par. 13). Sur le sujet en question, les enseignants de l'école discuteraient avec les étudiants du fait que certaines religions — en fait, certaines branches du christianisme — n'interdisent pas strictement l'intimité sexuelle entre les personnes non mariées. Ils discuteraient avec les élèves du fait qu'en dehors du contexte religieux, le point de vue laïque dominant dans la société occidentale tolère, voire encourage les relations sexuelles en dehors du mariage. Les élèves seraient incités à examiner de façon critique les divers points de vue. Les enseignants présenteraient clairement la position catholique et ses justifications tout en exposant de façon respectueuse les autres points de vue. Si un étudiant lui posait une question remettant en cause le point de vue catholique, l'enseignant serait libre de répondre et de défendre cette position, là encore, dans le contexte d'un dialogue ouvert et respectueux, sans jamais perdre de vue la réalité incontournable que Loyola est un collège catholique dont les élèves et les parents ont volontairement fait le choix d'une éducation imprégnée des convictions et des valeurs catholiques.

[159] Rejecting this framework and imposing a neutrality requirement on Loyola's teachers would not only prove undesirable from the perspective of religious freedom, it would also diminish the attainment of the ERC Program's own objectives. The dialogue competency requires teachers to honestly and actively participate in the classroom conversation. For Catholic teachers at a Catholic school, the forced neutral posture poses an unenviable choice: they can express a neutral (and therefore insincere) viewpoint on an ethical question that touches on a precept of the Catholic faith, or they can simply remain silent. Neither insincerity nor silence is conducive to the ERC Program's objectives of promoting individual deliberation and the exchange of ideas.

[160] There are subtle but important distinctions to make between the respectful treatment of differing viewpoints that Loyola proposes, and the strict neutrality required under the generic ERC Program, unalleviated by a s. 22 exemption. The ERC Program compels teachers to adopt a professional posture of strict neutrality, such that all points of view and all religious perspectives are presented as equally valid. The Minister's denial appears to be rooted in the assumption that this posture is vital to attaining the objectives of the ERC Program. If a religious perspective is offered, then all other viewpoints that do not conform to it will necessarily be derogated and disrespected. This position presents a false dichotomy. Loyola has strongly and repeatedly expressed that its proposed alternative program would treat other religious viewpoints with respect — going to the extent of inviting religious leaders from other faiths into the classroom to ensure students have a rich and full understanding of differing perspectives. However, requiring a religious school to present the viewpoints of other religions as equally legitimate and equally credible is incompatible with religious freedom. Indeed, presenting fundamentally incompatible religious doctrines as equally legitimate and equally credible could imply that they are both equally false. Surely

[159] Rejeter ce cadre et obliger les enseignants de Loyola à rester neutres s'avérerait non seulement peu souhaitable du point de vue de la liberté de religion, mais nuirait aussi à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR lui-même. La compétence relative à la pratique du dialogue oblige les enseignants à participer honnêtement et activement aux discussions en classe. S'agissant d'un établissement d'enseignement catholique, l'obligation d'adopter une attitude neutre placerait les enseignants catholiques devant un choix peu enviable : ou bien ils exprimeraient un point de vue neutre — qui, par conséquent, ne serait pas sincère — sur une question éthique touchant un précepte de la foi catholique, ou bien ils garderaient le silence. Or, ni le manque de sincérité ni le silence ne favoriserait les objectifs du programme ÉCR, en l'occurrence la promotion de la réflexion chez l'individu et l'échange d'idées.

[160] Il y a de subtiles, mais importantes distinctions à faire entre le traitement respectueux des divers points de vue que propose Loyola, d'une part, et la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR de référence en l'absence de l'exemption prévue à l'art. 22, d'autre part. Le programme ÉCR oblige les enseignants à adopter une attitude professionnelle de stricte neutralité qui fait en sorte que tous les points de vue et toutes les perspectives religieuses sont présentés sur un pied d'égalité. Le refus de la ministre semble reposer sur l'hypothèse que cette façon de faire est essentielle pour atteindre des objectifs du programme ÉCR. Si un point de vue religieux est présenté, tous les autres points de vue qui n'y sont pas conformes seraient nécessairement dénigrés et déconsidérés. Cette façon de voir repose sur une fausse dichotomie. Loyola a affirmé catégoriquement et à plusieurs reprises que le programme de remplacement qu'elle propose traiterait les autres points de vue religieux avec respect, au point d'inviter des chefs religieux d'autres confessions dans ses salles de classe pour s'assurer que les élèves acquerraient des connaissances approfondies et exhaustives sur divers points de vue. Toutefois, obliger un établissement d'enseignement confessionnel à présenter le point de vue d'autres religions comme étant tout aussi légitime et crédible



this cannot be a perspective that a religious school can be compelled to adopt.

[161] Additionally, this dichotomy does not accord with principles of interfaith cooperation and collaboration, which brings together people with deeply held commitments to their own faiths (and who therefore, by implication, have rejected other religious doctrines as “equally legitimate” or “equally credible”) but who are nonetheless able to foster deep ties based on sincere mutual respect. As Loyola submitted in its letter to the Minister, [TRANSLATION] “our ethical ideal is not simply to ‘tolerate’ others but indeed to ‘love’ others, as our Christian faith teaches us” (application judge’s reasons, at para. 38).

[162] With the foregoing in mind, we offer the following guidelines to delineate the boundaries of a s. 22 exemption in this case, and to inform the Minister’s evaluation of future exemption applications:

- Loyola’s teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective, and cannot be required to adopt a neutral position.
- Loyola’s teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way.
- Loyola’s teachers must maintain a respectful tone of debate — both by conveying their own

que celui de la religion au centre de sa mission serait incompatible avec la liberté de religion. En effet, présenter des doctrines religieuses fondamentalement incompatibles comme étant aussi légitimes et crédibles l’une que l’autre pourrait impliquer qu’elles sont toutes les deux également fausses. Assurément, on ne peut obliger un établissement d’enseignement confessionnel à adopter une telle perspective.

[161] De plus, cette dichotomie est incompatible avec les principes de coopération et de collaboration interconfessionnelles qui bâtissent des ponts entre des gens qui sont tous solidement engagés dans leur propre foi — et qui, par conséquent, implicitement, ont rejeté les autres doctrines religieuses qu’ils ne considèrent pas comme étant « également légitimes » ou « également crédibles » —, mais qui sont néanmoins capables de chercher à forger des liens solides fondés sur un respect mutuel sincère. Comme Loyola l’explique dans une de ses lettres à la ministre, « notre idéal d’éthique n’est pas simplement de “tolérer” les autres mais bien “d’aimer” les autres, comme nous l’enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

[162] Compte tenu de ce qui précède, nous proposons les lignes directrices suivantes pour circonscrire les limites de l’exemption prévue à l’art. 22 qui doit être accordée en l’espèce et pour guider l’évaluation que le ministre pourrait faire à l’avenir en réponse aux demandes du même type qui lui seront soumises :

- Les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique et ne seront pas tenus d’adopter une position neutre.
- Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse.
- Les enseignants de Loyola devront s’assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, en

contributions in a respectful way, and by ensuring the classroom dialogue proceeds in accordance with respect, tolerance and understanding for those with different beliefs and practices.

- Where the context of the classroom discussion requires it, Loyola’s teachers may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which another specific ethical or doctrinal proposition does not accord with those beliefs, be it in the context of a particular different religion or an ethical position considered in the abstract.
- Loyola’s teachers cannot be expected to teach ethics or religious doctrines that are contrary to the Catholic faith in a way that portrays them as equally credible or worthy of belief. Respect, tolerance, and understanding are all properly required, and the highlighting of differences must not give rise to denigration or derision. However, ensuring that all viewpoints are regarded as equally credible or worthy of belief would require a degree of disconnect from, and suppression of, Loyola’s own religious perspective that is incompatible with freedom of religion.

#### G. *Remedy*

[163] We have concluded that the Minister’s decision infringes Loyola’s right to religious freedom under s. 2(a) of the *Charter*, in a manner that cannot be justified under s. 1. The Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances.

[164] In *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court was presented with a similar situation — an exercise of a minister’s statutory

y contribuant eux-mêmes d’une façon respectueuse et en s’assurant que le dialogue en classe se déroule dans le respect, la tolérance et la compréhension pour ceux dont les croyances et les pratiques sont différentes.

- Lorsque le contexte de la discussion en classe l’exigera, les enseignants de Loyola pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d’autres propositions éthiques ou doctrinales précises sont incompatibles avec ces convictions, que ce soit dans le contexte d’une autre religion en particulier ou dans celui d’une position éthique considérée dans l’abstrait.
- On ne pourra s’attendre à ce que les enseignants de Loyola enseignent des doctrines éthiques ou religieuses contraires à la foi catholique en les présentant comme étant aussi crédibles ou dignes de foi que celles auxquelles ils adhèrent. Le respect, la tolérance et la compréhension sont légitimement nécessaires et le fait de faire ressortir les différences ne devra pas donner lieu au dénigrement ou à la dérision. Toutefois, le fait d’exiger que tous les points de vue soient considérés comme étant également crédibles ou dignes de foi exigerait de la part de l’école une dissociation et une suppression de sa propre perspective religieuse qui serait incompatible avec sa liberté de religion.

#### G. *Réparation*

[163] Nous en sommes arrivés à la conclusion que la décision de la ministre a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l’al. 2a) de la *Charte* d’une manière qui ne peut se justifier au regard de l’article premier. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l’ensemble des circonstances.

[164] Dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, la Cour avait à trancher une situation semblable, en l’occurrence, une affaire où en

discretion in declining to grant an exemption, resulting in a violation of the *Charter* rights of the claimants. In that case, the Court declined to send the matter back for reconsideration by the Minister, but rather granted an order in the nature of mandamus, compelling the Minister to grant the exemption: *PHS*, at para. 150.

[165] We find it neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, we conclude that the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it. Accordingly, we would order the Minister to grant an exemption to Loyola, as contemplated under s. 22 of the regulation at issue, to offer an equivalent course to the ERC Program in line with Loyola's proposal and the guidelines we have outlined.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Christian Charities: Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Canadian Council of Christian Charities, Elmira, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Evangelical Fellowship of Canada, Richmond Hill, Ontario.*

exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui conférerait une loi, un ministre avait refusé d'accorder une exemption, ce qui avait entraîné une violation des droits reconnus aux demandeurs par la *Charte*. Dans cette affaire, la Cour avait refusé de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen et avait plutôt rendu une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* et forcé le ministre à accorder l'exemption demandée : *PHS*, par. 150.

[165] Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Nous fondant sur les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et tenant compte du dossier et des observations des parties, nous concluons que la seule réponse à la demande d'exemption de l'école qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'ordonner au ministre d'accorder à Loyola l'exemption prévue à l'art. 22 du règlement en cause, permettant ainsi à cet établissement d'enseignement d'offrir un programme équivalent au programme ÉCR conformément à la proposition qu'elle a soumise et aux lignes directrices que nous avons exposées.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureurs de l'intimé : Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes : Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Elmira, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance évangélique du Canada, Richmond Hill, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Robert E. Reynolds, Montréal; Christian Legal Fellowship, Burlington, Ontario.*

*Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Shergill & Company, Surrey.*

*Solicitors for the intervener the Association of Christian Educators and Schools Canada: Kuhn, Abbotsford.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal: Bennett Jones, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Faith, Fealty and Creed Society: Benefic, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Home School Legal Defence Association of Canada: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.*

*Solicitors for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference: Miller Thomson, Calgary.*

*Solicitors for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal: Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Robert E. Reynolds, Montréal; Alliance des chrétiens en droit, Burlington, Ontario.*

*Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Shergill & Company, Surrey.*

*Procureurs de l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada : Kuhn, Abbotsford.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.*

*Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal : Bennett Jones, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society : Benefic, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada : Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.*

*Procureurs des intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec : Miller Thomson, Calgary.*

*Procureurs des intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal : Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.*

**Savdip Sanghera** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

**INDEXED AS: R. v. SANGHERA**

**2015 SCC 13**

File No.: 36017.

2015: March 19.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused charged in 2009 and convicted in 2012 — Five-month delay caused by direct indictment — Overall delay found reasonable — Majority of Court of Appeal did not err in concluding that trial judge failed to attribute sufficient delay to accused — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).*

**Statutes and Regulations Cited**

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

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Bennett and MacKenzie JJ.A.), 2014 BCCA 249, 313 C.C.C. (3d) 113, 357 B.C.A.C. 175, [2014] B.C.J. No. 1316 (QL), 2014 CarswellBC 1847 (WL Can.), affirming the accused's convictions. Appeal dismissed, Karakatsanis and Côté JJ. dissenting.

*Colleen E. Elden*, for the appellant.

*Christie Lusk* and *John Gordon, Q.C.*, for the respondent.

**Savdip Sanghera** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : R. c. SANGHERA**

**2015 CSC 13**

N° du greffe : 36017.

2015 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis, Gascon et Côté.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations déposées en 2009 et déclarations de culpabilité prononcées en 2012 — Délai de cinq mois résultant du dépôt d'un acte d'accusation direct — Délai global jugé raisonnable — Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que la juge du procès avait omis d'imputer une part suffisante du délai à l'accusé — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).*

**Lois et règlements cités**

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Bennett et MacKenzie), 2014 BCCA 249, 313 C.C.C. (3d) 113, 357 B.C.A.C. 175, [2014] B.C.J. No. 1316 (QL), 2014 CarswellBC 1847 (WL Can.), qui a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'accusé. Pourvoi rejeté, les juges Karakatsanis et Côté sont dissidentes.

*Colleen E. Elden*, pour l'appelant.

*Christie Lusk* et *John Gordon, c.r.*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] The CHIEF JUSTICE — This is an appeal as of right based on the dissenting view of Bennett J.A. of the British Columbia Court of Appeal that the five-month delay caused by the Crown's preferment of a direct indictment, which was not considered by the trial judge, established an unreasonable delay in violation of s. 11(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[2] MacKenzie J.A., for the majority of the British Columbia Court of Appeal, concluded:

It is my view that if [the trial judge] erred in not attributing to the Crown responsibility for the five months' delay arising from the direct indictment, . . . such error does not upset the overall result, as I have found that other factors weigh more heavily on the other side of the balance.

(2014 BCCA 249, 313 C.C.C. (3d) 113, at para. 148)

[3] The majority of the Court sees no error in the conclusion of the majority of the British Columbia Court of Appeal. The majority would accordingly dismiss the appeal.

[4] Karakatsanis and Côté JJ., dissenting, would allow the appeal for the reasons of Bennett J.A.

[5] The appeal is dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Colleen E. Elden, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE EN CHEF — Il s'agit d'un appel de plein droit fondé sur l'opinion dissidente exprimée par la juge Bennett de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, selon laquelle le délai de cinq mois résultant du dépôt par la Couronne d'un acte d'accusation direct, facteur que n'a pas pris en considération la juge du procès, démontrait l'existence d'un délai déraisonnable et contraire à l'al. 11b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[2] La juge MacKenzie, qui a rédigé l'opinion de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Je suis d'avis que si [la juge du procès] a fait erreur en n'imputant pas à la Couronne la responsabilité du délai de cinq mois découlant de la mise en accusation directe, [. . .] cette erreur ne compromet pas le résultat global, car j'estime que d'autres facteurs font davantage pencher la balance de l'autre côté.

(2014 BCCA 249, 313 C.C.C. (3d) 113, par. 148)

[3] Les juges majoritaires de notre Cour ne voient aucune erreur dans la conclusion de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Ils sont en conséquence d'avis de rejeter l'appel.

[4] Les juges Karakatsanis et Côté sont dissidentes et accueilleraient l'appel, pour les motifs exposés par la juge d'appel Bennett.

[5] L'appel est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureure de l'appellant : Colleen E. Elden, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.*

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada,  
Commissioner of Firearms  
and Registrar of Firearms** *Respondents*

and

**Chief Firearms Officer,  
Coalition for Gun Control and  
Canada's National Firearms  
Association** *Interveners*

**INDEXED AS: QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v.  
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2015 SCC 14**

File No.: 35448.

2014: October 8; 2015: March 27.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,  
Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and  
Gascon JJ.

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

*Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Constitutional classification of repealing enactment — Firearms — Federal legislation abolishing long-gun registry also containing provision requiring destruction of long-gun registration data — Quebec challenging constitutionality of destruction provision and seeking transfer of data connected with province from federal government — Whether principle of cooperative federalism prevents Parliament from legislating to destroy data — Whether destruction provision ultra vires criminal law power of Parliament — Whether Quebec has right to receive long-gun registration data from federal government — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Ending the Long-gun Registry Act, S.C. 2012, c. 6, s. 29.*

Adopted in 1995, the *Firearms Act* created a comprehensive scheme requiring the holders of all firearms

**Procureur général du Québec** *Appelant*

c.

**Procureur général du Canada,  
Commissaire aux armes à feu et  
Directeur de l'enregistrement** *Intimés*

et

**Contrôleur des armes à feu,  
Coalition pour le contrôle des armes et  
Association canadienne pour les armes  
à feu** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL) c.  
CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2015 CSC 14**

N° du greffe : 35448.

2014 : 8 octobre; 2015 : 27 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,  
Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis,  
Wagner et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Classification sur le plan constitutionnel d'une loi d'abrogation — Armes à feu — Loi fédérale qui abolit le registre des armes d'épaule contient également une disposition prévoyant la destruction des données sur l'enregistrement de ces armes — Contestation par le Québec de la constitutionnalité de la disposition relative à la destruction et demande du Québec que le gouvernement fédéral lui transmette les données relatives à la province — Le principe du fédéralisme coopératif empêche-t-il le Parlement de légiférer pour détruire les données? — La disposition relative à la destruction outrepassé-elle la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Le Québec a-t-il le droit de recevoir du gouvernement fédéral les données sur l'enregistrement des armes d'épaule? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule, L.C. 2012, c. 6, art. 29.*

Adoptée en 1995, la *Loi sur les armes à feu* a créé un régime complet obligeant tous les détenteurs d'armes

— including long guns — to obtain licences and register their guns. It also made it a criminal offence to possess an unregistered firearm. The *Firearms Act* provided for the creation of two types of registries: the Canadian Firearms Registry (“CFR”), maintained by the Registrar of Firearms and containing records of the registration certificates for all prohibited firearms, restricted firearms, and long guns acquired, transferred, or possessed in Canada, and a registry kept by the Chief Firearms Officer (“CFO”) designated for each province and territory, containing records of every firearm’s licence and authorization issued or revoked. The Registrar and the CFOs could access all records through a single electronic database but the statutory authority of CFOs only permitted them to contribute and modify data in their specific licensing registry.

In 2012, Parliament enacted the *Ending the Long-gun Registry Act* (“*ELRA*”), which repealed the registration requirement for long guns and decriminalized the possession of an unregistered long gun. Section 29 of the *ELRA* requires the destruction of all records contained in the registries related to the registration of long guns. In reaction, Quebec expressed its intention to create its own long-gun registry and asked the federal authorities for the data connected to Quebec contained in the CFR. Canada refused and made clear that it intended to permanently destroy all long-gun registration data. In light of this refusal, Quebec sought a declaration that s. 29 of the *ELRA* is *ultra vires* and that Quebec has a right to obtain the data.

The Superior Court of Quebec declared s. 29 of the *ELRA* unconstitutional as it applies to data connected with Quebec and ordered Canada to transfer that data to the province. The Quebec Court of Appeal reversed that decision.

*Held* (LeBel, Abella, Wagner and Gascon JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 29 of the *ELRA* is constitutional, and Quebec has no legal right to the data.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.: The decision to dismantle the long-gun registry and destroy the data that it contains is a policy choice that Parliament was constitutionally entitled to make. The principle of cooperative federalism does not constrain federal legislative competence in this

à feu, dont ceux qui possèdent une arme d’épaule, à obtenir un permis et à enregistrer leurs armes. Elle a aussi érigé en infraction criminelle la possession d’une arme à feu non enregistrée. La *Loi sur les armes à feu* prévoyait la création de deux types de registre : le Registre canadien des armes à feu (« RCAF »), qui est tenu par le directeur de l’enregistrement des armes à feu et contient des fichiers relatifs aux certificats d’enregistrement des armes prohibées, armes à autorisation restreinte et armes d’épaule acquises, transférées ou détenues au Canada, ainsi qu’un registre tenu par le contrôleur des armes à feu (« Contrôleur ») nommé pour chaque province et territoire. Ce registre contient des fichiers sur les permis et autorisations d’arme à feu délivrés ou révoqués. Le directeur de l’enregistrement et les contrôleurs pouvaient accéder à tous les fichiers grâce à une seule base de données électronique, mais le pouvoir légal des contrôleurs ne leur permettait que d’ajouter et de modifier les données dans leur registre de permis respectif.

En 2012, le Parlement a adopté la *Loi sur l’abolition du registre des armes d’épaule* (« *LARA* »), qui supprimait l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule et décriminalisait la possession d’une arme d’épaule non enregistrée. L’article 29 de la *LARA* exige la destruction de tous les fichiers relatifs à l’enregistrement des armes d’épaule qui se trouvent dans les registres. Le Québec a réagi en faisant part de son intention de créer son propre registre des armes d’épaule et en demandant aux autorités fédérales les données du RCAF qui ont un lien avec le Québec. Le Canada a refusé et affirmé clairement qu’il entendait détruire de façon permanente toutes les données relatives à l’enregistrement des armes d’épaule. Face à ce refus, le Québec a demandé un jugement déclaratoire portant que l’art. 29 de la *LARA* est *ultra vires* et que le Québec a le droit d’obtenir les données.

La Cour supérieure du Québec a déclaré l’art. 29 de la *LARA* inconstitutionnel dans le cas des données liées au Québec et a ordonné au Canada de transférer ces données à la province. La Cour d’appel du Québec a infirmé cette décision.

*Arrêt* (les juges LeBel, Abella, Wagner et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté. L’article 29 de la *LARA* est constitutionnel et le Québec n’a pas droit aux données.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis : La décision de démanteler le registre des armes d’épaule et de détruire les données qu’il contient est un choix de politique générale que le Parlement avait le droit de faire en vertu de la Constitution. Le principe du fédéralisme coopératif ne



case, Quebec has no legal right to the data, and s. 29 of the *ELRA* is a lawful exercise of Parliament's criminal law legislative power under the Constitution.

Quebec's position that cooperative federalism prevents Canada and the provinces from acting or legislating in a way that would hinder cooperation between both orders of government has no foundation in our constitutional law and is contrary to the governing authorities from this Court. The principle of cooperative federalism does not prevent Parliament from exercising legislative authority that it otherwise possesses. The primacy of our written Constitution remains one of the fundamental tenets of our constitutional framework, and this is especially the case with regard to the division of powers. Neither this Court's jurisprudence nor the text of the *Constitution Act, 1867* supports using the principle of cooperative federalism to limit the scope of legislative authority or to impose a positive obligation to facilitate cooperation where the constitutional division of powers authorizes unilateral action. To hold otherwise would undermine parliamentary sovereignty and create legal uncertainty whenever one order of government adopted legislation having some impact on the policy objectives of another.

Although Quebec submits that it has a right to receive the long-gun registration data whether or not Parliament is constitutionally entitled to legislate with respect to the fate of that data, it has not established a legal basis for that right. As mentioned, the principle of cooperative federalism does not limit the scope of the legislative powers assigned by the Constitution. Furthermore, accepting Quebec's position, which arises from its expectation of having continuing access to the data, would circumvent or effectively overturn this Court's rejection of the "legitimate expectation" doctrine. The provinces' reliance on the existence of the data cannot limit Parliament's capacity to destroy a registry, which flows exclusively from its criminal law head of power. Lastly, even if the data accessible through the CFR was the result of a cooperative effort, any effort on Quebec's part was statutorily limited to the licensing data held in the CFO's licensing registry.

This Court has already been called upon, in the *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, to determine the pith and substance of the scheme enacted by the *Firearms Act*. In that case, the

restreint pas la compétence législative fédérale en l'espèce, le Québec n'a pas droit aux données et l'art. 29 de la *LARA* est un exercice licite de la compétence législative en matière de droit criminel conférée au Parlement par la Constitution.

La thèse du Québec selon laquelle le fédéralisme coopératif empêche le Canada et les provinces d'agir ou de légiférer de manière à nuire à la collaboration entre les deux ordres de gouvernement est dépourvue de fondement en droit constitutionnel canadien et contraire à la jurisprudence applicable de notre Cour. Le principe du fédéralisme coopératif n'empêche pas le Parlement d'exercer une compétence législative qu'il possède par ailleurs. La primauté de notre Constitution écrite demeure l'un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel, et cela est tout particulièrement vrai dans le cas du partage des compétences. Ni la jurisprudence de notre Cour ni le texte de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fondent l'emploi du principe du fédéralisme coopératif pour restreindre la portée de la compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnel des pouvoirs autorise une intervention unilatérale. En décider autrement minerait la souveraineté parlementaire et créerait un flou juridique chaque fois qu'un ordre de gouvernement adopte une loi qui a une certaine incidence sur les objectifs de politique générale de l'autre.

Bien que le Québec prétende avoir le droit de recevoir les données sur l'enregistrement des armes d'épaule, que le Parlement soit ou non habilité par la Constitution à légiférer relativement au sort des données, il n'a pas établi de fondement juridique à ce droit. Rappelons que le principe du fédéralisme coopératif ne limite pas la portée des pouvoirs législatifs dévolus par la Constitution. De plus, si l'on retenait la thèse du Québec, laquelle prend sa source dans le fait qu'il s'attend à bénéficier d'un accès continu aux données, cela aurait pour effet de contourner ou d'infirmer concrètement le rejet, par notre Cour, de la théorie de l'« expectative légitime ». Le fait que les provinces comptent sur l'existence des données ne saurait limiter la capacité du Parlement de détruire un registre qui découle exclusivement de son chef de compétence concernant le droit criminel. Enfin, même si les données accessibles par l'entremise du RCAF étaient le fruit d'un effort de coopération, tout effort de la part du Québec était limité de par la loi aux données sur les permis conservées dans le registre des permis de la Contrôleur.

Notre Cour a déjà été appelée, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, à déterminer le caractère véritable du régime mis en place par cette loi. Dans cet arrêt, la Cour

Court concluded that the “matter” of the registration and data retention provisions was public safety and should be classified as being in relation to the subject of criminal law. Legislation repealing that scheme, including a provision addressing what will happen to the data collected under the now repealed scheme, must be characterized in the same way. Section 29, in essence, relates to public safety — as did the long-gun registration scheme being repealed by the balance of the *ELRA*. That provision does not limit Quebec’s legislative authority to create a provincial long-gun registry, it merely prevents Quebec from using the data obtained through the federal long-gun registry in establishing a provincial registry. The fact that it has the practical effect of making it more difficult financially for Quebec to create its own gun control regime is not indicative of a “colourable” purpose from a division of powers’ perspective and does not affect the pith and substance of s. 29.

There is no significant legal distinction between repealing a criminal provision and providing for what will happen to the data collected under that provision where the data was collected exclusively through the exercise of the criminal law power. The power to repeal a criminal law provision must logically be wide enough to give Parliament jurisdiction to destroy the data collected for the purpose of that provision. Accordingly, s. 29 of the *ELRA* should be characterized as being in relation to criminal law. It therefore falls within the legislative competence of Parliament.

*Per* LeBel, Abella, Wagner and Gascon JJ. (dissenting): Section 29 of the *ELRA* is unconstitutional and should be declared to be invalid. The *ELRA* is the legislative measure chosen by Parliament to end its participation in long-gun regulation, but s. 29 goes beyond the scope of that purpose, as it requires that the data in question be destroyed without providing for a possibility of their first being transferred to the provincial partners, which prevents the latter from using them in the exercise of their powers. However, there is no legal basis for Quebec’s request for a compulsory transfer of the data. The conditions applicable to such a transfer are a matter for the governments concerned, not the courts.

When the constitutionality of a statutory provision is challenged on the basis of the division of powers, courts turn to the pith and substance doctrine. To apply this doctrine, they must review the extent to which the impugned provision intrudes on the powers of the other level of government. Where, because of its pith and substance, a

conclu que la « matière » des dispositions relatives à l’enregistrement et à la conservation des données était la sécurité publique et que ces dispositions devraient être considérées comme ayant trait au droit criminel. Une loi abrogeant ce régime ainsi qu’une disposition indiquant ce qu’il adviendra des données recueillies en application du régime maintenant abrogé doivent être qualifiées de la même façon. L’article 29 concerne essentiellement la sécurité publique, tout comme le régime d’enregistrement des armes d’épaule abrogé par les autres dispositions de la *LARA*. Cette disposition ne limite pas le pouvoir législatif du Québec de créer un registre provincial des armes d’épaule; elle ne fait qu’empêcher le Québec d’utiliser les données obtenues par le biais du registre fédéral des armes d’épaule pour constituer un registre provincial. Le fait que l’art. 29 a pour effet concret qu’il est plus difficile sur le plan financier pour le Québec de créer son propre régime de contrôle des armes à feu ne dénote pas un objet « déguisé » du point de vue du partage des compétences et n’a pas d’incidence sur le caractère véritable de l’art. 29.

Il n’y a pas de distinction importante en droit entre l’abrogation d’une disposition pénale et le fait d’indiquer ce qu’il adviendra des données recueillies en application de cette disposition si les données ont été recueillies exclusivement par l’exercice de la compétence en droit criminel. Le pouvoir d’abroger une disposition de droit criminel doit logiquement être assez large pour habiliter le Parlement à détruire les données recueillies pour l’application de cette disposition. Par conséquent, l’art. 29 de la *LARA* devrait être considéré comme ayant trait au droit criminel. Il ressortit donc à la compétence législative du Parlement.

*Les juges* LeBel, Abella, Wagner et Gascon (dissidents) : L’article 29 de la *LARA* est inconstitutionnel et doit être déclaré invalide. La *LARA* est le moyen législatif qu’a choisi le Parlement pour mettre fin à son rôle dans le contrôle des armes d’épaule, mais l’art. 29 a une portée plus large que cet objectif, puisqu’il ordonne la destruction des données en cause sans possibilité de transfert préalable aux partenaires provinciaux, ce qui les empêche de s’en servir dans l’exercice de leurs compétences. Par contre, il n’y pas de fondement juridique à la demande du Québec de transfert forcé des données. La détermination des modalités d’un tel transfert relève des gouvernements concernés, non des tribunaux.

Lorsque la constitutionnalité d’une disposition législative est contestée sur la base du partage des compétences, les tribunaux ont recours à la doctrine dite du caractère véritable. Cette démarche implique nécessairement l’examen de la portée de l’empiètement de la disposition contestée sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement.

provision found in an otherwise valid statute encroaches on the jurisdiction of the other level of government, it must be determined whether the encroachment is ancillary. The degree of integration of a provision that is needed for an encroachment to be considered ancillary varies with the seriousness, or extent, of the encroachment. If the encroachment of the impugned provision on the jurisdiction of the other level of government is merely marginal or limited, a functional relationship between the provision and the statutory scheme may suffice. If, on the other hand, the provision is highly intrusive vis-à-vis the powers of the other level of government, a stricter test of necessity will apply.

The unwritten principles that underlie our written Constitution, such as federalism, infuse the analysis and interpretation of the division of powers. The modern view of federalism favours a flexible conception of the division of powers and recognizes a significant overlap between the federal and provincial areas of jurisdiction, allowing governments at both levels to legislate for valid purposes in the areas of overlap. Such a conception facilitates intergovernmental co-operation. Both in law and in the political arena, the concept of co-operative federalism has been developed to adapt the principle of federalism to this modern reality; it reflects the realities of an increasingly complex society that requires the enactment of co-ordinated federal and provincial legislative schemes. From a legal perspective, it is by allowing for overlapping powers through the application of the pith and substance and ancillary powers doctrines that co-operative federalism is able to meet those needs.

In this case, the trial judge was right to find that there was a federal-provincial partnership with respect to firearms control. This partnership is consistent with the spirit of co-operative federalism. It enabled the federal and provincial governments to work together, rather than in isolation, to achieve both federal (criminal law) and provincial (public safety and administration of justice) purposes. In the novel circumstances of the dismantling of this partnership, the analysis must be guided by the Constitution's unwritten principles so as to ensure that the principle of federalism and its modern form — co-operative federalism — are not placed in jeopardy. Parliament or a provincial legislature cannot pass legislation to terminate such a partnership without taking into account the reasonably foreseeable consequences of the decision to do so on its partner's heads of power. The courts must, in considering whether legislation or a statutory provision having as its purpose to dismantle the partnership is constitutional, be aware of the impact of that legislation or

Lorsque, en raison de son caractère véritable, une disposition insérée dans une loi par ailleurs valide déborde sur un champ de compétence d'un autre ordre de gouvernement, l'analyse porte alors sur le caractère accessoire de ce débordement. Le degré d'intégration d'une disposition requis pour qu'un débordement conserve un caractère accessoire varie en fonction de la gravité du débordement ou de son étendue. Si la disposition contestée ne déborde que de façon négligeable ou restreinte sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement, un rapport fonctionnel entre cette disposition et le régime législatif peut suffire. Si, au contraire, la disposition déborde de façon considérable sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement, un critère de nécessité plus strict s'applique.

Les principes non écrits qui sous-tendent notre Constitution écrite, tel le principe du fédéralisme, imprègnent l'analyse et l'interprétation du partage des compétences. La vision moderne du fédéralisme favorise une conception souple du partage des compétences, et admet un important chevauchement des compétences fédérales et provinciales, permettant aux deux ordres de gouvernement de légiférer relativement à des objectifs légitimes dans les matières où il y a chevauchement. Cette conception facilite la coopération intergouvernementale. Le concept du fédéralisme coopératif se veut l'adaptation du principe du fédéralisme à cette réalité moderne, et ce, tant par le droit que les acteurs politiques, et reflète les réalités d'une société de plus en plus complexe, qui fait appel à des régimes fédéraux et provinciaux coordonnés. D'un point de vue juridique, c'est par les chevauchements de compétences qu'il accepte en vertu de l'application de la doctrine du caractère véritable et de celle des pouvoirs accessoires que le fédéralisme coopératif sait répondre à ces besoins.

En l'espèce, le juge de première instance a conclu avec raison à l'existence d'un partenariat fédéral-provincial en matière de contrôle des armes à feu. Ce partenariat s'inscrit dans cet esprit de fédéralisme coopératif. Il a permis au gouvernement fédéral et aux provinces de mieux accomplir ensemble, plutôt qu'individuellement, tant des objectifs fédéraux (en droit criminel) que des objectifs provinciaux (en sécurité publique et administration de la justice). Face au contexte inusité qu'est le démantèlement de ce partenariat, il faut faire appel aux principes non écrits de la Constitution pour guider l'analyse, afin de s'assurer que le principe du fédéralisme — et son expression moderne le fédéralisme coopératif — ne soit pas mis en péril. Le Parlement ou une législature provinciale ne peut légiférer pour mettre fin à un tel partenariat sans tenir compte des conséquences raisonnablement prévisibles d'une telle décision sur les compétences de son partenaire. En examinant la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative qui vise à démanteler

provision on the other partner's exercise of its powers, especially when the partner that terminates the relationship is intentionally bringing about that impact.

The Court of Appeal strayed from the analytical approach the courts must take. It is true that Parliament can repeal or amend legislation it has validly enacted under one of its heads of power. Nevertheless, the courts must consider the impugned provision or legislation to determine whether, in pith and substance, all that it does is in fact to repeal or amend legislation that was validly enacted. It is not enough to say that the legislative measure is merely repealing legislation.

The words of s. 29 of the *ELRA* pose no particular problems of interpretation. From a structural standpoint, s. 29 is distinct from other sections of the *ELRA* because it is a transitional provision. From a practical and legal standpoint, the principal effect of s. 29 is to delete the data in the CFR forever. The federal government's decision to destroy the data without first transferring them to its partners, such as Quebec, has serious consequences that are relevant to the question whether s. 29 is constitutional. The extrinsic evidence shows that the purpose being pursued in enacting s. 29 was indeed to prevent the provinces from using the data. The trial judge was therefore right to find that Parliament's intention in destroying the data was to hinder the provinces. In light of the purpose and the effect of s. 29, therefore, the scope of the section is broader than the mere destruction of the data; it has harmful consequences for the federal government's partners. The purpose of s. 29 does not relate to the repeal of part of the *Firearms Act*; the abolition by the federal government of the requirement to register long guns and the destruction of the data are two distinct objectives.

Given that the data are to be destroyed with no possibility of their first being transferred to the partners, and therefore without the impact of this measure on the partners' exercise of their powers being taken into account, the section's true purpose is to ensure that the information on long guns can no longer be used for any provincial purposes. As a result, the pith and substance of s. 29 relates to the provinces' power over property and civil rights.

To determine whether s. 29 of the *ELRA* is constitutional on the basis of the ancillary powers doctrine, the

ce partenariat, les tribunaux doivent être sensibles à ses répercussions sur l'exercice par le partenaire de ses compétences, et ce, encore plus quand le partenaire mettant fin au partenariat agit dans le but de provoquer ces répercussions.

La méthode d'analyse adoptée par la Cour d'appel en l'espèce s'écarte de celle que doivent suivre les tribunaux. Certes, le Parlement peut abroger ou modifier une loi qu'il a validement édictée en vertu d'un chef de compétence relevant de lui. Les tribunaux doivent toutefois examiner la disposition ou la loi contestée afin de déterminer si, eu égard à son caractère véritable, celle-ci ne fait effectivement qu'abroger ou modifier une loi validement édictée au préalable. Il n'est pas suffisant de dire que la mesure législative est une simple loi abrogative.

Le texte de l'art. 29 de la *LARA* ne présente pas de difficulté d'interprétation particulière. D'un point de vue structurel, l'art. 29 est une composante distincte des autres articles de la *LARA*, car il s'agit d'une disposition transitoire. D'un point de vue pratique et juridique, l'effet premier de l'art. 29 est d'effacer à jamais les données contenues dans le RCAF. La destruction des données par le gouvernement fédéral sans qu'elles aient d'abord été transmises à ses partenaires, dont le Québec, entraîne d'importantes conséquences qui sont pertinentes pour l'analyse de la constitutionnalité de l'art. 29. La preuve extrinsèque révèle que l'art. 29 a été adopté précisément dans le but d'empêcher l'utilisation des données par les provinces. C'est donc avec raison que le juge de première instance a conclu que l'intention du Parlement était de nuire aux provinces en détruisant les données. Vu son objet et ses effets, l'art. 29 a donc une portée plus large que la simple destruction des données : il entraîne des conséquences néfastes pour les partenaires du gouvernement fédéral. L'article 29 ne tend pas à l'abrogation d'une partie de la *Loi sur les armes à feu*; l'abolition par le gouvernement fédéral de l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule et la destruction des données sont deux objectifs distincts.

Comme la destruction des données s'effectue sans possibilité de transfert préalable de données aux partenaires, et donc sans tenir compte des conséquences de cette mesure sur l'exercice par ceux-ci de leurs compétences, son objet véritable consiste à mettre fin à toute utilisation des renseignements concernant les armes d'épaule pour toutes fins provinciales. En conséquence, le caractère véritable de l'art. 29 se rattache à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils.

Pour décider si l'art. 29 de la *LARA* est constitutionnel en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires, il faut

seriousness, or extent, of its encroachment on provincial powers must be considered, bearing in mind that the provincial power to make laws in relation to property and civil rights is a head that should not be intruded upon lightly. The seriousness of the encroachment of s. 29 must be analyzed on the basis of the specific factual and legal context of the case, which includes the existence of the partnership between the federal government and Quebec. In this case, in terms of both its nature and its effect, s. 29 causes a substantial encroachment on provincial jurisdiction. For its encroachment to be found to be ancillary to the *ELRA*, the degree to which s. 29 is integrated into the Act must therefore be high, that is, it must satisfy the necessity or “integral part” criterion. The destruction of the data in question in s. 29 cannot be considered necessary to the abolition of the requirement to register long guns, as these two purposes are distinct. Nor can s. 29 be linked to the *ELRA* on the basis of a test of rationality; it is hard to reconcile the manner in which the destruction of the data was provided for with the desire certain provinces might show to maintain a registry within the limits of their powers. Furthermore, Parliament declared that its intention was to cause harm to the other level of government.

Since, because of its pith and substance, s. 29 of the *ELRA* does not fall within the federal criminal law power and is not ancillary to the *ELRA*, it has not been shown to be constitutionally valid. A legislative measure cannot be found to be valid that (1) does not fall within the federal criminal law power and that (2) thwarts, by the substantial encroachment it causes, the corollary exercise of provincial powers that flowed from the partnership. To destroy the data without first offering to transfer them is unconstitutional. Section 29 of the *ELRA* must therefore be declared to be invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

Nevertheless, Quebec has not established a legal basis for its claim to the data. The absence of a legal barrier to the transfer of the data does not necessarily mean that Quebec has proven that it is entitled to obtain them through the courts. It is up to the legislatures to fill legislative gaps that are incompatible with the Constitution, and not up to the courts to supply an exact description of the laws the legislatures must adopt to fulfill their constitutional obligations. In some cases, the source of the appropriate remedy must lie in the political process rather than in the courts. In this case, it was up to the members of the partnership to set out the conditions that were to apply upon termination of their joint venture in their agreements.

évaluer la gravité, ou l'étendue, de son débordement sur les compétences provinciales, en gardant à l'esprit que le pouvoir des provinces de légiférer en matière de propriété et de droits civils constitue un chef de compétence sur lequel on ne peut déborder à la légère. La gravité du débordement de l'art. 29 doit être analysée en fonction du contexte factuel et juridique particulier de l'affaire, ce qui inclut le partenariat existant entre le gouvernement fédéral et le Québec. En l'espèce, de par sa nature et ses effets, l'art. 29 engendre un débordement substantiel sur les compétences provinciales. Pour que son débordement soit jugé accessoire à la *LARA*, l'art. 29 doit donc entretenir un degré élevé d'intégration à celle-ci, soit respecter le critère de la nécessité ou « partie intégrante ». La destruction des données visées par l'art. 29 ne peut être considérée comme nécessaire à l'abolition de l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule, car ces deux objectifs sont distincts. L'article 29 ne peut non plus être rattaché à la *LARA* selon un critère de rationalité; il est difficile de concilier la manière dont la destruction des données est prévue avec le souhait que pourraient manifester des provinces de maintenir un registre dans le cadre de leurs compétences. De plus, le législateur fédéral a déclaré son intention de nuire à l'autre ordre de gouvernement.

Comme, en raison de son caractère véritable, l'art. 29 de la *LARA* ne relève pas de la compétence fédérale en matière de droit criminel et il n'est pas accessoire à la *LARA*, sa validité constitutionnelle n'a pas été établie. On ne saurait valider une mesure législative (1) qui ne relève pas de la compétence fédérale en matière de droit criminel et (2) qui contrecarre, par le débordement substantiel qu'elle cause, l'exercice corollaire des compétences provinciales auquel le partenariat a donné lieu. La destruction des données sans offre de transfert préalable est inconstitutionnelle. L'article 29 de la *LARA* doit donc être déclaré invalide, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Le Québec n'a toutefois pas établi de fondement juridique à sa revendication des données. L'absence d'obstacle légal au transfert de celles-ci ne signifie pas nécessairement que le Québec a fait la preuve d'un droit de les obtenir par voie judiciaire. Il appartient aux législateurs de combler les lacunes des règles de droit incompatibles avec la Constitution et non aux tribunaux de décrire précisément le genre de lois que les premiers doivent adopter pour satisfaire à leurs obligations constitutionnelles. Dans certains cas, la réparation convenable doit émaner du processus politique plutôt que des tribunaux. En l'espèce, c'est aux membres du partenariat qu'il appartenait de prévoir les modalités de cessation de leur aventure commune dans leurs ententes.

## Cases Cited

By Cromwell and Karakatsanis JJ.

**Considered:** *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; **referred to:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289.

By LeBel, Wagner and Gascon JJ. (dissenting)

*Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010

## Jurisprudence

Citée par les juges Cromwell et Karakatsanis

**Arrêt examiné :** *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; **arrêts mentionnés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *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; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

Citée par les juges LeBel, Wagner et Gascon (dissidents)

*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453; *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 au mariage entre personnes*

SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839.

### Statutes and Regulations Cited

*Act respecting safety in sports*, CQLR, c. S-3.1, s. 46.31.  
*Act to protect persons with regard to activities involving firearms*, CQLR, c. P-38.0001, s. 11.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25, art. 778.  
*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(13).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 90, 91.  
*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 6.  
*Ending the Long-gun Registry Act*, S.C. 2012, c. 6, ss. 2 to 28, 27, 29.  
*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, ss. 2 “chief firearms officer”, 4 to 14, 13, 56, 57, 60, 70, 83, 84, 87, 90, 95, 112 [rep. 2012, c. 6, s. 27].  
*Firearms Records Regulations*, SOR/98-213, ss. 4(1), 7(1), (2).  
*Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 42.  
*Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11.  
*Order Declaring an Amnesty Period (2006)*, SOR/2006-95 [am. 2007-101, 2008-147, 2009-139, 2010-104, 2011-102, 2013-96, 2014-123].  
*Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21.

*du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 90, 91.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 778.  
*Décret fixant une période d'amnistie (2006)*, DORS/2006-95 [mod. 2007-101, 2008-147, 2009-139, 2010-104, 2011-102, 2013-96, 2014-123].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(13).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 42.  
*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38, art. 6.  
*Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, L.C. 2012, c. 6, art. 2 à 28, 27, 29.  
*Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, c. 11.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21.  
*Loi sur la sécurité dans les sports*, RLRQ, c. S-3.1, art. 46.31.  
*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, art. 2 « contrôleur des armes à feu », 4 à 14, 13, 56, 57, 60, 70, 83, 84, 87, 90, 95, 112 [abr. 2012, c. 6, art. 27].  
*Loi visant à favoriser la protection des personnes à l'égard d'une activité impliquant des armes à feu*, RLRQ, c. P-38.0001, art. 11.

*Regulation respecting the exclusion of certain premises and certain means of transportation and respecting the exemption of certain persons*, CQLR, c. P-38.0001, r. 1.

### Authors Cited

- Abel, Albert S. “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Brown, R. Blake. *Arming and Disarming: A History of Gun Control in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 2012.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, No. 012, 1st Sess., 41st Parl., November 17, 2011, pp. 1-2.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 134, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1994, p. 8476.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, p. 9709.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 216, 1st Sess., 35th Parl., June 12, 1995, p. 13631.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 036, 1st Sess., 41st Parl., October 25, 2011, p. 2437.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 041, 1st Sess., 41st Parl., November 1, 2011, pp. 2779, 2780, 2799.
- Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. “Bill C-19: *An Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act*”, Legislative Summary No. 41-1-C19-E, by Tanya Dupuis, Cynthia Kirkby and Robin MacKay, Legal and Legislative Affairs Division, November 1, 2011.
- Canada. Office of the Privacy Commissioner. *Review of the Personal Information Handling Practices of the Canadian Firearms Program*, Final Report, August 29, 2001 (online: <http://publications.gc.ca/collections/Collection/IP34-8-2001E.pdf>).
- Canada/Québec. *Accord financier Canada-Québec relatif à l'administration de la Loi sur les armes à feu*, 1<sup>er</sup> avril 2006 au 31 mars 2010, entente n° 2012-004.
- Daly, Paul. “Dismantling Regulatory Structures: Canada’s Long-Gun Registry as Case Study” (2014), 33 *N.J.C.L.* 169.

*Règlement sur l'exclusion de certains lieux et de certains moyens de transport ainsi que sur l'exemption de certaines personnes*, RLRQ, c. P-38.0001, r. 1.

*Règlement sur les registres d'armes à feu*, DORS/98-213, art. 4(1), 7(1), (2).

### Doctrine et autres documents cités

- Abel, Albert S. « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487.
- Brown, R. Blake. *Arming and Disarming : A History of Gun Control in Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2012.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d'information et de recherche parlementaires. « *Projet de loi C-19 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu* », Résumé législatif n° 41-1-C19-F, par Tanya Dupuis, Cynthia Kirkby et Robin MacKay, Division des affaires juridiques et législatives, 1<sup>er</sup> novembre 2011.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 134, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 30 novembre 1994, p. 8476.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 154, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 16 février 1995, p. 9709.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 216, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 12 juin 1995, p. 13631.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 036, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 25 octobre 2011, p. 2437.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 041, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> novembre 2011, p. 2779, 2780, 2799.
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, n° 012, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 17 novembre 2011, p. 1-2.
- Canada. Commissariat à la protection de la vie privée. *Examen des pratiques relatives au traitement des renseignements personnels du Programme canadien des armes à feu*, Rapport final, 29 août 2001 (en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/IP34-8-2001F.pdf>).
- Canada/Québec. *Accord financier Canada-Québec relatif à l'administration de la Loi sur les armes à feu*, 1<sup>er</sup> avril 2006 au 31 mars 2010, entente n° 2012-004.



- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Toronto: Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Lederman, W. R. “Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism”, in *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*. Toronto: Butterworths, 1981, 314.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 34, n° 49, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 23 mai 1995 (en ligne), à 14:40.
- Quebec. National Assembly. *Votes and Proceedings*, No. 57, 2nd Sess., 39th Leg., November 2, 2011, pp. 693-94.
- Quebec. National Assembly. *Votes and Proceedings*, No. 72, 2nd Sess., 39th Leg., December 6, 2011, p. 848.
- Royal Canadian Mounted Police. National Program Evaluation Services. *RCMP Canadian Firearms Program: Program Evaluation*, Final Approved Report, February 2010 (online: <http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/fire-feu-eval/index-eng.htm>).
- Royal Canadian Mounted Police. *Report on the Administration of the Firearms Act to the Solicitor General by the Registrar: Canadian Firearms Registry*. Ottawa: RCMP, 1999.
- Daly, Paul. « Dismantling Regulatory Structures : Canada’s Long-Gun Registry as Case Study » (2014), 33 *R.N.D.C.* 169.
- Gendarmerie royale du Canada. *Le rapport sur l’administration de la Loi sur les armes à feu au Solliciteur général par le Directeur : Registre canadien des armes à feu*, Ottawa, GRC, 1999.
- Gendarmerie royale du Canada. Services d’évaluation du programme national. *Programme canadien des armes à feu de la GRC : Évaluation*, Rapport final approuvé, février 2010 (en ligne : <http://www.rcmp-grc.gc.ca/pubs/fire-feu-eval/index-fra.htm>).
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Toronto, Carswell, 2007 (updated 2014, release 1).
- Lederman, W. R. « Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism », in *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas*, Toronto, Butterworths, 1981, 314.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 34, n° 49, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 23 mai 1995 (en ligne), à 14:40.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 42, n° 57, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2 novembre 2011, p. 3131.
- Québec. Assemblée nationale. *Journal des débats*, vol. 42, n° 72, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 6 décembre 2011, p. 3643.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Chamberland, Kasirer, St-Pierre and Lévesque J.J.A.), 2013 QCCA 1138, [2013] R.J.Q. 1023, [2013] AZ-50965380, [2013] Q.J. No. 6676 (QL), 2013 CarswellQue 7597 (WL Can.), setting aside a decision of Blanchard J., 2012 QCCS 4202, [2012] R.J.Q. 1895, [2012] AZ-50892414, [2012] Q.J. No. 8319 (QL), 2012 CarswellQue 10074 (WL Can.). Appeal dismissed, LeBel, Abella, Wagner and Gascon JJ. dissenting.

Éric Dufour, Hugo Jean and Suzanne-L. Gauthier, for the appellant.

Claude Joyal, Q.C., and Ian Demers, for the respondents.

No one appeared for the intervener the Chief Firearms Officer.

Frédéric Langlois and Alain M. Gaulin, for the intervener the Coalition for Gun Control.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Chamberland, Kasirer, St-Pierre et Lévesque), 2013 QCCA 1138, [2013] R.J.Q. 1023, [2013] AZ-50965380, [2013] J.Q. n° 6676 (QL), 2013 CarswellQue 6107 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Blanchard, 2012 QCCS 4202, [2012] R.J.Q. 1895, [2012] AZ-50892414, [2012] J.Q. n° 8319 (QL), 2012 CarswellQue 9059 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges LeBel, Abella, Wagner et Gascon sont dissidents.

Éric Dufour, Hugo Jean et Suzanne-L. Gauthier, pour l’appelant.

Claude Joyal, c.r., et Ian Demers, pour les intimés.

Personne n’a comparu pour l’intervenant le contrôleur des armes à feu.

Frédéric Langlois et Alain M. Gaulin, pour l’intervenante la Coalition pour le contrôle des armes.

*Guy Lavergne*, for the intervener Canada's National Firearms Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. was delivered by

CROMWELL AND KARAKATSANIS JJ. —

## I. Introduction

[1] Fifteen years ago, this Court determined that Parliament, acting under its power to legislate in relation to criminal law, had the constitutional authority to establish a nationwide gun control scheme. Parliament's decision to do so was a contentious policy choice that was contested on constitutional grounds. Three years ago, Parliament reversed in part that earlier policy choice: it repealed the legislation that had established the long-gun registry within the gun control scheme, and provided for the destruction of the data it contained. This too was a contentious policy choice which is now contested on constitutional grounds.

[2] When the government tabled the bill abolishing the long-gun registry and providing for the destruction of the data it contained, Quebec expressed its intention to create its own provincial gun control scheme and asked Canada to give it the data on long guns connected with the province. The federal government refused. As a result, Quebec challenged the constitutionality of the federal law providing for destruction of the data and sought an order requiring the federal government to turn it over. The Superior Court of Quebec declared that Parliament's legislative jurisdiction with respect to criminal law does not allow it to legislate for the destruction of the long-gun registration records without first making this data available to provinces seeking to establish their own registries, and ordered the federal government to transfer the relevant data to Quebec. A five-member panel of the Quebec Court of Appeal disagreed. Finding the law a valid exercise of the federal criminal law power, it set aside those

*Guy Lavergne*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis rendu par

LES JUGES CROMWELL ET KARAKATSANIS —

## I. Introduction

[1] Il y a 15 ans, notre Cour a décidé que le Parlement, agissant dans l'exercice de son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, avait la compétence constitutionnelle voulue pour établir un régime national de contrôle des armes à feu. Cette décision du Parlement participait d'un choix de politique générale controversé qui a été contesté pour des motifs constitutionnels. Il y a trois ans, le Parlement est revenu en partie sur ce choix de politique générale antérieur : il a abrogé la loi qui avait constitué le registre des armes d'épaule faisant partie du régime de contrôle des armes à feu et décrété la destruction des données que le registre contenait. Il s'agissait également d'un choix de politique générale controversé qui est aujourd'hui contesté, encore une fois pour des motifs constitutionnels.

[2] Quand le gouvernement a déposé le projet de loi abolissant le registre des armes d'épaule et prévoyant la destruction des données qu'il contenait, le Québec a manifesté son intention de créer son propre régime provincial de contrôle des armes à feu et demandé au Canada de lui transmettre les données concernant les armes d'épaule liées à la province. Face au refus du gouvernement fédéral, le Québec a contesté la constitutionnalité de la loi fédérale prévoyant la destruction des données et sollicité une ordonnance enjoignant au gouvernement fédéral de les lui transmettre. La Cour supérieure du Québec a déclaré que la compétence législative du Parlement en matière de droit criminel ne lui permet pas de légiférer pour détruire les fichiers relatifs à l'enregistrement des armes d'épaule sans mettre d'abord ces données à la disposition des provinces qui cherchent à établir leur propre registre, et a ordonné au gouvernement fédéral de transférer les données pertinentes au Québec. Une formation de cinq juges

declarations and orders. Quebec now appeals to this Court, raising three issues:

1. Does the principle of cooperative federalism prevent Parliament from legislating to dispose of the data?
2. Does Quebec have the right to obtain the data?
3. Is s. 29 of *An Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act*, S.C. 2012, c. 6, *ultra vires* Parliament's criminal law power?

[3] We agree with the conclusions of the Quebec Court of Appeal and would dismiss the appeal. The principle of cooperative federalism does not constrain federal legislative competence in this case, Quebec has no legal right to the data, and s. 29 of the *Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act* (short title *Ending the Long-gun Registry Act* (“*ELRA*”)) is a lawful exercise of Parliament's criminal law legislative power under the Constitution. We add this; to some, Parliament's choice to destroy this data will undermine public safety and waste enormous amounts of public money. To others, it will seem to be the dismantling of an ill-advised regime and the overdue restoration of the privacy rights of law-abiding gun owners. But these competing views about the merits of Parliament's policy choice are not at issue here. As has been said many times, the courts are not to question the wisdom of legislation but only to rule on its legality. In our view, the decision to dismantle the long-gun registry and destroy the data that it contains is a policy choice that Parliament was constitutionally entitled to make.

[4] We note that our conclusion in this case partly rests on the fact that the Canadian Firearms Registry

de la Cour d'appel du Québec n'était pas de cet avis. Jugeant que la loi constituait un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel, elle a annulé ces jugements déclaratoires et ordonnances. Le Québec se pourvoit maintenant devant notre Cour et soulève trois questions :

1. Le principe du fédéralisme coopératif empêche-t-il le Parlement de légiférer pour disposer des données?
2. Le Québec a-t-il le droit d'obtenir les données?
3. L'article 29 de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu*, L.C. 2012, c. 6, outrepassé-t-il la compétence du Parlement en matière de droit criminel?

[3] Nous faisons nôtres les conclusions de la Cour d'appel du Québec et sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Le principe du fédéralisme coopératif ne restreint pas la compétence législative fédérale en l'espèce, le Québec n'a pas droit aux données et l'art. 29 de la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu* (titre abrégé *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule* (« *LARA* »)) est un exercice licite de la compétence législative en matière de droit criminel conférée au Parlement par la Constitution. Nous ajouterions ceci. Pour certains, la décision du Parlement de détruire ces données affaiblira la sécurité publique et entraînera le gaspillage de sommes considérables de fonds publics. D'autres y verront le démantèlement d'un régime malavisé et le rétablissement trop tardif du droit à la vie privée des propriétaires d'armes à feu qui respectent les lois. Or, ces opinions divergentes sur le bien-fondé du choix de politique générale du Parlement ne sont pas en litige dans la présente affaire. Comme on l'a dit à maintes reprises, les tribunaux ne doivent pas s'interroger sur la sagesse d'une loi : ils doivent uniquement se prononcer sur sa légalité. À notre avis, la décision de démanteler le registre des armes d'épaule et de détruire les données qu'il contient est un choix de politique générale que le Parlement avait le droit de faire en vertu de la Constitution.

[4] Soulignons que notre conclusion en l'espèce repose en partie sur le fait que le Registre canadien

(“CFR”) flows directly from federal legislation and is not dependent on any provincial statutes. Different considerations might arise in a case involving a truly interlocking federal-provincial legislative framework. However, the CFR is not, in our respectful view, such a scheme. Therefore we need not consider what might follow if it were.

## II. Facts and Judicial History

### A. *Overview of the Facts*

[5] In 1995, Parliament enacted the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, which created a comprehensive scheme requiring the holders of all firearms — including long guns — to obtain licences and register their guns. It also made it a criminal offence to possess an unregistered firearm. The initial creation of the registry was challenged by several provinces, including Alberta who proceeded with a reference in the Alberta Court of Appeal which led ultimately to an appeal to this Court. In the *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, this Court concluded that the *Firearms Act* came within the criminal law authority of the federal Parliament, and that “the provinces ha[d] not established that the effects of the law on provincial matters [were] more than incidental”: para. 50.

[6] The *Firearms Act* provided for the creation of two types of registries. The Registrar of Firearms (“Registrar”) was to maintain a single registry, the CFR, containing records of the registration certificates for all prohibited firearms, restricted firearms, and unrestricted firearms (long guns) acquired, transferred, or possessed in Canada: s. 83. In addition, the *Firearms Act* requires that a Chief Firearms Officer (“CFO”) be appointed in each province and territory — either by a provincial minister or by a federal minister: s. 2. This officer must license individuals to possess firearms and must keep a registry containing records of every licence and authorization that she issues or revokes: s. 87. By law, the Registrar and the CFOs can access both types of registries: s. 90. In practice, that access was ensured by the Canadian Firearms Information System (“CFIS”), an electronic

des armes à feu (« RCAF ») découle directement d’une loi fédérale et ne dépend d’aucun texte législatif provincial. Différentes considérations peuvent être présentes dans le cas d’un régime législatif fédéral-provincial réellement intégré. Le RCAF ne constitue cependant pas, à notre avis, un régime de ce genre. Nous n’avons donc pas à nous demander ce qui pourrait arriver si c’était le cas.

## II. Faits et historique judiciaire

### A. *Aperçu des faits*

[5] En 1995, le Parlement a adopté la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, qui a créé un régime complet obligeant tous les détenteurs d’armes à feu, dont ceux qui possèdent une arme d’épaule, à obtenir un permis et à enregistrer leurs armes. Elle a aussi érigé en infraction criminelle la possession d’une arme à feu non enregistrée. La création du registre a été contestée par plusieurs provinces, y compris l’Alberta qui a adressé à la Cour d’appel de cette province un renvoi qui s’est soldé en dernier lieu par un pourvoi devant notre Cour. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, notre Cour a conclu que cette loi relevait de la compétence du Parlement fédéral en droit criminel et que « les provinces n’[avaie]nt pas démontré que les effets de la loi sur les matières provinciales étaient plus que secondaires » : par. 50.

[6] La *Loi sur les armes à feu* prévoyait la création de deux types de registre. Le directeur de l’enregistrement des armes à feu (« Directeur ») devait tenir un registre unique, le RCAF, contenant des fichiers relatifs aux certificats d’enregistrement des armes prohibées, armes à autorisation restreinte et armes sans restriction (armes d’épaule) acquises, transférées ou détenues au Canada : art. 83. En outre, la *Loi sur les armes à feu* exige qu’un contrôleur des armes à feu (« Contrôleur ») soit nommé dans chaque province et territoire, soit par un ministre provincial, soit par un ministre fédéral : art. 2. Ce fonctionnaire doit autoriser les particuliers à posséder des armes à feu et tenir un registre contenant des fichiers sur les permis et autorisations qu’il délivre ou révoque : art. 87. En droit, le Directeur et le Contrôleur peuvent consulter les deux types de

database managed by the Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”). Although the provincial government could access all registration and licensing information in all of the registries through the CFIS database, the statutory authority of CFOs only permitted them to contribute and modify data in their specific licensing registry: ss. 87 and 90.

[7] In April 2012, Parliament enacted the *ELRA*, which repeals the registration requirement for long guns and decriminalizes the possession of an unregistered long gun. The registration requirements for prohibited and restricted firearms remain in force, and the registries continue to collect and maintain that data.<sup>1</sup> Section 29 of the *ELRA* requires the destruction of all records contained in the registries related to the registration of firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms:

**29.** (1) The Commissioner of Firearms shall ensure the destruction as soon as feasible of all records in the Canadian Firearms Registry related to the registration of firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms and all copies of those records under the Commissioner’s control.

(2) Each chief firearms officer shall ensure the destruction as soon as feasible of all records under their control related to the registration of firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms and all copies of those records under their control.

(3) Sections 12 and 13 of the *Library and Archives of Canada Act* and subsections 6(1) and (3) of the *Privacy Act* do not apply with respect to the destruction of the records and copies referred to in subsections (1) and (2).

<sup>1</sup> The *ELRA* relates only to the registration of long guns. It does not affect the licensing or authorization of individuals by the CFOs.

registre : art. 90. Dans les faits, l’accès à ces registres était assuré par le Système canadien d’information relativement aux armes à feu (« SCIRAF »), une base de données électronique administrée par la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »). Le gouvernement provincial pouvait accéder à tous les renseignements sur l’enregistrement et la délivrance de permis dans l’ensemble des registres grâce à la base de données du SCIRAF, mais le pouvoir légal des contrôleurs provinciaux ne leur permettait que d’ajouter et de modifier des données dans leur registre de permis respectif : art. 87 et 90.

[7] En avril 2012, le Parlement a adopté la *LARA*, qui supprime l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule et décriminalise la possession d’une arme d’épaule non enregistrée. L’obligation d’enregistrer les armes prohibées et les armes à autorisation restreinte demeure en vigueur, et les registres continuent de recueillir et de conserver les données en question<sup>1</sup>. L’article 29 de la *LARA* exige la destruction de tous les fichiers relatifs à l’enregistrement des armes à feu autres que les armes prohibées ou les armes à autorisation restreinte qui se trouvent dans les registres :

**29.** (1) Le commissaire aux armes à feu veille à ce que, dès que possible, tous les registres et fichiers relatifs à l’enregistrement des armes à feu autres que les armes à feu prohibées ou les armes à feu à autorisation restreinte qui se trouvent dans le Registre canadien des armes à feu, ainsi que toute copie de ceux-ci qui relève de lui soient détruits.

(2) Chaque contrôleur des armes à feu veille à ce que, dès que possible, tous les registres et fichiers relatifs à l’enregistrement des armes à feu autres que les armes à feu prohibées ou les armes à feu à autorisation restreinte qui relèvent de lui, ainsi que toute copie de ceux-ci qui relève de lui soient détruits.

(3) Les articles 12 et 13 de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* et les paragraphes 6(1) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s’appliquent pas relativement à la destruction des registres, fichiers et copies mentionnés aux paragraphes (1) et (2).

<sup>1</sup> La *LARA* ne se rapporte qu’à l’enregistrement des armes d’épaule. Elle n’a aucun effet sur les permis et autorisations délivrés par le Contrôleur.

[8] When it became clear that Canada was going forward with the repeal of the registration requirement for long guns, Quebec expressed its intention to create its own long-gun registry and asked the federal authorities for the data connected to Quebec contained in the CFR. Canada refused and made clear that it intended to permanently destroy all data related to the registration of long guns. In light of this refusal, Quebec sought a declaration that s. 29 of the *ELRA* is *ultra vires* (that is, beyond the powers of Parliament), and that Quebec has a right to obtain the data. To date, the Quebec National Assembly has not enacted legislation creating a provincial long-gun registry.

B. *Superior Court of Quebec, 2012 QCCS 4202*

[9] In the Superior Court, Blanchard J. held that the CFR is the result of concerted efforts between the different levels of government (federal, provincial and municipal) and is therefore a result of cooperative federalism. Finding that the pith and substance of s. 29 is to prevent provincial governments from exercising their legislative competence by precluding them from using the product of this partnership, he held that s. 29 amounts to a violation of the principle of cooperative federalism and is *ultra vires* the powers of Parliament to legislate in relation to criminal law.

[10] In addition to declaring s. 29 of the *ELRA* unconstitutional as it applies to data connected to Quebec, Blanchard J. ordered Canada to transfer that data to the province.

C. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 1138*

[11] A five-judge panel of the Court of Appeal unanimously reversed the decision of Blanchard J.

[12] Writing for the Court of Appeal, Duval Hesler C.J.Q. held that Blanchard J. confounded some aspects of the Canadian Firearms Registration

[8] Quand il est devenu évident que le Canada allait de l'avant avec la suppression de l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule, le Québec a fait part de son intention de créer son propre registre des armes d'épaule et demandé aux autorités fédérales les données du RCAF qui ont un lien avec le Québec. Le Canada a refusé et affirmé clairement qu'il entendait détruire de façon permanente toutes les données relatives à l'enregistrement des armes d'épaule. Face à ce refus, le Québec a demandé un jugement déclaratoire portant que l'art. 29 de la *LARA* est *ultra vires* (c'est-à-dire qu'il outrepassé les pouvoirs du Parlement) et que le Québec a le droit d'obtenir les données. À ce jour, l'Assemblée nationale du Québec n'a pas adopté de loi créant un registre provincial des armes d'épaule.

B. *Cour supérieure du Québec, 2012 QCCS 4202, [2012] R.J.Q. 1895*

[9] En Cour supérieure, le juge Blanchard a déclaré que le RCAF découle des efforts concertés des paliers des gouvernements municipaux, provinciaux et fédéral et constitue ainsi un exemple des fruits du fédéralisme coopératif. Estimant que l'art. 29 vise, de par son caractère véritable, à empêcher les gouvernements provinciaux d'exercer leur compétence législative en utilisant les fruits de ce partenariat, il a conclu que l'art. 29 équivaut à une violation du principe du fédéralisme coopératif et excède le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel.

[10] En plus de déclarer l'art. 29 de la *LARA* inconstitutionnel dans le cas des données liées au Québec, le juge Blanchard a ordonné au Canada de transférer ces données à la province.

C. *Cour d'appel du Québec, 2013 QCCA 1138, [2013] R.J.Q. 1023*

[11] Une formation de cinq juges de la Cour d'appel a infirmé à l'unanimité la décision du juge Blanchard.

[12] S'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge en chef Duval Hesler a décidé que le juge Blanchard avait confondu certains aspects du

System. This confusion resulted in an erroneous finding of fact that the CFR is the result of a partnership between both orders of government. That being said, Duval Hesler C.J.Q. concluded that this error was of little significance since, in her view, Parliament clearly has the power to destroy the data independent of the existence of any federal-provincial partnership.

[13] The Court of Appeal reasoned that, since this Court held in the *Reference re Firearms Act* that the creation of the CFR was *intra vires* (that is, within the authority of) the federal Parliament, Parliament can also legislate to destroy it. It also held that the principle of cooperative federalism cannot be used to supersede the formal division of powers provided in the *Constitution Act, 1867*.

[14] Finally, the Court of Appeal determined that Quebec has no right to obtain the data. The facts that Quebec had chosen to appoint a CFO and that both governments had entered into a financial agreement did not have the effect of granting Quebec any property right in the data.

### III. Analysis

#### A. *Does the Principle of Cooperative Federalism Prevent Parliament From Legislating to Dispose of the Data?*

[15] Quebec invokes the principle of cooperative federalism in support of both its argument that s. 29 of the *ELRA* is *ultra vires* and its claim that Quebec has the right to receive the data contained in the CFR related to long guns connected to Quebec. In essence, Quebec is asking us to recognize that the principle of cooperative federalism prevents Canada and the provinces from acting or legislating in a way that would hinder cooperation between both orders of government, especially in spheres of concurrent jurisdiction.

[16] In our respectful view, Quebec's position has no foundation in our constitutional law and is contrary to the governing authorities from this Court.

Système canadien d'enregistrement des armes à feu. Cette confusion l'a amené à tirer une conclusion de fait erronée voulant que le RCAF soit le fruit d'un partenariat entre les deux ordres de gouvernement. Cela dit, la juge en chef Duval Hesler a conclu que cette erreur importait peu car, à son avis, le Parlement a clairement le pouvoir de détruire les données, indépendamment de l'existence d'un partenariat fédéral-provincial.

[13] La Cour d'appel a estimé que, comme notre Cour a conclu dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* que la création du RCAF relevait du Parlement fédéral, ce dernier peut également légiférer pour le détruire. Elle a aussi jugé que le principe du fédéralisme coopératif ne peut pas remplacer le partage officiel des compétences prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[14] Enfin, la Cour d'appel a décidé que le Québec n'a pas le droit d'obtenir les données. Les faits que le Québec avait choisi de nommer un Contrôleur et que les deux gouvernements avaient conclu une entente financière ne conféraient pas au Québec un droit de propriété sur les données.

### III. Analyse

#### A. *Le principe du fédéralisme coopératif empêche-t-il le Parlement de légiférer pour disposer des données?*

[15] Le Québec invoque le principe du fédéralisme coopératif pour soutenir à la fois que l'art. 29 de la *LARA* est *ultra vires* et qu'il a le droit de recevoir les données contenues dans le RCAF qui portent sur les armes d'épaule liées à cette province. Le Québec nous demande essentiellement de reconnaître que ce principe empêche le Canada et les provinces d'agir ou de légiférer de manière à nuire à la collaboration entre les deux ordres de gouvernement, surtout dans les domaines de compétence concurrente.

[16] À notre avis, la thèse du Québec est dépourvue de fondement en droit constitutionnel canadien et contraire à la jurisprudence applicable de notre Cour.

[17] Cooperative federalism is a concept used to describe the “network of relationships between the executives of the central and regional governments [through which] mechanisms are developed, especially fiscal mechanisms, which allow a continuous redistribution of powers and resources without recourse to the courts or the amending process”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 5-46; see also W. R. Lederman, “Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism”, in *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 314. From this descriptive concept of cooperative federalism, courts have developed a legal principle that has been invoked to provide flexibility in separation of powers doctrines, such as federal paramountcy and interjurisdictional immunity. It is used to facilitate interlocking federal and provincial legislative schemes and to avoid unnecessary constraints on provincial legislative action: see, e.g., *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 24 and 43; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292, at para. 15; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at paras. 44-45; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 63. With respect to interjurisdictional immunity, for example, the principle of cooperative federalism has been relied on to explain and justify relaxing a rigid, watertight compartments approach to the division of legislative power that unnecessarily constrains legislative action by the other order 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” (*Canadian Western Bank*, at para. 37).

[18] However, we must also recognize the limits of the principle of cooperative federalism. The primacy of our written Constitution remains one of the

[17] La notion de fédéralisme coopératif sert à décrire le [TRADUCTION] « faisceau de rapports entre l’exécutif du gouvernement central et celui des gouvernements régionaux [au moyen duquel] des mécanismes, tout particulièrement des mécanismes financiers, sont établis pour permettre une répartition continue des pouvoirs et des ressources sans recourir aux tribunaux ou à la procédure d’amendement » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 5-46; voir aussi W. R. Lederman, « Some Forms and Limitations of Co-Operative Federalism », dans *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), 314. Les tribunaux se sont servis de cette notion descriptive de fédéralisme coopératif pour élaborer un principe juridique qui a été invoqué pour assouplir les doctrines touchant le partage des pouvoirs telles la prépondérance fédérale et l’exclusivité des compétences. Elle est utilisée pour faciliter l’intégration des régimes législatifs fédéraux et provinciaux et éviter l’imposition de contraintes inutiles aux interventions législatives provinciales : voir, p. ex., *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 43; *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292, par. 15; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 44-45; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 63. Quant à l’exclusivité des compétences, par exemple, on a employé le principe du fédéralisme coopératif pour expliquer et justifier l’assouplissement d’une interprétation, stricte et fondée sur des compartiments étanches, du partage des compétences législatives qui restreint inutilement l’intervention législative de l’autre ordre 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 » (*Banque canadienne de l’Ouest*, par. 37).

[18] Toutefois, nous devons également reconnaître les limites du principe du fédéralisme coopératif. La primauté de notre Constitution écrite



fundamental tenets of our constitutional framework: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 53. This is especially the case with regard to the division of powers:

. . . the text of the federal constitution as authoritatively interpreted in the courts remains very important. It tells us who can act in any event. In other words, constitutionally it must always be possible in a federal country to ask and answer the question — What happens if the federal and provincial governments do not agree about a particular measure of co-operative action? Then which government and legislative body has power to do what? [Emphasis added; footnote omitted.]

(Lederman, at p. 315)

[19] The principle of cooperative federalism, therefore, cannot be seen as imposing limits on the otherwise valid exercise of legislative competence: *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 421. This was recently reiterated by this Court in its unanimous opinion in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at paras. 61-62:

While flexibility and cooperation are important to federalism, they cannot override or modify the separation of powers. The *Secession Reference* affirmed federalism as an underlying constitutional principle that demands respect for the constitutional division of powers and the maintenance of a constitutional balance between federal and provincial powers.

In summary, notwithstanding the Court’s promotion of cooperative and flexible federalism, the constitutional boundaries that underlie the division of powers must be respected. The “dominant tide” of flexible federalism, however strong its pull may be, cannot sweep designated powers out to sea, nor erode the constitutional balance inherent in the Canadian federal state. [Emphasis added.]

[20] In our respectful view, the principle of cooperative federalism does not assist Quebec in this case. Neither this Court’s jurisprudence nor the text

demeure l’un des préceptes fondamentaux de notre régime constitutionnel : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 53. Cela est tout particulièrement vrai dans le cas du partage des compétences :

[TRADUCTION] . . . le texte de la constitution fédérale qui a été interprété péremptoirement par les tribunaux reste très important. Il nous dit qui peut agir, quelle que soit la situation. Autrement dit, sur le plan constitutionnel, il doit toujours être possible dans un pays fédéral de se poser la question « Que se passe-t-il si les gouvernements fédéral et provinciaux ne s’entendent pas sur une mesure de coopération en particulier? » et d’y répondre. Alors quels gouvernement et organe législatif ont le pouvoir de faire quoi? [Nous soulignons; note de bas de page omise.]

(Lederman, p. 315)

[19] On ne peut donc considérer que le principe du fédéralisme coopératif impose des limites à l’exercice par ailleurs valide d’une compétence législative : *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 421. Notre Cour l’a répété récemment dans son arrêt unanime *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 61-62 :

Bien que les principes de flexibilité et de coopération soient importants pour le bon fonctionnement d’un État fédéral, ils ne peuvent l’emporter sur le partage des compétences ou le modifier. Le *Renvoi relatif à la sécession* a confirmé que le fédéralisme est un principe constitutionnel sous-jacent qui exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d’un équilibre constitutionnel entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces.

En somme, même si la Cour préconise un fédéralisme coopératif et souple, les frontières constitutionnelles qui sous-tendent le partage des compétences doivent être respectées. Le « courant dominant » du fédéralisme souple, aussi fort soit-il, ne peut autoriser à jeter des pouvoirs spécifiques par-dessus bord, ni à éroder l’équilibre constitutionnel inhérent à l’État fédéral canadien. [Nous soulignons.]

[20] À notre avis, le principe du fédéralisme coopératif n’est d’aucune utilité au Québec en l’espèce. Ni la jurisprudence de notre Cour ni le texte

of the *Constitution Act, 1867* supports using that principle to limit the scope of legislative authority or to impose a positive obligation to facilitate cooperation where the constitutional division of powers authorizes unilateral action. To hold otherwise would undermine parliamentary sovereignty and create legal uncertainty whenever one order of government adopted legislation having some impact on the policy objectives of another. Paradoxically, such an approach could discourage the practice of cooperative federalism for fear that cooperative measures could risk diminishing a government's legislative authority to act alone.

[21] We conclude that the principle of cooperative federalism does not prevent Parliament from exercising legislative authority that it otherwise possesses to dispose of the data.

*B. Does Quebec Have the Right to Obtain the Data?*

[22] Quebec submits that it has a right to receive the long-gun registration data from the federal government whether or not Parliament is constitutionally entitled to legislate with respect to the fate of the data. In addition to the principle of cooperative federalism considered above, Quebec relies on the findings of the trial judge that Quebec's contributions to the data contained in the CFR render the data the result of a federal-provincial partnership. We note here that there is a factual disagreement with regard to whether or not the data contained in the CFR is in fact the result of a cooperative effort. The Court of Appeal was of the opinion that the conclusions of Blanchard J. on this matter were based on a palpable error of fact. In our view, this disagreement has no impact on the outcome of this case.

[23] We agree with the conclusion of our colleagues LeBel, Wagner and Gascon JJ. that Quebec "has not established a legal basis for its claim to the data": para. 198. We do so for three reasons.

de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fondent l'emploi de ce principe pour restreindre la portée de la compétence législative ou imposer l'obligation positive de faciliter la coopération lorsque le partage constitutionnel des pouvoirs autorise une intervention unilatérale. En décider autrement minerait la souveraineté parlementaire et créerait un flou juridique chaque fois qu'un ordre de gouvernement adopte une loi qui a une certaine incidence sur les objectifs de politique générale de l'autre. Paradoxalement, une telle approche pourrait décourager la pratique du fédéralisme coopératif par crainte que les mesures de coopération affaiblissent le pouvoir législatif d'un gouvernement d'agir seul.

[21] Nous concluons que le principe du fédéralisme coopératif n'empêche pas le Parlement d'exercer une compétence législative qu'il possède par ailleurs pour disposer des données.

*B. Le Québec a-t-il le droit d'obtenir les données?*

[22] Le Québec prétend avoir le droit de recevoir du gouvernement fédéral les données sur l'enregistrement des armes d'épaule, que le Parlement soit ou non habilité par la Constitution à légiférer relativement au sort des données. Outre le principe du fédéralisme coopératif examiné précédemment, le Québec se fonde sur les conclusions du juge de première instance selon lesquelles les contributions du Québec aux données contenues dans le RCAF font de celles-ci le fruit d'un partenariat fédéral-provincial. Nous soulignons ici qu'il y a un désaccord d'ordre factuel quant à savoir si les données contenues dans le RCAF sont bel et bien le fruit d'un effort de coopération. La Cour d'appel a estimé que les conclusions du juge Blanchard sur ce point tenaient à une erreur de fait manifeste. À notre avis, ce désaccord n'a aucune incidence sur l'issue de la présente affaire.

[23] Nous souscrivons à la conclusion de nos collègues les juges LeBel, Wagner et Gascon que le Québec « n'a pas établi de fondement juridique à sa revendication des données » (par. 198), et ce pour trois raisons.

[24] First, as mentioned above, the principle of cooperative federalism does not limit the scope of the legislative powers assigned by the Constitution.

[25] Second, Quebec's alleged right to obtain the data arises from its expectation of having continuing access to that data regardless of changes to federal legislation. We cannot agree that the provinces' reliance on the existence of the data can limit Parliament's capacity to destroy a registry, which — as explained below — flows exclusively from its criminal law head of power. Accepting this position would circumvent or effectively overturn this Court's rejection of the "legitimate expectation" doctrine. This Court has made it clear that a province's legitimate expectation of action that the federal government would or would not undertake, even an expectation relating to financial considerations, cannot bind Parliament's legislative action: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 557-59; see also *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at para. 59, and *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40, at para. 39. Quebec's position would also mean by extrapolation that the adoption of the *Firearms Act* had a binding effect — the continued existence of the CFR data — which Parliament cannot undo alone. That conclusion must also be rejected; it is contrary to the established constitutional principle that Parliament cannot, through ordinary legislation, fetter itself by inhibiting future legislative action: *Reference re Securities Act*, at para. 119; Hogg, at pp. 12-8 and 12-9.

[26] Third, even if the data accessible through the CFR was the result of a cooperative effort, as asserted by Quebec, any effort on Quebec's part was statutorily limited to the licensing data held in the CFO's licensing registry. The *Firearms Act* did not empower this officer to modify or contribute to the registration certificate data compiled and maintained by the Registrar, nor did the CFO act in her capacity as a provincial official in maintaining the

[24] Premièrement, nous le répétons, le principe du fédéralisme coopératif ne limite pas la portée des pouvoirs législatifs dévolus par la Constitution.

[25] Deuxièmement, le droit allégué du Québec d'obtenir les données prend sa source dans le fait qu'il s'attend à bénéficier d'un accès continu à celles-ci, peu importe les modifications apportées à la loi fédérale. Nous ne pouvons souscrire à l'opinion selon laquelle le fait que les provinces comptent sur l'existence des données peut limiter la capacité du Parlement de détruire un registre qui, comme nous l'expliquerons plus loin, découle exclusivement de son chef de compétence concernant le droit criminel. Si nous retenions cette thèse, cela aurait pour effet de contourner ou d'infirmer concrètement le rejet, par notre Cour, de la théorie de l'« expectative légitime ». Notre Cour a clairement affirmé que l'attente légitime d'une province concernant la mesure que le gouvernement fédéral prendrait ou non, même une attente relative à des considérations financières, ne saurait lier l'intervention législative du Parlement : *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 557-559; voir aussi *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, par. 59, et *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40, par. 39. La thèse du Québec signifierait aussi, par extrapolation, que l'adoption de la *Loi sur les armes à feu* a eu un effet contraignant — le maintien des données du RCAF — que le Parlement n'est pas à même de défaire seul. Il faut également rejeter cette conclusion; elle est contraire au principe constitutionnel établi voulant que le Parlement ne puisse entraver, au moyen d'une loi ordinaire, l'exercice futur de son pouvoir de légiférer : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 119; Hogg, p. 12-8 et 12-9.

[26] Troisièmement, même si les données accessibles par l'entremise du RCAF étaient le fruit d'un effort de coopération, comme le fait valoir le Québec, tout effort de sa part était limité de par la loi aux données sur les permis conservées dans le registre des permis de la Contrôleure. La *Loi sur les armes à feu* n'a pas habilité cette fonctionnaire à modifier les données recueillies et conservées par le Directeur relativement aux certificats d'enregistrement ou à

licensing registry. As s. 29 of the *ELRA* contemplates the registration data, not the licensing data, we agree with the Quebec Court of Appeal that [TRANSLATION] “this claim fails to demonstrate that there is a right to the data in the CFR or that Quebec participated in the creation of the CFR”: para. 57 (CanLII). In addition, we note that Quebec’s argument relies on agreements between the federal and provincial governments, and on other pieces of evidence which include RCMP documents, federal-provincial funding agreements, and statements from politicians and other officials involved. These legal instruments and pieces of evidence are unquestionably subordinate to parliamentary sovereignty and can therefore be displaced by valid federal legislation. Moreover, even if, as Quebec submits, there is no legal obstacle to the federal government transferring the data to Quebec, the absence of a legal obstacle to undertaking a given action does not, alone, create a legal obligation to do so.

C. *Is Section 29 Ultra Vires Parliament’s Criminal Law Power?*

(1) Applicable Legal Principles

[27] The Constitution confers on Parliament the exclusive authority to legislate with respect to, among others, “all [m]atters” coming within “[t]he Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters”: *Constitution Act, 1867*, s. 91(27). In that regard, the Chief Justice stated the following constitutional question in this case:

Is s. 29 of the *Ending the Long-gun Registry Act*, S.C. 2012, c. 6, *ultra vires* Parliament having regard to its criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[28] To answer this question, we first characterize the law — that is, determine its subject matter or

en ajouter, et la Contrôleure n’a pas agi non plus comme fonctionnaire provinciale en tenant le registre des permis. Puisque l’art. 29 de la *LARA* vise les données sur l’enregistrement et non celles sur les permis, nous convenons avec la Cour d’appel du Québec que « cette prétention ne permet pas ni de démontrer un droit aux données du RCAF, ni de démontrer que le Québec a participé à la confection du RCAF » : par. 57. De plus, nous faisons remarquer que l’argument du Québec repose sur des ententes intervenues entre le gouvernement fédéral et les provinces de même que sur d’autres éléments de preuve, notamment des documents de la GRC, des ententes de financement fédérales-provinciales et des déclarations de politiciens et bureaucrates concernés. Ces documents juridiques et éléments de preuve sont indéniablement subordonnés à la souveraineté parlementaire et ils peuvent donc être écartés par une loi fédérale valide. Qui plus est, même si, comme le soutient le Québec, aucun obstacle juridique n’empêche le gouvernement fédéral de transférer les données au Québec, l’absence d’un tel obstacle à la prise d’une mesure donnée ne crée pas à elle seule l’obligation juridique de prendre cette mesure.

C. *L’article 29 outrepassé-t-il la compétence du Parlement en matière de droit criminel?*

(1) Principes juridiques applicables

[27] La Constitution confère au Parlement le pouvoir exclusif de légiférer notamment à l’égard de « toutes les matières » qui relèvent de « [l]a loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle » : *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(27). À cet égard, la Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante en l’espèce :

L’article 29 de la *Loi sur l’abolition du registre des armes d’épaule*, L.C. 2012, c. 6, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[28] Pour répondre à cette question, nous commençons par qualifier la loi, c’est-à-dire établir son

“pith and substance” — and then classify it as to whether it is in relation to the subject of criminal law and procedure.

[29] The “pith and substance” analysis involves determining the law’s “dominant purpose or true character”: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29. As Binnie and LeBel JJ. put it in *Canadian Western Bank*, at para. 26: “This initial analysis consists of an inquiry into the true nature of the law in question for the purpose of identifying the ‘matter’ to which it essentially relates” (emphasis added). The object of the exercise is to determine whether that “matter” comes within a particular class of subjects for the purpose of determining which order of government can legislate. Both the law’s purpose and its legal and practical effects are considered as part of this analysis: *Reference re Securities Act*, at paras. 63-64; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 53-54. Care must be taken, however, not to confuse the law’s purpose with “the means chosen to achieve it”: *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, at para. 25.

[30] Where the challenge concerns a particular provision which forms part of a larger scheme, the pith and substance analysis begins with the challenged provision: *Kitkatla Band*, at para. 56. However, the “matter” of the provision must be considered in the context of the larger scheme, as its relationship to that scheme may be an important consideration in determining its pith and substance: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at paras. 20-21.

[31] Courts must be careful not to endorse a “colourable” statute, that is, one that in form appears to relate to a matter within the legislative competence of the enacting order of government, but in substance addresses a matter falling outside its competence: see Hogg, at p. 15-19; *Reference re Upper*

objet ou « caractère véritable », puis déterminons si elle se rapporte au droit et à la procédure criminels.

[29] L’analyse du « caractère véritable » consiste à établir « [l’]objet principal ou [. . .] [l’]idée maîtresse » de la loi : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29. Comme l’ont dit les juges Binnie et LeBel dans *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 26 : « Cette première analyse consiste dans une recherche sur la nature véritable de la loi en question afin d’identifier la “matière” sur laquelle elle porte essentiellement » (nous soulignons). L’objet de l’exercice est de déterminer si la « matière » en cause fait partie d’une catégorie particulière de sujets afin de décider quel ordre de gouvernement peut légiférer. Tant l’objet de la loi que ses effets juridiques et effets concrets sont considérés comme faisant partie de cette analyse : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 63-64; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20; *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. 53-54. Il faut toutefois éviter soigneusement de confondre l’objet de la loi et « les moyens choisis pour réaliser cet objet » : *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569, par. 25.

[30] Lorsque la contestation vise la disposition précise d’un régime général, l’analyse du caractère véritable a comme point de départ la disposition attaquée : *Bande Kitkatla*, par. 56. La « matière » de la disposition doit cependant être examinée dans le contexte du régime général, vu que son lien avec ce régime peut être une considération importante lorsqu’il s’agit d’établir son caractère véritable : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 20-21.

[31] Les tribunaux doivent toutefois prendre garde de donner leur aval à une loi « déguisée », c’est-à-dire une loi qui, de par sa forme, semble porter sur une matière ressortissant à la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, mais qui traite au fond d’une matière

*Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297. The colourability doctrine simply means that “form is not controlling in the determination of essential character”: A. S. Abel, “The Neglected Logic of 91 and 92” (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, at p. 494; Hogg, at p. 15-20. Courts are, for good reasons, reluctant to find legislation to be colourable: H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 464. There is a danger that any broader application of the colourability doctrine may lead the courts to exceed their role of determining the constitutionality of legislation and, instead, express disapproval of either the policy of the statute or the means by which the legislation seeks to carry it out: Hogg, at p. 15-20; see also *Ward*, at para. 26.

[32] Once the subject matter has been identified, the next step of the pith and substance analysis consists of classifying the legislation or provision in relation to the division of legislative power in the Constitution. Here, we must determine whether the “matter” of s. 29 of the *ELRA* comes within the “subject” of criminal law, a head of power attributed to Parliament at s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. This classification exercise may — and often does — involve defining the scope of the relevant head or heads of power: *Reference re Securities Act*, at para. 65. If the “matter” of the legislation comes within the “subject” of the head of power of the enacting order of government, the legislation is *intra vires* even if it has incidental effects on the other jurisdiction’s legislative competence (subject to federal paramountcy in the case of provincial legislation): *Reference re Firearms Act*, at para. 49.

[33] This point takes on special importance when considering the classification of a law, like this one, that undoes a previously enacted scheme. In classifying legislation that undoes an existing legislative scheme, due regard must be paid to the proper classification of that scheme. Consider the example of the repeal of a criminal offence. The scope of the criminal law power extends to laws that create a

dépassant sa compétence : voir Hogg, p. 15-19; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297. La théorie du détournement de pouvoir veut simplement dire que [TRADUCTION] « la forme n’est pas déterminante lorsqu’il s’agit d’établir le caractère essentiel » : A. S. Abel, « The Neglected Logic of 91 and 92 » (1969), 19 *U.T.L.J.* 487, p. 494; Hogg, p. 15-20. Les tribunaux sont, à juste titre, réticents à conclure qu’une loi est déguisée : H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 464. Une application plus étendue de la théorie du détournement de pouvoir risque d’amener les tribunaux à dépasser leur fonction de statuer sur la constitutionnalité d’une loi et à manifester plutôt leur désapprobation soit du principe directeur du texte législatif, soit du moyen par lequel la loi cherche à l’appliquer : Hogg, p. 15-20; voir également *Ward*, par. 26.

[32] Une fois l’objet cerné, la prochaine étape de l’analyse du caractère véritable consiste à classer la loi ou la disposition par rapport au partage des compétences législatives prévu par la Constitution. En l’espèce, nous devons décider si la « matière » de l’art. 29 de la *LARA* relève du « sujet » du droit criminel, un domaine de compétence attribué au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette classification peut impliquer — et implique souvent — que l’on définisse la nature et l’étendue du ou des chefs de compétence applicables : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 65. Lorsque la « matière » de la loi relève du « sujet » du domaine de compétence dévolu à l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, la loi est *intra vires* même si elle a des effets accessoires sur la compétence législative de l’autre ressort (sous réserve de la prépondérance fédérale dans le cas d’une loi provinciale) : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 49.

[33] Cet élément revêt une importance particulière lorsque vient le temps d’examiner la classification d’une loi, comme celle en l’espèce, qui défait un régime antérieur. Pour classer une loi qui défait un régime législatif en vigueur, il faut tenir dûment compte du bon classement de ce régime. Prenez l’exemple de l’abrogation d’une infraction criminelle. La compétence en matière de

prohibition backed by a penalty for a criminal law purpose: *Reference re Firearms Act*, at para. 27. A law creating a true criminal offence clearly has these features, but a law repealing that same offence does not; the latter does not create a prohibition backed by a penalty for a criminal law purpose. The repealing enactment, however, is clearly criminal law because the “matter” of that law comes within the same criminal law subject as did the provision it seeks to repeal. This is why Quebec is clearly right in this case not to question Parliament’s authority to repeal the long-gun registry scheme, and to restrict its challenge to s. 29 of the *ELRA*, which provides for the destruction of the data. The fatal flaw in Quebec’s analysis, however, is that in characterizing the pith and substance of s. 29, it ignores the place of the data gathering and retention provisions in the overall scheme.

(2) Application

(a) *The “Matter” of Section 29*

[34] In essence, Quebec submits that the pith and substance of s. 29 of the *ELRA* is to prevent the long-gun registry from being continued through provincial legislation. Although Quebec does not suggest that this “matter” comes within any of the enumerated heads of provincial legislative power, it submits nonetheless that the federal legislation is not a valid exercise of the criminal law power because it [TRANSLATION] “encroaches massively on the ability of a provincial legislature to exercise as it sees fit its powers with respect to the administration of justice, public safety, the prevention of crime and the social costs associated with crime”: A.F., at para. 122; see also para. 115. Quebec relies on several statements made by the Prime Minister and other federal cabinet ministers to the effect that Canada’s objective is to put a definite end to the long-gun registry by destroying the data contained in the CFR connected to long guns, and that they will do nothing to support any province or territory who would like to create a local

droit criminel s’étend aux lois qui prévoient une nouvelle interdiction assortie d’une sanction pour réaliser un objet de droit criminel : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 27. Une loi créant une authentique infraction criminelle possède clairement ces caractéristiques, mais pas une loi abrogeant cette infraction : la deuxième ne prévoit pas une interdiction assortie d’une sanction pour réaliser un objet de droit criminel. Par contre, la loi abrogative ressortit clairement au droit criminel parce que la « matière » de cette loi fait partie du même sujet de droit criminel que la disposition qu’elle vise à abroger. Voilà pourquoi le Québec a clairement raison dans le cas présent de ne pas mettre en doute le pouvoir du Parlement d’abroger le régime d’enregistrement des armes d’épaule, et de limiter sa contestation à l’art. 29 de la *LARA* qui prévoit la destruction des données. Il y a cependant une lacune fatale dans l’analyse du Québec : en qualifiant le caractère véritable de l’art. 29, il néglige la place qu’occupent les dispositions relatives à la cueillette et à la conservation des données dans le régime général.

(2) Application

a) *La « matière » de l’art. 29*

[34] Le Québec prétend essentiellement que l’art. 29 de la *LARA* vise, de par son caractère véritable, à empêcher le maintien du registre des armes d’épaule par une loi provinciale. Bien que le Québec n’affirme pas que cette « matière » relève d’un ou l’autre des chefs de compétence provinciaux énumérés, il soutient néanmoins que la loi fédérale ne constitue pas un exercice valide de la compétence en droit criminel car elle « empiète de façon massive sur la capacité de la législature provinciale d’exercer comme elle l’entend ses compétences en matière d’administration de la justice, de sécurité publique, de prévention de la criminalité et des coûts sociaux qui lui sont associés » : m.a., par. 122; voir aussi le par. 115. Le Québec se fonde sur plusieurs déclarations du premier ministre et d’autres ministres fédéraux suivant lesquelles l’objectif du Canada est de mettre définitivement un terme au registre des armes d’épaule en détruisant les données contenues dans le RCAF qui sont liées à ces armes, et ils ne feront rien pour aider la province

long-gun registry. Quebec also submits that the effect of the destruction of the data will be to make it prohibitively expensive and complicated for the province to create its own long-gun registry. Section 29 of the *ELRA* therefore constitutes an encroachment on the province's powers.

[35] Canada submits that the subject matter of s. 29 is the same as the rest of the *ELRA*: to abolish the long-gun registry and put an end to what it considers an unwarranted intrusion into the private lives of Canadian gun owners. Canada also asserts that the practical effects of the destruction of the data on provinces who want to create their own gun control scheme do not change the pith and substance of the impugned provision.

[36] In our respectful view, the proper characterization of the “matter” of s. 29 of the *ELRA* derives from that of the scheme that it is undoing. In the *Reference re Firearms Act*, this Court held that both the criminal prohibition on possessing an unregistered firearm and the registration scheme provided for in the *Firearms Act* were valid public safety measures. It determined that the purpose of the scheme was to address “the problem of the misuse of firearms and the threat it poses to public safety”: para. 21. It also held that the effects of the scheme supported the conclusion that the *Firearms Act* is a public safety measure: para. 24. The Court rejected arguments from Ontario and Saskatchewan to the effect that the “matter” of the registration and data retention provisions, which s. 29 seeks to dismantle, was the regulation of property within the province. The Court concluded that the “matter” of these provisions was the same as the rest of the scheme — public safety — and that they should accordingly be classified as being in relation to the subject of criminal law:

We are not persuaded that the registration provisions can be severed from the rest of the Act, nor that they fail to serve Parliament's purpose in promoting public safety. The licensing provisions require everyone who possesses a gun to be licensed. The registration provisions require

ou le territoire qui souhaite créer un registre régional des armes d'épaule. Toujours selon le Québec, la destruction des données fera en sorte qu'il sera excessivement coûteux et difficile pour lui de créer son propre registre des armes d'épaule. L'article 29 de la *LARA* constitue donc un empiètement sur les pouvoirs de la province.

[35] Selon le Canada, l'art. 29 et les autres dispositions de la *LARA* partagent le même objet : abolir le registre des armes d'épaule et mettre un terme à ce qu'il considère être une intrusion injustifiée dans la vie privée des propriétaires canadiens d'armes à feu. Le Canada ajoute que les répercussions concrètes de la destruction des données sur les provinces désireuses de créer leur propre régime de contrôle des armes à feu ne modifient pas le caractère véritable de la disposition attaquée.

[36] À notre avis, la qualification correcte de la « matière » de l'art. 29 de la *LARA* est fonction de celle du régime que l'art. 29 défait. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, notre Cour a conclu que l'interdiction pénale de la possession d'une arme à feu non enregistrée et le régime d'enregistrement prévus par cette loi étaient des mesures valides de sécurité publique. Elle a décidé que le régime avait pour objet de régler « le problème de l'usage abusif des armes à feu et de la menace qu'il constitue pour la sécurité publique » : par. 21. Toujours selon notre Cour, les effets du régime appuyaient la conclusion que la *Loi sur les armes à feu* était une mesure de sécurité publique : par. 24. La Cour a rejeté les arguments de l'Ontario et de la Saskatchewan selon lesquels la réglementation des biens dans la province constituait la « matière » des dispositions relatives à l'enregistrement et à la conservation des données, dispositions que l'art. 29 vise à démanteler. Elle a conclu que leur « matière » était la même que celle des autres dispositions du régime — la sécurité publique — et qu'elles devraient donc être considérées comme ayant trait au droit criminel :

Nous ne sommes pas convaincus que les dispositions relatives à l'enregistrement peuvent être retranchées de la Loi, ni qu'elles ne servent pas l'objet de sécurité publique poursuivi par le Parlement. Les dispositions relatives aux permis obligent quiconque possède une arme à



all guns to be registered. The combination of the two parts of the scheme is intended to ensure that when a firearm is transferred from one person to another, the recipient is licensed. Absent a registration system, this would be impossible to ascertain. If a gun is found in the possession of an unlicensed person, the registration system permits the government to determine where the gun originated. With a registration scheme in place, licensed owners can be held responsible for the transfer of their weapons. . . . These interconnections demonstrate that the registration and licensing portions of the *Firearms Act* are both tightly linked to Parliament's goal in promoting safety by reducing the misuse of any and all firearms. Both portions are integral and necessary to the operation of the scheme. [Emphasis added.]

(*Reference re Firearms Act*, at para. 47)

[37] Viewed in this light, the “matter” of s. 29 is simply to determine what will happen with the data collected under a now repealed legislative scheme. Given that the “matter” of the registration scheme, including data collection, was found to be public safety in the *Reference re Firearms Act*, dealing with the collected data following the repeal of the scheme must share that same characterization. It is logical that the *ELRA* provides for what is to happen with the remains of the scheme that it repeals, and destroying the data is the means Parliament adopted to accomplish that purpose. This is not to say that every measure that is part of or consequent to the repeal of legislation invariably shares the pith and substance of the repealed scheme. However, in this case, the repealing enactment's purpose and effects are to determine what will happen to the data collected under the now repealed scheme, a scheme that the Court previously characterized as being in relation to public safety.

[38] Quebec's submissions, in our respectful view, confuse the subject matter of s. 29 of the *ELRA* with Canada's motives and the means employed by Parliament. In determining the true character of s. 29, we are not concerned with whether destroying the

feu à obtenir un permis. Les dispositions relatives à l'enregistrement exigent l'enregistrement de toutes les armes à feu. La combinaison des deux parties du régime vise à assurer que, lorsqu'une arme à feu change de propriétaire, le nouveau propriétaire ait un permis. Sans système d'enregistrement, cela serait impossible à vérifier. Si une arme à feu est trouvée en la possession d'une personne sans permis, le système d'enregistrement permet au gouvernement d'en déterminer la provenance. Avec un régime d'enregistrement en place, les propriétaires détenant un permis peuvent être tenus responsables de la cession de leurs armes. [. . .] Ces liens multiples démontrent que les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives à l'enregistrement et aux permis sont toutes deux étroitement liées au but visé par le Parlement, soit la promotion de la sécurité par la réduction de l'usage abusif de toutes les armes à feu. Ces deux catégories de dispositions sont partie intégrante et nécessaire du régime. [Nous soulignons.]

(*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 47)

[37] Vue sous cet angle, la « matière » de l'art. 29 consiste uniquement à déterminer ce qu'il adviendra des données recueillies en application d'un régime législatif désormais abrogé. Puisque la Cour a jugé, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, que la sécurité publique constituait la « matière » du régime d'enregistrement et de la collecte de données, le traitement des données après l'abrogation du régime doit partager la même qualification. Il est logique que la *LARA* indique le sort réservé aux vestiges du régime qu'elle abroge, et la destruction des données est le moyen choisi par le Parlement pour réaliser cet objectif. Cela ne veut pas dire que toute mesure faisant partie de l'abrogation de la loi ou en découlant a invariablement le même caractère véritable que le régime abrogé. Toutefois, en l'espèce, l'objet et les effets de la loi abrogative sont de déterminer ce qu'il adviendra des données recueillies en application du régime maintenant abrogé, que la Cour a déjà qualifié comme se rapportant à la sécurité publique.

[38] Nous sommes d'avis que le Québec confond dans son argumentation l'objet de l'art. 29 de la *LARA* ainsi que les motifs du Canada et le moyen employé par le Parlement. Pour déterminer la nature véritable de l'art. 29, nous ne nous intéressons

data is good policy, whether Canada's motives were sound, or whether the destruction of that data conflicts with the policy objectives of Quebec. We recognize that the federal government's ultimate goal may well have been to prevent Quebec from creating its own long-gun registry. We also accept that the destruction of the data is the means chosen by Canada because of its irremediable nature. That being said, these considerations are not indicative of a "colourable" purpose from a division of powers' perspective. An intention on the part of one level of government to prevent another from realizing a policy objective it disagrees with does not, on its own, lead to the conclusion that there is an encroachment on the other level of government's sphere of exclusive jurisdiction. The fact that s. 29 of the *ELRA* has the practical effect of making it more difficult financially for Quebec to create its own gun control regime does not, in light of the rejection of the legitimate expectations doctrine, affect the pith and substance of the provision. As Sopinka J. said in *Reference re Canada Assistance Plan*, "[i]mpact' [upon a constitutional interest outside Parliament's jurisdiction] with nothing more is clearly not enough to find that a statute encroaches upon the jurisdiction of the other level of government": p. 567. In our view, the practical effects of s. 29 do not exceed that threshold.

[39] Quebec also submits that an analogy can be drawn between the facts of this case and those in *Upper Churchill*, in which this Court held that Newfoundland legislation repealing a statutory lease granted to Hydro-Quebec was colourable because it was in fact expropriating rights situated outside the province: p. 335. This argument implies that s. 29 exceeds Parliament's criminal law jurisdiction and is a colourable attempt to legislate in relation to property and civil rights in the province: see P. Daly, "Dismantling Regulatory Structures: Canada's Long-Gun Registry as Case Study" (2014), 33 *N.J.C.L.* 169, at pp. 178-80.

pas aux questions de savoir s'il est judicieux de détruire les données, si les motifs du Canada étaient valables ou si la destruction de ces données est en conflit avec les objectifs de politique générale du Québec. Nous reconnaissons que le gouvernement fédéral avait fort possiblement comme but ultime d'empêcher le Québec de créer son propre registre des armes d'épaule. Nous convenons aussi que la destruction des données est le moyen choisi par le Canada en raison de son caractère irrémédiable. Cela dit, ces considérations ne dénotent pas un objet « déguisé » du point de vue du partage des compétences. L'intention d'un ordre de gouvernement d'empêcher un autre de réaliser un objectif de politique générale auquel il ne souscrit pas ne mène pas, à elle seule, à la conclusion qu'il y a empiètement sur le champ de compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement. Vu le rejet de la théorie de l'expectative légitime, le fait que l'art. 29 de la *LARA* a pour effet concret qu'il est plus difficile sur le plan financier pour le Québec de créer son propre régime de contrôle des armes à feu n'a pas d'incidence sur le caractère véritable de la disposition. Comme l'a dit le juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, « [d]e simples "répercussions" [sur un droit constitutionnel qui échappe à la compétence du Parlement], prises isolément, ne sont manifestement pas suffisantes pour conclure qu'une loi empiète sur la compétence de l'autre palier de gouvernement » : p. 567. Les effets concrets de l'art. 29 ne nous semblent pas dépasser ce seuil.

[39] Le Québec ajoute qu'il est possible de dresser un parallèle entre les faits de l'espèce et ceux de l'affaire *Upper Churchill*, où notre Cour a conclu qu'une loi terre-neuvienne abrogeant un bail législatif consenti à Hydro-Québec était déguisée parce qu'elle expropriait en fait des droits situés à l'extérieur de la province : p. 335. Cet argument laisse entendre que l'art. 29 excède la compétence du Parlement en matière de droit criminel et constitue une tentative déguisée de légiférer relativement à la propriété et aux droits civils dans la province : voir P. Daly, « Dismantling Regulatory Structures : Canada's Long-Gun Registry as Case Study » (2014), 33 *R.N.D.C.* 169, p. 178-180.

[40] We reject this argument. Like the Quebec Court of Appeal, we do not think that the principles in *Upper Churchill* are applicable to this case. As we have discussed earlier, s. 29 of the *ELRA* does not seek either in substance or in form to limit Quebec's legislative authority to create a provincial long-gun registry, whereas the impugned legislation in *Upper Churchill* did seek to interfere with Quebec's legislative authority. Rather, s. 29 simply prevents Quebec from using the data obtained through the federal long-gun registry in establishing a provincial registry. Quebec does not (and in our view could not) take the position that it could validly enact legislation that deals with what will happen with the data of the repealed scheme. That being the case, Parliament's enactment of s. 29 cannot be a colourable attempt to legislate in relation to a provincial head of power. In any event, there is no difference between the form and substance of the provisions at issue; both deal with what will happen to the data collected under the now repealed scheme. In our view, the doctrine of colourability is not engaged here.

[41] In summary, this Court has already been called upon in the *Reference re Firearms Act* to determine the pith and substance of the scheme enacted by the *Firearms Act*. In our view, legislation repealing the part of that scheme relating to long guns, including a provision addressing what will happen to the data collected thereunder, must be characterized in the same way. We conclude that s. 29, in essence, relates to public safety — as did the long-gun registration scheme being repealed by the balance of the *ELRA*.

(b) *Classification: Does Section 29 Come Within the Criminal Law Power?*

[42] Quebec submits that s. 29 cannot be a valid exercise of Parliament's criminal law power because it is not aimed at preventing crime or at decriminalizing any conduct. We disagree and would

[40] Nous rejetons cet argument. À l'instar de la Cour d'appel du Québec, nous ne croyons pas que les principes énoncés dans *Upper Churchill* s'appliquent en l'espèce. Comme nous l'avons déjà dit, l'art. 29 de la *LARA* ne vise, ni sur le plan du fond ni sur celui de la forme, à limiter le pouvoir législatif du Québec de créer un registre provincial des armes d'épaule, tandis que la loi contestée dans *Upper Churchill* cherchait à entraver ce pouvoir. L'article 29 ne fait plutôt qu'empêcher le Québec d'utiliser les données obtenues par le biais du registre fédéral des armes d'épaule pour constituer un registre provincial. Le Québec ne soutient pas (et ne peut pas soutenir selon nous) qu'il lui serait possible d'adopter valablement une loi qui porte sur le sort réservé aux données du régime abrogé. Par conséquent, l'adoption par le Parlement de l'art. 29 ne saurait constituer une tentative déguisée de légiférer à l'égard d'un chef de compétence provinciale. Quoiqu'il en soit, rien ne distingue la forme et le fond des dispositions en cause : leur forme et leur fond traitent tous deux de ce qu'il adviendra des données recueillies en application du régime maintenant abrogé. À notre avis, la théorie du détournement de pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire.

[41] En résumé, notre Cour a déjà été appelée, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, à déterminer le caractère véritable du régime mis en place par cette loi. Nous sommes d'avis qu'une loi abrogeant la partie de ce régime portant sur les armes d'épaule ainsi qu'une disposition indiquant ce qu'il adviendra des données recueillies en application du régime maintenant abrogé doivent être qualifiées de la même façon. Nous concluons que l'art. 29 concerne essentiellement la sécurité publique, tout comme le régime d'enregistrement des armes d'épaule abrogé par les autres dispositions de la *LARA*.

(b) *Classification : L'article 29 relève-t-il de la compétence en droit criminel?*

[42] Le Québec soutient que l'art. 29 ne peut constituer un exercice valide de la compétence du Parlement en droit criminel car il ne vise pas à prévenir le crime ou à décriminaliser une conduite.

hold that s. 29 of the *ELRA* falls under the criminal law head of power.

[43] It is not contested that the repeal of criminal provisions constitutes a valid exercise of the criminal law power: Hogg, at p. 18-21. We accept that there is a factual difference between repealing a criminal provision and providing for what will happen to the data collected under that provision. That being said, we are of the view that there is no significant legal distinction between these two actions in the current case because the data at issue here was collected exclusively through the exercise of the criminal law power. The power to repeal a criminal law provision must logically be wide enough to give Parliament jurisdiction to destroy the data collected for the purpose of a criminal law provision. If a law establishing a scheme requiring collection of data is legislation “in relation to” criminal law, then legislation providing for the destruction of that data on the repeal of the scheme must also be legislation “in relation to” criminal law. This is the case here.

[44] In addition, the prospect that Parliament would not have the power to destroy records under its control and created under a scheme validly enacted by it is concerning. Since we do not see how provinces could have the power to destroy the data contained in the federally enacted long-gun registry, Quebec’s position — if it were accepted — would suggest that neither Parliament nor provincial legislatures could legislate to destroy the data of the repealed scheme. We reject this proposition as it would run afoul of the principle that the *Constitution Act, 1867* provides for a complete division of powers between both orders of governments: *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.), at p. 581; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.). There is no topic that cannot be legislated upon: *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 34. Quebec’s proposition would also be inconsistent with the notion that Parliament possesses the

Nous ne sommes pas de cet avis et nous concluons que l’art. 29 de la *LARA* ressortit au chef de compétence concernant le droit criminel.

[43] Personne ne conteste que l’abrogation de dispositions pénales constitue un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel : Hogg, p. 18-21. Nous convenons qu’il existe, dans les faits, une différence entre l’abrogation d’une disposition pénale et le fait d’indiquer ce qu’il adviendra des données recueillies en application de cette disposition. Cela dit, nous estimons qu’il n’y a pas de distinction importante en droit entre ces deux mesures dans la présente affaire parce que les données en cause en l’espèce ont été recueillies exclusivement par l’exercice de la compétence en droit criminel. Le pouvoir d’abroger une disposition de droit criminel doit logiquement être assez large pour habiliter le Parlement à détruire les données recueillies pour l’application d’une telle disposition. Si une loi établissant un régime qui exige la collecte de données est une loi « relativ[e] » au droit criminel, alors une loi prévoyant la destruction de ces données lors de l’abrogation du régime doit aussi être une loi « relativ[e] » au droit criminel. C’est le cas en l’espèce.

[44] De plus, l’éventualité que le Parlement n’ait pas le pouvoir de détruire les fichiers relevant de lui et créés en application d’un régime qu’il a validement adopté est troublante. Puisque nous ne voyons pas en quoi les provinces pourraient jouir du pouvoir de détruire les données contenues dans le registre des armes d’épaule mis en place par le fédéral, la thèse du Québec — si elle était retenue — donnerait à penser que ni le Parlement, ni les législatures provinciales ne peuvent légiférer pour détruire les données du régime abrogé. Nous rejetons cette proposition, celle-ci allant à l’encontre du principe que la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit un partage complet des compétences entre les deux ordres de gouvernement : *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.), p. 581; *Attorney-General for Canada c. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (C.P.). Il n’existe aucun sujet à l’égard duquel une loi ne puisse être édictée : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC

residual power to legislate on subject matters that do not come within a provincial head of power: see, e.g., *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 326, and Hogg, at pp. 17-1 and 17-2.

[45] Therefore, we agree with the Quebec Court of Appeal that s. 29 of the *ELRA* should be characterized as being in relation to criminal law. It therefore falls within the legislative competence of Parliament.

#### IV. Disposition of the Appeal

[46] We would dismiss the appeal with costs throughout and answer the constitutional question as follows:

Is s. 29 of the *Ending the Long-gun Registry Act*, S.C. 2012, c. 6, *ultra vires* Parliament having regard to its criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

English version of the reasons of LeBel, Abella, Wagner and Gascon JJ. delivered by

LEBEL, WAGNER AND GASCON JJ. (dissenting) —

#### I. Introduction

[47] In 2012, Parliament enacted the *Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act*, S.C. 2012, c. 6 (short title *Ending the Long-gun Registry Act* (“*ELRA*”). This Act repeals the provisions of the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39 (“*FA*”), relating to the mandatory registration of long guns. Section 29 of the *ELRA* provides for the destruction, as soon as feasible, of all data compiled since 1998 with respect to the registration of such guns in Canada.

[48] The Quebec government, which considered the data to be the product of a federal-provincial partnership and wanted to continue registering long

79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 34. La proposition du Québec est aussi incompatible avec l’idée que le Parlement dispose du pouvoir résiduel de légiférer sur des sujets qui ne relèvent pas d’un chef de compétence provincial : voir, p. ex., *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 326, et Hogg, p. 17-1 et 17-2.

[45] Nous partageons donc l’avis de la Cour d’appel du Québec que l’art. 29 de la *LARA* devrait être considéré comme ayant trait au droit criminel et qu’il ressortit donc à la compétence législative du Parlement.

#### IV. Dispositif du pourvoi

[46] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de répondre comme suit à la question constitutionnelle :

L’article 29 de la *Loi sur l’abolition du registre des armes d’épaule*, L.C. 2012, c. 6, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Les motifs des juges LeBel, Abella, Wagner et Gascon ont été rendus par

LES JUGES LEBEL, WAGNER ET GASCON (dissidents) —

#### I. Introduction

[47] En 2012, le Parlement adopte la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu*, L.C. 2012, c. 6 (titre abrégé *Loi sur l’abolition du registre des armes d’épaule* (« *LARA* »)). Cette loi abroge les dispositions de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39 (« *LAF* »), relatives à l’enregistrement obligatoire des armes d’épaule. Son article 29 prévoit la destruction, dès que possible, de toutes les données accumulées depuis 1998 sur l’enregistrement des armes d’épaule au Canada.

[48] D’avis que les données visées découlent d’un partenariat fédéral-provincial, et soucieux de continuer l’enregistrement des armes d’épaule sur son

guns within its territory, then asked the federal government to transfer to it all data from Quebec concerning registration certificates for long guns. The federal government refused to do so, and the Attorney General of Quebec (“AGQ”) then instituted legal proceedings. According to the AGQ, the unilateral destruction of these data under s. 29 of the *ELRA* would be unconstitutional unless they were first transferred to Quebec.

[49] The Quebec Superior Court declared that s. 29 of the *ELRA* is unconstitutional and that Quebec is entitled to a transfer of these data. The Quebec Court of Appeal unanimously reversed that judgment. The AGQ now appeals to this Court. Our colleagues would dismiss the appeal.

[50] We are of the opinion that the appeal should be allowed, but only in part. This conclusion is dictated by the exceptional circumstances in which long-gun regulation was implemented in Canada. In our opinion, and this is where we diverge from our colleagues’ view, both the collection of the data with respect to long guns and the broader initiatives aimed at regulating the use of such guns were the result of a partnership with the provinces, including Quebec. Where an integrated scheme such as this requires the exercise of both federal and provincial legislative powers, the analytical framework for questions related to the division of powers must be adapted and applied accordingly. Whether the means the federal government adopted to terminate this partnership were constitutional can be measured, in particular, in terms of the effect they will have on its partners’ powers.

[51] The *ELRA* is the measure chosen by Parliament to end its participation in long-gun regulation. But s. 29 goes beyond the scope of that purpose, as it requires that the data in question be destroyed without providing for a possibility of their first being transferred to the provincial partners, which prevents the latter from using them in the exercise of their powers. This section has significant effects on Quebec’s legislative powers and is not necessary to the achievement of the *ELRA*’s purpose. Section 29 is therefore unconstitutional and should be declared to be invalid.

territoire, le gouvernement du Québec demande alors à son homologue fédéral de lui transférer les données québécoises relatives aux certificats d’enregistrement des armes d’épaule. Face au refus de ce dernier, le procureur général du Québec (« PGQ ») entame des procédures judiciaires. Selon lui, la destruction unilatérale de ces données prévue à l’art. 29 de la *LARA* est inconstitutionnelle sans le transfert préalable de celles-ci au Québec.

[49] La Cour supérieure du Québec déclare que l’art. 29 de la *LARA* est inconstitutionnel et que le Québec a le droit d’obtenir le transfert des données. La Cour d’appel du Québec à l’unanimité infirme ce jugement. Le PGQ se pourvoit devant notre Cour. Nos collègues sont d’avis de rejeter l’appel.

[50] Nous sommes d’avis que l’appel doit être accueilli, mais en partie seulement. Cette conclusion s’impose en raison du contexte inusité dans lequel le contrôle des armes d’épaule a été instauré au Canada. Selon nous, et c’est là où nous sommes en désaccord avec nos collègues, tant la collecte des données concernant les armes d’épaule que les initiatives plus larges visant à réglementer l’usage de ces armes se sont effectuées en partenariat avec les provinces, dont le Québec. En présence d’un tel régime intégré, qui fait appel à l’exercice de compétences législatives fédérale et provinciales, une application particulière du cadre d’analyse en matière de partage des compétences est requise. La constitutionnalité du moyen pris par le gouvernement fédéral pour mettre fin à ce partenariat se mesure notamment à l’aune des effets qu’il aura sur les compétences de ses partenaires.

[51] La *LARA* est le moyen qu’a choisi le Parlement pour mettre un terme à son rôle dans le contrôle des armes d’épaule. Mais l’article 29 a une portée plus large que cet objectif, puisqu’il ordonne la destruction des données en cause sans possibilité de transfert préalable aux partenaires provinciaux, ce qui les empêche de s’en servir dans l’exercice de leurs compétences. Cette disposition a des effets considérables sur les compétences législatives du Québec et n’est pas nécessaire à la réalisation de l’objectif poursuivi par la *LARA*. L’article 29 est donc inconstitutionnel et doit être déclaré invalide.

[52] Although we find that s. 29 is unconstitutional, the AGQ has nonetheless failed to establish a legal basis for his request for a compulsory transfer of the data. The conditions applicable to such a transfer are a matter for the governments concerned, not the courts.

## II. Background

[53] Firearms have been subject to regulation in Canada since early in the country's history: "Canada has had laws restricting the possession and use of firearms since 1877, and a nationwide permit system for the carrying of small arms has been in effect since 1892" (Library of Parliament, "Bill C-19: *An Act to amend the Criminal Code and the Firearms Act*", Legislative Summary No. 41-1-C19-E, November 1, 2011 ("*Legislative Summary*"), at p. 1). Since 1969, firearms have been divided into three classes for purposes of regulation: prohibited firearms, restricted firearms and non-restricted firearms (also called "long guns") (*Criminal Law Amendment Act, 1968-69*, S.C. 1968-69, c. 38, s. 6). The regulation of firearms was originally focused on prohibited and restricted firearms. During the 1970s and 1980s, there was growing discontent over the disparity in treatment between long guns and the other two classes of firearms. Various groups promoting stricter regulation of long guns started a serious debate about public safety: see R. B. Brown, *Arming and Disarming: A History of Gun Control in Canada* (2012), at pp. 167-203. Nothing came of their efforts.

[54] The tragedy at the École Polytechnique in Montréal on December 6, 1989 shook the Canadian public. In its wake, the intervener Coalition for Gun Control was formed in the early 1990s and began lobbying the Canadian government and other organizations for stricter gun control: Brown, at pp. 204-7. After a long debate and despite several failures, the Coalition's efforts finally came to fruition a few years later.

[52] Si l'article 29 est, selon nous, inconstitutionnel, le PGQ n'a cependant pas été en mesure d'établir un fondement juridique à sa demande de transfert forcé des données. La détermination des modalités d'un tel transfert relève des gouvernements concernés, non des tribunaux.

## II. Mise en contexte

[53] L'histoire de la réglementation des armes à feu au Canada remonte aux débuts de l'histoire du pays : « Le Canada a des lois en matière de possession et d'utilisation d'armes à feu depuis 1877, et un système de permis pour le port des petites armes est en vigueur depuis 1892 dans tout le pays » (Bibliothèque du Parlement, « *Projet de loi C-19 : Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les armes à feu* », Résumé législatif n° 41-1-C19-F, 1<sup>er</sup> novembre 2011 (« *Résumé législatif* »), p. 1). Depuis 1969, les armes sont divisées en trois catégories pour les besoins de la réglementation : les armes prohibées, les armes à autorisation restreinte et les armes sans restriction (aussi appelées « armes d'épaule ») (*Loi de 1968-69 modifiant le droit pénal*, S.C. 1968-69, c. 38, art. 6). Initialement, la réglementation des armes à feu met l'accent sur les armes prohibées et les armes à autorisation restreinte. Durant les années 1970 et 1980, le mécontentement concernant la disparité de traitement entre les armes d'épaule et les deux autres catégories d'armes à feu augmente. Divers groupes désireux d'intensifier la réglementation des armes d'épaule lancent des débats importants sur la sécurité publique : voir R. B. Brown, *Arming and Disarming : A History of Gun Control in Canada* (2012), p. 167-203. Leurs efforts demeurent vains.

[54] La tragédie survenue à l'École Polytechnique à Montréal le 6 décembre 1989 ébranle la population canadienne. À la suite de ce drame, l'intervenante la Coalition pour le contrôle des armes s'organise au début des années 1990 et entreprend des démarches auprès du gouvernement canadien et de diverses organisations pour accroître le contrôle des armes à feu : Brown, p. 204-207. Après de longs débats et malgré quelques échecs, ses efforts aboutissent quelques années plus tard.

[55] In 1994, the federal Minister of Justice announced his intention to introduce stronger firearms control measures. In tabling Bill C-68 (which would become the *FA*) in the House of Commons, the Minister focused on one key element: the need for and usefulness of a long-gun registration system. He stressed the important role that the provinces would have in designing this system, making the following comments, among others:

During the course of the last several months, I have been in continuous touch with senior officials and indeed with provincial counterparts, attorneys general and ministers of justice, exchanging views about the proposals that will be decided upon and announced this afternoon.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, No. 134, 1st Sess., 35th Parl., November 30, 1994, at p. 8476)

We can take the opportunity of designing and implementing such a system in collaboration with provincial authorities, with the input of the firearms' groups to eliminate irritants, to overcome paperwork burden, to simplify and streamline the system so that all of our objectives can be achieved at the same time.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, at p. 9709)

[56] At the time of the enactment of the *FA*, there was no dispute that it would be impossible to set up a registration system without provincial collaboration. Member of Parliament Stephen Harper (who would subsequently become Prime Minister) said the following in the House:

We know that the Department of Justice retains overall responsibility for gun control but the program is predominantly administered by provincial and territorial governments, through chief firearms officers and local police agencies.

(*House of Commons Debates*, vol. 133, No. 216, 1st Sess., 35th Parl., June 12, 1995, at p. 13631)

[57] In Quebec, there was a consensus that the program would be useful, although some questioned whether the compensation for the costs of implementing and administering the program that the federal

[55] En 1994, le ministre fédéral de la Justice annonce son intention de resserrer le contrôle des armes à feu. En présentant le projet de loi C-68 (qui deviendra la *LAF*) à la Chambre des communes, le ministre met l'accent sur un élément clé, soit la nécessité et l'utilité d'un système d'enregistrement des armes d'épaule. Il insiste sur le rôle important qu'auront les provinces dans la conception même de ce système. Il déclare notamment ce qui suit :

Ces derniers mois, j'étais continuellement en contact avec des hauts fonctionnaires et même mes homologues provinciaux, les procureurs généraux et les ministres de la Justice, pour échanger des idées sur les projets que nous avons élaborés et que nous annoncerons cet après-midi.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 134, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 30 novembre 1994, p. 8476)

Nous pouvons profiter du fait qu'il nous faudra concevoir et mettre en œuvre un tel système, en collaboration avec les autorités provinciales et les groupes de propriétaires d'armes à feu, pour éliminer les irritants, réduire la paperasserie, simplifier le système et le rationaliser, afin d'atteindre simultanément tous nos objectifs.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 154, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 16 février 1995, p. 9709)

[56] Au moment de l'adoption de la *LAF*, nul ne conteste que la collaboration des provinces soit un élément crucial de la mise en place d'un système d'enregistrement. Par exemple, le député Stephen Harper (plus tard premier ministre) s'adresse en ces termes à la Chambre :

Certes, c'est le ministère de la Justice qui assume la responsabilité globale du contrôle des armes à feu, mais l'administration du programme est surtout l'affaire des gouvernements provinciaux et territoriaux, des contrôleurs des armes à feu et des forces de police locales.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 216, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 12 juin 1995, p. 13631)

[57] Au Québec, l'utilité du programme fait consensus. Cependant, un débat naît quant au caractère suffisant des remboursements pour les coûts de la mise en vigueur et de l'application du programme



government proposed to pay the provinces that chose to take part would be sufficient: see, e.g., Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, vol. 34, No. 49, 1st Sess., 35th Leg., May 23, 1995 (online), at 14:40, Mr. Brassard (Minister of the Environment and Wildlife). Other provinces shared this concern:

I have been told the funds that the provinces received are not adequate to cover their costs. . . .

The federal government's latest offer amounts to only about two-thirds of the actual cost incurred for these programs.

(*House of Commons Debates*, June 12, 1995, at p. 13631)

[58] Upon receiving Royal Assent the day before the sixth anniversary of the École Polytechnique tragedy, the *FA* created controversy. Alberta challenged its constitutionality in 1996, arguing that it was *ultra vires* Parliament. In a unanimous opinion, the Court rejected this argument and held that the *FA* falls within the federal criminal law power: *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*FA Reference*”). We will return to this question below.

[59] The coming into force of the *FA* on December 1, 1998, marked the beginning of the registration of all firearms — including long guns — in Canada. After that date, any individual, unless an exception applied, who acquired or possessed a firearm of any type in Canada was required to hold a licence to possess firearms as well as a specific registration certificate for the firearm in question: ss. 4 to 14 and 112 (rep. s. 27 *ELRA*) *FA*; ss. 90 and 91 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Moreover, it should be specified that holding a licence was a precondition for obtaining a registration certificate: s. 13 *FA*.

[60] In this regard, the *FA* provides for the establishment of two types of registries: the Canadian Firearms Registry (“*CFR*”), which is to be maintained by the Registrar of Firearms (“*Registrar*”),

proposés par le gouvernement fédéral aux provinces qui souhaitent y participer : voir, p. ex., Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, vol. 34, n° 49, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 23 mai 1995 (en ligne), à 14:40, M. Brassard (ministre de l’Environnement et de la Faune). D’autres provinces partagent cette inquiétude :

On m’a dit que les fonds que les provinces reçoivent ne sont pas suffisants pour couvrir leurs coûts. . . .

La dernière offre du gouvernement fédéral ne représente qu’environ les deux tiers du coût réel de ces programmes.

(*Débats de la Chambre des communes*, 12 juin 1995, p. 13631)

[58] Dès qu’elle reçoit sa sanction royale la veille du sixième anniversaire de la tragédie de l’École Polytechnique, la *LAF* suscite la controverse. En 1996, l’Alberta conteste sa validité constitutionnelle, prétendant qu’elle outrepassse les compétences législatives du Parlement. Dans un arrêt unanime, notre Cour rejette cette prétention et juge que la *LAF* relève de la compétence fédérale en droit criminel : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (« *Renvoi sur la LAF* »). Nous reviendrons sur cette question plus loin.

[59] L’entrée en vigueur de la *LAF* le 1<sup>er</sup> décembre 1998 marque la mise en place de l’enregistrement de toutes les armes à feu au Canada, y compris les armes d’épaule. Désormais, sauf exception, un particulier qui acquiert ou possède tout type d’arme au Canada doit détenir un permis de possession d’arme à feu ainsi que le certificat d’enregistrement spécifique de cette arme : art. 4 à 14 et 112 (abr. art. 27 *LARA*) *LAF*; art. 90 et 91 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Précisons qu’il est nécessaire d’être titulaire d’un permis pour obtenir le certificat : art. 13 *LAF*.

[60] À cet égard, la *LAF* crée deux types de registres : le Registre canadien des armes à feu (« *RCAF* »), tenu par le directeur de l’enregistrement (« *Directeur* »), et les registres des contrôleurs

and records of chief firearms officers (“CFOs”) (ss. 83 and 87 *FA*). Whereas there is only one Registrar for all of Canada, each province or territory has its own CFO. The CFOs for the territories are appointed by the federal Minister of Public Safety and Emergency Preparedness: s. 2(1) “chief firearms officer” *FA*. With respect to the provinces, on the other hand, it is only if a province has not designated a CFO that the federal minister will do so: *ibid.* At the time the *FA* was passed, CFOs were designated by five provinces, namely Ontario, Quebec, New Brunswick, Prince Edward Island and Nova Scotia (Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”), National Program Evaluation Services, *RCMP Canadian Firearms Program: Program Evaluation*, Final Approved Report, February 2010 (online) (“*CFP Evaluation*”), at p. 9; affidavit of Pierre Perron (Assistant Commissioner of the RCMP and Director General of the CFP), April 5, 2012, joint record (“J.R.”), vol. 3, at para. 10).

[61] Under the *FA*, the Registrar is responsible for issuing a registration certificate for each firearm: s. 60. The CFOs, for their part, are responsible for issuing possession licences as well as authorizations to carry and authorizations to transport for firearms belonging to individuals or businesses in their respective provinces: ss. 56 and 57 *FA*. The CFR contains, *inter alia*, information on registration certificates, and the records of the CFOs contain information on licences and authorizations to carry. Section 90 of the *FA* requires that the Registrar and the CFOs have access to one another’s registries.

[62] The Canadian Firearms Information System (“CFIS”) (formerly known as the Canadian Firearms Registration System (“CFRS”)) allows for the pooling of information in the CFR maintained by the Registrar and the registries kept by the CFOs. The CFIS is now administered by the RCMP, and it provides access to all information that must be kept pursuant to the *FA*. However, only the Registrar can modify information recorded in the CFR, and only the CFO can modify records he or she maintains: *Firearms Records Regulations*, SOR/98-213, s. 7(1) and (2).

des armes à feu (« Contrôleurs ») (art. 83 et 87 *LAF*). Alors qu’il n’y a qu’un seul Directeur au Canada, chaque province ou territoire a son propre Contrôleur. Les Contrôleurs des territoires sont nommés par le ministre fédéral de la Sécurité publique et de la Protection civile : par. 2(1) « contrôleur des armes à feu » *LAF*. Cependant, ce n’est qu’à défaut d’une nomination provinciale que ce ministre désigne le Contrôleur pour une province : *ibid.* Au moment de l’adoption de la *LAF*, cinq provinces désignent leur Contrôleur : l’Ontario, le Québec, le Nouveau-Brunswick, l’Île-du-Prince-Édouard et la Nouvelle-Écosse (Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), Services d’évaluation du programme national, *Programme canadien des armes à feu de la GRC : Évaluation*, Rapport final approuvé, février 2010 (en ligne) (« *Évaluation PCAF* »), p. 7; affidavit de Pierre Perron (commissaire adjoint à la GRC et directeur général du PCAF), 5 avril 2012, dossier conjoint (« d.c. »), vol. 3, par. 10).

[61] Aux termes de la *LAF*, le Directeur délivre les certificats d’enregistrement pour chaque arme à feu : art. 60. Pour leur part, les Contrôleurs délivrent les permis de possession ainsi que les autorisations de port et transport d’armes à feu appartenant à des personnes ou entreprises de leur province : art. 56 et 57 *LAF*. Le RCAF renferme notamment l’information sur les certificats d’enregistrement et les registres des Contrôleurs celle sur les permis et autorisations de port d’armes. L’article 90 de la *LAF* garantit un accès réciproque par le Directeur et par les Contrôleurs à leurs registres respectifs.

[62] Le Système canadien d’information relativement aux armes à feu (« SCIRAF ») (il était autrefois connu sous le nom de Système canadien d’enregistrement des armes à feu (« SCEAF »)) permet la mise en commun du RCAF tenu par le Directeur et des registres tenus par les Contrôleurs. Le SCIRAF est aujourd’hui administré par la GRC et permet l’accès à toutes les informations dont la tenue est exigée par la *LAF*. Cependant, le Directeur est le seul à pouvoir modifier les renseignements inscrits au RCAF et les Contrôleurs sont les seuls à pouvoir modifier les fichiers de leur propre registre : *Règlement sur les registres d’armes à feu*, DORS/98-213, par. 7(1) et (2).

[63] The keeping of the CFR and of the CFOs' records is one aspect of the broader framework of the Canadian Firearms Program ("CFP"). The CFP has multiple components, including firearms regulation, training and support for police forces and those who work in the criminal justice system, education for firearms owners, and public awareness: *CFP Evaluation*, at pp. 7-8. Several aspects of the CFP, such as the mandatory firearms safety course for owners, were developed with provincial co-operation and support: affidavit of Pierre Perron, at para. 7 and Exhibit A.

[64] In 2006, a new federal government came to power. At the outset of its mandate, it announced an amnesty under which owners of long guns would not be liable to sanctions for having failed to register their weapons or to renew their licences to possess firearms: *Order Declaring an Amnesty Period (2006)*, SOR/2006-95. The amnesty period was extended year after year, effectively decriminalizing the failure to obtain a licence and to register long guns: SOR/2007-101, SOR/2008-147, SOR/2009-139, SOR/2010-104, SOR/2011-102, SOR/2013-96 and SOR/2014-123. Nonetheless, the RCMP and its partners continued to administer the CFP, including its long-gun component.

[65] On October 25, 2011, after several bills had died on the Order Paper and following a spirited public debate, Bill C-19 was tabled in the House of Commons: *House of Commons Debates*, vol. 146, No. 036, 1st Sess., 41st Parl., at p. 2437. Its purpose was to abolish the requirement to register long guns and to ensure the destruction of all data related to the registration of such guns. It was only the portion of the CFR concerning long guns that was affected by this bill and is at issue in this appeal. Clause 29 of Bill C-19, which would become s. 29 of the *ELRA*, read as follows:

**29.** (1) The Commissioner of Firearms shall ensure the destruction as soon as feasible of all records in the Canadian Firearms Registry related to the registration of firearms that are neither prohibited firearms nor restricted

[63] La tenue du RCAF et des registres des Contrôleurs s'inscrit dans le cadre plus large du Programme canadien des armes à feu (« PCAF »). Le PCAF comporte de multiples volets, dont la réglementation des armes à feu, la formation et l'appui des forces policières et des intervenants du système de justice pénale, l'éducation des détenteurs d'armes et la sensibilisation de la population : *Évaluation PCAF*, p. 5-6. Plusieurs aspects du PCAF — à titre d'exemple, le cours de sécurité de maniement des armes à feu obligatoire pour les détenteurs d'armes à feu — sont développés avec la collaboration et l'appui des provinces : affidavit de Pierre Perron, par. 7 et pièce A.

[64] En 2006, un nouveau gouvernement fédéral entre en fonction. Dès le début de son mandat, il annonce une amnistie pour les propriétaires d'armes d'épaule contre d'éventuelles sanctions pour avoir fait défaut d'enregistrer leurs armes d'épaule ou de renouveler leur permis de possession : *Décret fixant une période d'amnistie (2006)*, DORS/2006-95. Année après année, la période d'amnistie est prolongée, et décriminalise *de facto* l'omission d'obtenir un permis et d'enregistrer les armes d'épaule : DORS/2007-101, DORS/2008-147, DORS/2009-139, DORS/2010-104, DORS/2011-102, DORS/2013-96 et DORS/2014-123. Malgré cela, la GRC et ses partenaires continuent d'administrer le PCAF, y compris sa composante relative aux armes d'épaule.

[65] Le 25 octobre 2011, après la mort au feuillet de plusieurs projets de loi et un débat public animé, le projet de loi C-19 est présenté à la Chambre des communes : *Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 036, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., p. 2437. Il vise à supprimer l'obligation d'enregistrement des armes d'épaule et à provoquer la destruction des données relatives à celles-ci. Seule la portion du RCAF relative à ces armes est touchée par le projet de loi et fait l'objet du pourvoi. L'article 29 du projet de loi C-19, qui deviendra l'art. 29 de la *LARA*, énonce ceci :

**29.** (1) Le commissaire aux armes à feu veille à ce que, dès que possible, tous les registres et fichiers relatifs à l'enregistrement des armes à feu autres que les armes à feu prohibées ou les armes à feu à autorisation restreinte

firearms and all copies of those records under the Commissioner's control.

(2) Each chief firearms officer shall ensure the destruction as soon as feasible of all records under their control related to the registration of firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms and all copies of those records under their control.

(3) Sections 12 and 13 of the *Library and Archives of Canada Act* and subsections 6(1) and (3) of the *Privacy Act* do not apply with respect to the destruction of the records and copies referred to in subsections (1) and (2).

[66] The Quebec government, with the support of its police officers and much of its population, had made its opposition to the federal government's attempts to abolish the registration of long guns known. Between 2006 and 2011, the National Assembly had adopted at least six motions denouncing the various federal government bills, calling on members of Parliament to vote against these measures and demanding that the CFR be maintained. On November 2, 2011, it unanimously adopted a new motion, this time demanding that Quebec's CFO "take all of the necessary measures to preserve the completeness of data from Québec entered in the Firearms Registry": *Votes and Proceedings*, No. 57, 2nd Sess., 39th Leg., November 2, 2011, at pp. 693-94.

[67] Two weeks later, Quebec's Minister of Public Security appeared before the House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security to ask that the CFR be maintained or, failing that, that Bill C-19 be amended by removing the provision on the destruction of the data, namely clause 29: House of Commons, *Evidence of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, No. 012, 1st Sess., 41st Parl., November 17, 2011, at pp. 1-2. Quebec's minister also wrote to his federal counterpart to ask him to agree on terms for transferring CFIS data concerning Quebec citizens. He noted that this would be [TRANSLATION] "an excellent opportunity for the federal

qui se trouvent dans le Registre canadien des armes à feu, ainsi que toute copie de ceux-ci qui relève de lui soient détruits.

(2) Chaque contrôleur des armes à feu veille à ce que, dès que possible, tous les registres et fichiers relatifs à l'enregistrement des armes à feu autres que les armes à feu prohibées ou les armes à feu à autorisation restreinte qui relèvent de lui, ainsi que toute copie de ceux-ci qui relève de lui soient détruits.

(3) Les articles 12 et 13 de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada* et les paragraphes 6(1) et (3) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne s'appliquent pas relativement à la destruction des registres, fichiers et copies mentionnés aux paragraphes (1) et (2).

[66] Fort de l'appui de ses policiers et d'une grande partie de sa population, le gouvernement du Québec fait connaître son opposition aux tentatives du gouvernement fédéral de mettre fin à l'enregistrement des armes d'épaule. De 2006 à 2011, l'Assemblée nationale adopte au moins six motions dénonçant les divers projets de loi du gouvernement fédéral, demandant aux députés fédéraux de voter contre ces mesures et exigeant le maintien du RCAF. Le 2 novembre 2011, elle adopte à l'unanimité une nouvelle motion qui demande cette fois au Contrôleur québécois des armes à feu de « pren[dre] toutes les mesures nécessaires afin de préserver l'intégralité des données provenant du Québec inscrites au registre des armes à feu » : *Journal des débats*, vol. 42, n° 57, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 2 novembre 2011, p. 3131.

[67] Deux semaines plus tard, le ministre de la Sécurité publique du Québec comparait devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes pour demander le maintien du RCAF ou, à défaut, la modification du projet de loi C-19 afin de retirer les dispositions relatives à la destruction des données, soit l'art. 29 : Chambre des communes, *Témoignages devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, n° 012, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 17 novembre 2011, p. 1-2. Le ministre écrit aussi à son homologue fédéral et lui demande de convenir des modalités de transfert des données inscrites au SCIRAF concernant les citoyens québécois.

government to deal with this matter in a spirit of co-operative federalism that would be respectful of, rather than frustrate, Quebec’s collective goals”: letter dated December 2, 2011, J.R., vol. 10, at p. 161.

[68] Finally, on December 6, 2011, the National Assembly voted to adopt another motion in which it asked the Quebec government “to seek legal recourse aiming to maintain the federal long gun registry and to ensure that its data is preserved, before the abolition of this registry causes the destruction of data when Bill C-19 shall have been passed”: *Votes and Proceedings*, No. 72, 2nd Sess., 39th Leg., December 6, 2011, at p. 848. On December 13, having received no response from the federal government, Quebec’s Minister of Public Security announced that his government would commence legal proceedings to recover the data concerning registration certificates for long guns held by Quebec citizens. He stated that should the courts rule in Quebec’s favour, a bill would be tabled in the National Assembly to create a Quebec long-gun registry using the data obtained from the federal government: Press release from the Minister of Public Security, December 13, 2011, J.R., vol. 10, at pp. 48-49.

### III. Judicial History

[69] On April 2, 2012, three days before the *ELRA* came into force, the AGQ filed a motion in the Quebec Superior Court for a declaratory judgment, an interim interlocutory injunction, a permanent injunction and safeguard orders. The AGQ asked that s. 29 of the *ELRA* be declared unconstitutional. He also sought an order enjoining the federal government to transfer to him all Quebec data with respect to long guns.

#### A. *Quebec Superior Court, 2012 QCCS 4202*

[70] Blanchard J. of the Superior Court granted the AGQ’s motion. His judgment can be broken

Il souligne qu’il s’agirait là « d’une belle occasion pour le gouvernement fédéral de traiter ce dossier dans l’esprit d’un fédéralisme coopératif où les objectifs collectifs du Québec [. . .] seraient respectés et non contrecarrés » : lettre du 2 décembre 2011, d.c., vol. 10, p. 161.

[68] Enfin, le 6 décembre 2011, l’Assemblée nationale vote une autre motion demandant au gouvernement du Québec « d’intenter un recours juridique visant à maintenir le registre fédéral des armes d’épaule et [. . .] en assurer la préservation des données, avant que l’abolition de ce registre entraîne leur destruction avec l’adoption du projet de loi C-19 » : *Journal des débats*, vol. 42, n° 72, 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 6 décembre 2011, p. 3643. Le 13 décembre, devant l’absence de réaction du gouvernement fédéral, le ministre de la Sécurité publique du Québec annonce que son gouvernement entreprendra des poursuites judiciaires pour récupérer les données concernant les certificats d’enregistrement des armes d’épaule des citoyens québécois. Il précise qu’advenant un jugement favorable des tribunaux, un projet de loi sera déposé à l’Assemblée nationale pour mettre en place un registre québécois des armes d’épaule à partir des données obtenues du gouvernement fédéral : Communiqué de presse du ministre de la Sécurité publique, 13 décembre 2011, d.c., vol. 10, p. 48-49.

### III. Historique judiciaire

[69] Le 2 avril 2012, trois jours avant l’entrée en vigueur de la *LARA*, le PGQ dépose devant la Cour supérieure du Québec une requête en jugement déclaratoire, en injonction interlocutoire provisoire, en injonction permanente et en ordonnances de sauvegarde. Le PGQ demande de déclarer l’art. 29 de la *LARA* inconstitutionnel. Il sollicite aussi une ordonnance qui obligerait le gouvernement fédéral à lui transférer les données québécoises sur les armes d’épaule.

#### A. *Cour supérieure du Québec, 2012 QCCS 4202, [2012] R.J.Q. 1895*

[70] Le juge Blanchard de la Cour supérieure accueille la requête du PGQ. Il convient d’analyser

down into three elements: (1) the facts; (2) the constitutionality of s. 29 of the *ELRA*; and (3) Quebec's right to obtain the data.

(1) Facts

[71] Blanchard J. first pointed out that the *FA* created a distinction between the registries kept by the Registrar (concerning the registration of firearms) and those kept by the CFOs (concerning the issuance of licences) (para. 27).

[72] Blanchard J. next noted that the [TRANSLATION] “collected information [from the two types of records] is stored in the CFIS, [a] complex central computer registry” (para. 28 (CanLII)). He also stressed that, “[a]ccording to the structure of the *FA*, the Registrar and the Chief Firearms Officers have the same level of access to the data” (para. 72).

[73] Blanchard J. mentioned that Quebec had contributed to [TRANSLATION] “gathering, analyzing, organizing, and modifying” the data in the registry (para. 151), which derived from the combined efforts of governments at the municipal, provincial and federal levels (para. 102). The establishment of the registry had therefore created a partnership, particularly as regards the data it contained (para. 192).

[74] Blanchard J. found that the data in question could not be characterized as being solely [TRANSLATION] “federal data”, given that they were subject to the applicable access to information and privacy legislation of both the federal government and Quebec (para. 82). He wrote the following:

[TRANSLATION] The Court must recognize an actual, concrete effect to this intent, clearly expressed by Canada and Quebec, to submit all of the information gathered to two jurisdictions concurrently, which must, in practice, have some meaning. [para. 83]

[75] According to Blanchard J., the partnership extended beyond the data; it also involved the implementation of the CFP (para. 73), the effective administration of the *FA* (para. 83) and the joint

son jugement sous trois angles : (1) le contexte factuel; (2) la constitutionnalité de l'art. 29 de la *LARA*; et (3) le droit du Québec d'obtenir les données.

(1) Contexte factuel

[71] En premier lieu, le juge Blanchard fait observer que la *LAF* crée une distinction entre les registres tenus respectivement par le Directeur (pour l'enregistrement des armes) et par un Contrôleur (pour la délivrance des permis) (par. 27).

[72] Le juge constate ensuite que les « renseignements colligés [des deux registres] se trouvent regroupés dans [un] registre central informatisé complexe, le SCIRAF » (par. 28). Il souligne également que l'« architecture de la *LAF* fait en sorte que le Directeur et les Contrôleurs se trouvent sur un même niveau quant à leur accessibilité aux données » (par. 72).

[73] Selon le juge de première instance, le Québec contribue à « colliger, analyser, organiser et modifier » les données dans le registre (par. 151), lequel découle des efforts concertés des gouvernements municipaux, provinciaux et fédéral (par. 102). L'implantation du registre crée donc un partenariat, notamment quant aux données qu'il contient (par. 192).

[74] Le juge Blanchard considère que les données en question ne peuvent être qualifiées uniquement de « données fédérales », compte tenu du fait qu'elles sont assujetties aux lois fédérales et québécoises applicables en matière d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels (par. 82). Il écrit ceci :

Le tribunal doit reconnaître un effet réel et concret à cette volonté, clairement exprimé [*sic*] par le Canada et le Québec, de soumettre l'ensemble des renseignements recueillis à deux juridictions, et ce, de façon concurrente, ce qui doit signifier, en pratique, quelque chose. [par. 83]

[75] Selon lui, le partenariat s'étend par ailleurs au-delà de la question des données; il comprend aussi l'implantation du PCAF (par. 73), l'administration efficace de la *LAF* (par. 83) ainsi que l'exercice

and complementary exercise of relevant federal and provincial powers (para. 104).

[76] He concluded that [TRANSLATION] “[t]he fire-arms registry is a complex interweaving of federal, provincial and municipal powers, such that it could not exist without the close and constant collaboration of each level of government” (para. 192).

(2) Constitutionality of Section 29 of the *ELRA*

[77] Blanchard J. observed that a more flexible view of federalism than the one formerly adopted by the Judicial Committee of the Privy Council, a view based on co-operation rather than on exclusive powers, has underlain this Court’s decisions since 1949 (paras. 52-53). He added that since 1998, the Court had [TRANSLATION] “set out an approach to the interpretation of constitutional powers based on cooperation rather than the strict enforcement of jurisdictions” (para. 71).

[78] Blanchard J. noted the importance of the *FA Reference* to the case at bar (paras. 63-66). In that case, this Court had found no indication of a colourable intrusion into provincial jurisdiction at the time of the enactment of the *FA*. The Court also specified that an analysis of the *FA*’s provisions showed that Parliament had not had an improper motive, nor was it taking over provincial powers under the guise of the criminal law.

[79] Blanchard J. explained that the AGQ did not dispute that Canada was acting within its sphere of jurisdiction in abolishing the long-gun registration system. Rather, he was asking the court to decide whether the destruction of the data, provided for in s. 29, could be linked to the federal criminal law power (para. 87). Blanchard J. found that s. 29, in its pith and substance, was not linked to that power. The provision did not suppress an evil, nor did it establish a prohibition or a penalty (para. 125). He concluded, on the basis of declarations of the Prime Minister of Canada, the Minister of Intergovernmental Affairs and the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice, that Parliament instead had

conjoint et complémentaire des compétences fédérale et provinciales en la matière (par. 104).

[76] Le juge conclut qu’il « existe un écheveau complexe entre les autorités fédérales, provinciales et municipales qui tisse la toile du registre des armes à feu, ce qui fait en sorte que celui-ci ne pouvait exister sans l’étroite et constante collaboration de chacun » (par. 192).

(2) Constitutionnalité de l’art. 29 de la *LARA*

[77] Le juge Blanchard rappelle qu’une conception plus souple du fédéralisme que celle adoptée autrefois par le Comité judiciaire du Conseil privé, fondée sur la coopération plutôt que l’exclusivité des compétences, sous-tend les décisions rendues par notre Cour depuis 1949 (par. 52-53). Il rappelle également que notre jurisprudence depuis 1998 « énonce une conception de l’interprétation des pouvoirs constitutionnels basée sur la coopération plutôt que sur le strict respect des compétences » (par. 71).

[78] Le juge note l’importance que revêt le *Renvoi sur la LAF* en l’espèce (par. 63-66). Dans cet arrêt, notre Cour a conclu à l’absence d’indices d’empiètement déguisé dans un domaine de compétence provinciale au moment de l’adoption de la *LAF*. Elle a jugé aussi que l’analyse des dispositions de la *LAF* révélait l’absence de motif inapproprié ou d’appropriation d’un pouvoir provincial sous le couvert du droit criminel.

[79] Le juge Blanchard précise que le PGQ ne conteste pas que le Canada agit dans son domaine de compétence en abrogeant le système d’enregistrement des armes d’épaule. Le recours demande plutôt au tribunal de décider si la destruction des données prévue à l’art. 29 se rattache à la compétence fédérale en droit criminel (par. 87). Le juge estime que, par son caractère véritable, cette disposition ne se rattache pas à cette compétence. Elle ne réprime pas un mal et elle n’énonce ni interdiction, ni sanction (par. 125). Selon ce qui se dégage des déclarations faites par le premier ministre du Canada, le ministre des Affaires intergouvernementales et la secrétaire parlementaire du ministre de la Justice, il

an intention to hinder the exercise of the powers of all the provincial legislatures (paras. 136-39).

[80] In light of his conclusion regarding the pith and substance of s. 29, Blanchard J. then considered the ancillary powers doctrine. He noted that an assessment of the seriousness of the encroachment must be grounded in the facts of each case, and that the factors discussed in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, can be used to guide the assessment (para. 129). These factors include the scope of the heads of power in play, the nature of the impugned provision, and the existence of prior legislation on the matter in question. Nonetheless, Blanchard J. found that [TRANSLATION] “this analytical framework [seems] incongruous [in this case]. In reality, section 29 of C-19 is a legislative provision that does not establish jurisdiction in any strict sense; rather, in both intention and scope, it aims to prevent any other level of government from legitimately using the data recorded in the Registry” (para. 130). In his view, “[t]his situation, which is without precedent in Canadian constitutional history, justifies an analytical approach that takes this context into account” (para. 131).

[81] Blanchard J. found that s. 29 was intended to prevent the provinces from exercising their powers in their own spheres of jurisdiction. This meant that it encroached substantially, even [TRANSLATION] “to excess”, on provincial powers and that it was neither necessary nor rationally connected to the purpose of the *ELRA* (para. 135). On this point, he noted that this Court had determined in the *FA Reference* that the firearms registration system was tightly linked to the administration of the records of licences — which remain in the system — and to the purpose of promoting safety by reducing the misuse of firearms (*ibid.*). He added that it would be possible to decriminalize the failure to register long guns without destroying the data (para. 140). Moreover, none of the earlier bills had provided for their destruction (para. 141).

est d’avis que la volonté du législateur fédéral est plutôt de nuire à tout autre législateur provincial (par. 136-139).

[80] Compte tenu de sa conclusion sur le caractère véritable de l’art. 29, le juge Blanchard examine la doctrine du pouvoir accessoire. Il rappelle que la gravité du débordement s’étudie en fonction des faits propres à chaque espèce et que les éléments d’analyse développés dans l’affaire *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, peuvent en guider l’examen (par. 129). Ces éléments incluent la portée des chefs de compétence en jeu, la nature de la disposition contestée et la préexistence d’une loi dans le domaine en question. Le juge relève toutefois que « cette grille d’analyse apparaît incongrue [ici] parce que l’article 29 de C-19 constitue, en réalité, une disposition législative qui ne met en place, *stricto sensu*, aucune compétence juridictionnelle puisqu’elle vise, tant dans son intention que dans sa portée, à empêcher tout autre palier de gouvernement de légitimement utiliser les données consignées au registre » (par. 130). À ses yeux, « [c]ette situation, inédite dans les annales constitutionnelles canadiennes, justifie une approche analytique qui tient compte de ce contexte » (par. 131).

[81] Le juge Blanchard conclut que l’art. 29 vise à empêcher les provinces d’exercer leurs pouvoirs dans leurs propres champs de compétences. Partant, la disposition déborde de façon très substantielle — même « exorbitante » — sur les pouvoirs provinciaux, sans qu’elle ne soit nécessaire ni rationnellement liée à l’objectif de la *LARA* (par. 135). À ce propos, il rappelle que dans le *Renvoi sur la LAF*, notre Cour a décidé que le système d’enregistrement des armes à feu était étroitement relié à l’administration du registre des permis — qui, lui, demeure en place — et à l’objectif de promouvoir la sécurité en réduisant l’usage abusif des armes à feu (*ibid.*). Il souligne également que la décriminalisation du défaut d’enregistrer les armes d’épaule peut se réaliser sans la destruction des données (par. 140). D’ailleurs, aucun des projets de loi antérieurs ne prévoyait cette destruction (par. 141).



(3) Quebec’s Right to Obtain the Data

[82] Having found s. 29 to be unconstitutional, Blanchard J. then considered the transfer of the data requested by the AGQ. He found that, because the data to which s. 29 applied were the product of a partnership between Canada and the provinces, they had no [TRANSLATION] “owner” and did not fall within the jurisdiction of a single level of government. As a result, Quebec was entitled to obtain them (paras. 148-49). He said the following in this regard: “It goes against common sense — not to say the common good — to prevent Quebec from using data that it took part in gathering, analyzing, organizing, and modifying” (para. 151).

[83] Blanchard J. pointed out that the data had been collected using forms that clearly disclosed both the interaction between federal and provincial governments and the intended use of the data, namely the enforcement of firearms legislation (para. 154). The fact that it is Quebec, rather than Canada, that would from now on be gathering these data for an identical purpose [TRANSLATION] “[cannot] give rise to a legitimate objection” (para. 155).

B. *Quebec Court of Appeal, 2013 QCCA 1138*

[84] On June 27, 2013, the Quebec Court of Appeal unanimously allowed the appeal of the Attorney General of Canada (“AGC”). It reversed the trial judge’s decision and dismissed the AGQ’s motion for a declaration of constitutional invalidity.

(1) Facts

[85] The Court of Appeal first found that the Superior Court’s judgment was confused and erroneous as regards the nature of the registry. It stated that Blanchard J. had confused the CFIS with the CFR (para. 28): it was of the opinion that [TRANSLATION] “the CFIS is nothing more than a system providing electronic access to the registries kept by the Registrar and the Chief Firearms Officers” (para. 31 (CanLII)). The Court of Appeal also rejected certain other findings of fact made by the trial judge,

(3) Droit du Québec d’obtenir les données

[82] D’avis que l’art. 29 est inconstitutionnel, le juge Blanchard se penche alors sur le transfert des données que revendique le PGQ. Puisque, selon lui, les données visées par l’art. 29 sont le fruit d’un partenariat entre le Canada et les provinces, il considère qu’elles n’ont pas de « propriétaire » et ne relèvent pas d’un seul ordre de gouvernement. En conséquence, le Québec peut les obtenir (par. 148-149). Le juge affirme ceci : « Il rebute au sens commun, pour ne pas dire au bien commun, que l’on puisse empêcher le Québec d’utiliser les données qu’il participe à colliger, analyser, organiser et modifier » (par. 151).

[83] Le juge Blanchard rappelle que les données ont été recueillies en vertu de formulaires qui dévoilent clairement tant l’interaction entre les gouvernements fédéral et provinciaux que la finalité de leur utilisation (soit l’application de la législation relative aux armes à feu) (par. 154). Ainsi, le fait que ce soit le Québec, plutôt que le Canada, qui collige désormais ces données pour une fin identique « ne peut donner ouverture à une légitime contestation » (par. 155).

B. *Cour d’appel du Québec, 2013 QCCA 1138, [2013] R.J.Q. 1023*

[84] Le 27 juin 2013, la Cour d’appel du Québec accueille à l’unanimité l’appel du procureur général du Canada (« PGC »). Elle infirme le jugement de première instance et rejette la requête en déclaration d’invalidité constitutionnelle du PGQ.

(1) Contexte factuel

[85] En premier lieu, la Cour d’appel conclut que le jugement de la Cour supérieure est confus et erroné quant à la nature du registre en litige. Selon elle, le juge Blanchard confond le SCIRAF et le RCAF (par. 28); elle est d’avis que « le SCIRAF est uniquement un système d’accès électronique aux registres tenus par le Directeur et les contrôleurs » (par. 31). La Cour d’appel écarte aussi d’autres conclusions de fait du premier juge, notamment celles voulant que le RCAF résulte d’un

particularly those to the effect that the CFR resulted from a partnership between the provinces and the federal government, and that Quebec's CFO had a certain control over the CFR and had contributed to it (paras. 29 and 56). The Court of Appeal found that the CFR was a registry that was maintained by the Registrar and remained independent of and distinct from the registries maintained by the CFOs. The CFIS merely enabled CFOs, like various federal, provincial and municipal public safety organizations, to access data in the CFR (para. 28).

(2) Constitutionality of Section 29 of the ELRA

[86] Next, the Court of Appeal found that s. 29 falls within Parliament's jurisdiction. In its view, it makes little sense that Parliament would not have the power to amend a statute it had enacted or to destroy data in a registry it had created (paras. 37 and 45).

[87] The Court of Appeal reversed the trial judge's conclusion that s. 29 had been enacted to prevent Quebec from using the data in the registry. Moreover, it rejected an argument by the AGQ based on the *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297 ("*Upper Churchill*"). In that case, the province of Newfoundland had enacted a statute under which the right to use water from and rights related to power generated at Churchill Falls were to revert in the Crown (Court of Appeal's reasons, at para. 41). A previous provincial statute had assigned those rights to the Churchill Falls (Labrador) Corp., which had then signed a contract for the sale of power with Hydro-Québec. The province argued, among other things, that the assignment was inoperative on the basis of its power to repeal an existing statute. This Court concluded that the new statute was colourable legislation whose sole purpose was to amend the power contract, thereby depriving Hydro-Québec of its rights, and that that purpose was *ultra vires* the province. In the Court of Appeal's view, *Upper Churchill* can be distinguished from the instant case, in which the federal government's intention is to abolish a registry it itself created. Parliament is not preventing the provinces from creating their

partenariat entre les provinces et le gouvernement fédéral, et que le Contrôleur québécois exerce un certain contrôle sur le RCAF et l'a alimenté (par. 29 et 56). Pour la Cour d'appel, le RCAF est un registre qui est tenu par le Directeur et qui demeure indépendant et distinct des autres registres tenus par les Contrôleurs. Le SCIRAF permet simplement aux Contrôleurs d'accéder aux données du RCAF, tout comme le font divers organismes — fédéraux, provinciaux ou municipaux — chargés d'assurer la sécurité publique (par. 28).

(2) Constitutionnalité de l'art. 29 de la LARA

[86] En second lieu, la Cour d'appel considère que l'art. 29 relève de la compétence législative du Parlement. Elle insiste sur l'illogisme d'un raisonnement voulant que le Parlement ne possède pas le pouvoir de modifier une loi ou de détruire les données d'un registre qu'il a lui-même créé (par. 37 et 45).

[87] La Cour d'appel infirme la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'adoption de l'art. 29 vise à empêcher le Québec d'utiliser les données du registre. Elle rejette l'argument du PGQ fondé sur le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297 (« *Upper Churchill* »). Dans cette affaire, la province de Terre-Neuve avait adopté une loi qui lui rétrocédait le droit d'utiliser l'eau et les droits reliés à l'énergie produite aux chutes Churchill (motifs de la Cour d'appel, par. 41). Par une loi antérieure, la province avait cédé ces droits à la compagnie Churchill Falls (Labrador) Corp., qui avait ensuite signé un contrat de vente d'énergie avec Hydro-Québec. La province invoquait notamment son pouvoir d'abroger une loi existante pour rendre cette cession inopérante. Notre Cour a conclu qu'il s'agissait là d'une loi déguisée, qui avait pour seul but de modifier le contrat d'énergie et ainsi faire échec aux droits d'Hydro-Québec, et qui outrepassait les compétences territoriales de la province. Pour la Cour d'appel, l'arrêt *Upper Churchill* se distingue de la présente affaire, dans la mesure où le gouvernement fédéral entend détruire un registre qu'il a lui-même créé. Le législateur fédéral n'empêche pas les provinces de créer leur propre

own registries, but is simply refusing to collaborate in such an initiative (*ibid.*, at para. 42).

[88] Turning to the ancillary powers doctrine, the Court of Appeal found that, since the *ELRA* abolished a scheme the creation of which had been held to be valid, it could not encroach on provincial jurisdiction any more than did the Act that had created the scheme (para. 49). The court stated that the trial judge had erred in using the principle of cooperative federalism [TRANSLATION] “not as a mere interpretive tool but as the legal basis for a declaration that section 29 of the Act was ‘of no force or effect’” (para. 54).

### (3) Quebec’s Right to Obtain the Data

[89] Finally, the Court of Appeal declined to find that Quebec was entitled to receive the data. Its decision was based upon three grounds.

[90] First, the Court of Appeal found that Quebec did not have any property rights in the CFR’s data, because it had no control over them (para. 55). According to the court, the evidence revealed that Quebec’s CFO had never contributed data to the CFR, and that the CFIS merely made it possible for users to access data gathered independently by the Registrar and the CFOs (para. 56).

[91] Second, the Court of Appeal expressed the opinion that the CFO does not represent Quebec in exercising his or her duties. Rather, the CFO’s powers flow from the federal statute — the *FA* — that created the position (paras. 58-59).

[92] Third, the Court of Appeal held that there was no partnership between Quebec and Canada with regard to the collection and preservation of the data targeted by s. 29. The financial agreements between Quebec and Canada did not create a partnership; they simply provided that Quebec was to be compensated for certain costs it incurred in administering the *FA* within its territory (paras. 61-63). Consequently, there was nothing to justify ordering a transfer.

registre; il refuse simplement de collaborer à une telle initiative (*ibid.*, par. 42).

[88] Examinant ensuite la doctrine de la compétence accessoire, la Cour d’appel estime que, comme la *LARA* abolit un régime dont la création a été jugée valide, elle ne saurait davantage déborder sur une compétence provinciale que ne le faisait la loi qui l’a créé (par. 49). La cour reproche au juge de première instance de s’être servi du principe du fédéralisme coopératif « non pas comme simple moyen d’interprétation, mais comme une assise de droit pour déclarer “inopérant” l’article 29 de la loi » (par. 54).

### (3) Droit du Québec d’obtenir les données

[89] En dernier lieu, la Cour d’appel refuse de reconnaître au Québec le droit de recevoir les données. Sa décision repose sur trois fondements.

[90] Premièrement, elle conclut que le Québec ne possède aucun droit réel sur les données du RCAF, car il n’exerce aucun contrôle sur ces données (par. 55). Selon les juges d’appel, la preuve révèle que le Contrôleur québécois n’a jamais alimenté le RCAF, alors que le SCIRAF ne permet que l’accès aux données colligées indépendamment par le Directeur et les Contrôleurs (par. 56).

[91] Deuxièmement, la Cour d’appel est d’avis que, dans l’exercice de ses fonctions, le Contrôleur ne représente pas le Québec. En effet, ses pouvoirs relèvent de la loi fédérale, la *LAF*, qui a créé son poste (par. 58-59).

[92] Troisièmement, la Cour d’appel juge qu’il n’existe pas de partenariat entre le Québec et le Canada concernant la collecte et la conservation des données visées par l’art. 29. Les accords financiers entre le Québec et le Canada n’ont pas créé de partenariat : ils établissent simplement une entente au sujet du remboursement de certaines dépenses engagées par le Québec pour l’administration de la *LAF* sur son territoire (par. 61-63). En conséquence, rien ne pourrait justifier un transfert.

[93] According to the Court of Appeal, [TRANSLATION] “[t]he remedy determined by the judge — that is, to compel the federal government to continue to compile the data — was clearly inappropriate here. So was the obligation to transfer this data to a future provincial registry” (para. 64).

#### IV. Issues

[94] In this Court, the AGQ does not dispute the federal government’s power to repeal the *FA*’s provisions on the registration of long guns. As the Court of Appeal correctly stated, it would make little sense, and would be contrary to the principle of parliamentary sovereignty, if Parliament could not repeal a statute it itself had enacted. Nor is the provinces’ power to have a long-gun registry at issue here. Instead, the AGQ argues that s. 29, which provides for the unilateral destruction of the data with respect to long guns, is unconstitutional. The AGQ also submits that the federal government cannot refuse to transfer these data to Quebec before destroying them.

[95] In light of the issues raised by this appeal, the Chief Justice of Canada stated the following constitutional question:

Is s. 29 of the *Ending the Long-gun Registry Act*, S.C. 2012, c. 6, *ultra vires* Parliament having regard to its criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

[96] To answer this question, we must consider four issues:

- (1) What are the constitutional basis and the nature of the registry at issue, particularly in light of the *FA Reference*?
- (2) Is there a federal-provincial partnership with respect to the organization and management of the CFP and, if so, what are the consequences of that partnership from the standpoint of federalism?

[93] Selon la Cour d’appel, « [l]e remède retenu par le juge, de contraindre le gouvernement fédéral à continuer de colliger les données, était ici clairement inapproprié. L’était aussi l’obligation de transférer ces données à un registre provincial à venir » (par. 64).

#### IV. Les questions en litige

[94] Devant notre Cour, le PGQ ne remet pas en question le pouvoir du gouvernement fédéral d’abroger les dispositions de la *LAF* visant l’enregistrement des armes d’épaule. Comme l’écrit à juste titre la Cour d’appel, il serait illogique et contraire au principe de la souveraineté parlementaire que le Parlement ne puisse abroger une loi qu’il a lui-même édictée. Rappelons également que le pouvoir des provinces de tenir un registre des armes d’épaule n’est pas contesté non plus. Par contre, le PGQ soutient que l’art. 29, qui vise la destruction unilatérale des données relatives aux armes d’épaule, est inconstitutionnel. Il avance en outre que le gouvernement fédéral ne peut refuser de transmettre ces données au Québec avant de les détruire.

[95] Vu les enjeux que soulève le pourvoi, la Juge en chef du Canada a formulé la question constitutionnelle suivante :

L’article 29 de la *Loi sur l’abolition du registre des armes d’épaule*, L.C. 2012, c. 6, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[96] Pour y répondre, nous devons traiter de quatre questions :

- (1) Quels sont le fondement constitutionnel et la nature du registre en cause, notamment à la lumière du *Renvoi sur la LAF*?
- (2) Existe-t-il un partenariat fédéral-provincial en ce qui concerne l’organisation et la gestion du PCAF et, dans l’affirmative, quelles sont les conséquences de ce partenariat au regard du fédéralisme?

- (3) In light of the applicable constitutional analytical framework, is s. 29 of the *ELRA* invalid?
- (4) If so, what is the appropriate remedy in the case at bar?

## V. Analysis

### A. *The Registry*

#### (1) Constitutional Basis of the Registry

[97] The analysis of the constitutional basis of the CFR must begin with this Court's opinion in the *FA Reference*. In that case, Alberta challenged the validity of the *FA* and, more specifically, of the provisions on licences and on the registration of long guns. It asked the Court to rule on the constitutional basis for the creation of a firearms registry by the federal government, and for the requirement that long guns be registered. Note that at the time of the *FA Reference*, the CFR had not yet been set up and the practical effects of the *FA* therefore had yet to materialize.

[98] In a unanimous opinion, this Court held that the *FA*, as a whole, fell within Parliament's jurisdiction over criminal law:

The [*FA*] in "pith and substance" is directed to enhancing public safety by controlling access to firearms through prohibitions and penalties. This brings it under the federal criminal law power. While the law has regulatory aspects, they are secondary to its primary criminal law purpose. The intrusion of the law into the provincial jurisdiction over property and civil rights is not so excessive as to upset the balance of federalism. [Emphasis added.]

(*FA Reference*, at para. 4)

[99] The regulatory aspects mentioned by the Court in this passage include the *FA*'s provisions on licensing, on the registration of long guns and on maintaining a registry. The maintaining of a long-gun registry is, at first blush, a matter within provincial jurisdiction. In principle, the regulation of property

- (3) Eu égard au cadre d'analyse constitutionnel applicable, l'art. 29 de la *LARA* est-il invalide?
- (4) Dans l'affirmative, quelle est la réparation convenable en l'espèce?

## V. Analyse

### A. *Le registre en cause*

#### (1) Fondement constitutionnel du registre

[97] Le point de départ de l'analyse du fondement constitutionnel du RCAF est l'opinion exprimée par notre Cour dans le *Renvoi sur la LAF*. Dans cette affaire, l'Alberta contestait la validité de la *LAF*, et plus particulièrement des dispositions relatives aux permis et à l'enregistrement des armes d'épaule. La Cour était donc invitée à se prononcer sur les assises constitutionnelles de la création d'un registre des armes à feu par le gouvernement fédéral et de l'obligation d'enregistrer les armes d'épaule. Précisons que, au moment de ce renvoi, le RCAF n'était pas en place et les effets concrets de la *LAF* ne s'étaient pas encore matérialisés.

[98] Dans une opinion unanime, notre Cour a jugé que, dans son ensemble, la *LAF* relevait de la compétence du Parlement en matière de droit criminel :

De par son « caractère véritable », [la *LAF*] vise à améliorer la sécurité publique en régissant l'accès aux armes à feu, au moyen d'interdictions et de sanctions et, de ce fait, elle relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Bien que la loi comporte des aspects de réglementation, ceux-ci sont accessoires à son objet premier, qui a trait au droit criminel. L'empiétement de la loi sur la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils n'est pas important au point de rompre l'équilibre du fédéralisme. [Nous soulignons.]

(*Renvoi sur la LAF*, par. 4)

[99] Parmi les aspects de réglementation qu'évoque la Cour dans ce passage, mentionnons les dispositions de la *LAF* relatives aux permis, à l'enregistrement des armes d'épaule et à la tenue d'un registre. La tenue d'un registre des armes d'épaule est, a priori, du ressort des provinces. En principe,

within a province stems from that province's jurisdiction over property and civil rights, except insofar as the property also falls within a listed federal head of power: *Constitution Act, 1867*, ss. 91 and 92(13). Thus, the constitutionality of these provisions is based upon the fact that they are ancillary to the *FA*'s primary purpose, which relates to criminal law.

[100] Moreover, although the Court did not accept the existence of a parallel between the regulation of firearms in the *FA* and the regulation by the provinces of property such as land titles and automobiles (*FA Reference*, at paras. 41-43), that parallel is nonetheless relevant as regards the provisions — considered individually — that provide for the collection of information on long guns. On the ancillary nature of those provisions, three findings of this Court are of particular importance here.

[101] First, the Court found that the *FA* “[did] not significantly hinder the ability of the provinces to regulate the property and civil rights aspects of guns”: *FA Reference*, at para. 51. Thus, the provisions on the registration of firearms did not encroach unduly on provincial powers: see also para. 58.

[102] Second, there was no indication that Parliament had an improper motive or that it was taking over a provincial power under the guise of the criminal law: *FA Reference*, at para. 53.

[103] Third, in the Court's opinion, the system for monitoring the transfer of firearms, as well as the misuse of such weapons, included two categories of provisions (registration and licensing) that were “integral and necessary to the operation of the scheme”: *FA Reference*, at para. 47.

[104] In short, this Court found that the *FA*, including the long-gun registration provisions, was valid because it did not upset the balance of federalism: see *FA Reference*, at paras. 4, 53 and 58. The

la réglementation des biens se trouvant sur le territoire d'une province relève de la compétence de celle-ci en matière de propriété et de droits civils, sauf dans la mesure où les biens relèvent par ailleurs d'une compétence fédérale énumérée : *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91 et par. 92(13). La constitutionnalité de ces dispositions s'appuie donc sur leur caractère accessoire par rapport à l'objet principal de la *LAF*, lequel se rattache au droit criminel.

[100] En outre, si le parallèle entre la réglementation des armes à feu dans la *LAF* et la réglementation par les provinces de biens tels que les droits immobiliers et les automobiles n'a pas été retenu par la Cour (*Renvoi sur la LAF*, par. 41-43), ce parallèle est tout de même pertinent à l'égard des dispositions — prises individuellement — prévoyant la collecte d'informations sur les armes d'épaule. Relativement au caractère accessoire de ces dispositions, trois conclusions de notre Cour revêtent ici une importance particulière.

[101] Premièrement, selon la Cour, la *LAF* « ne nuit[sait] pas de façon importante à la capacité des provinces de réglementer la propriété et les droits civils relativement aux armes à feu » : *Renvoi sur la LAF*, par. 51. C'est donc dire que les dispositions relatives à l'enregistrement des armes à feu n'empiétaient pas indûment sur les compétences provinciales : voir aussi le par. 58.

[102] Deuxièmement, rien n'indiquait que le Parlement avait agi pour un motif inapproprié ou pour s'approprier un pouvoir provincial sous le couvert du droit criminel : *Renvoi sur la LAF*, par. 53.

[103] Troisièmement, de l'avis de la Cour, le système permettant de surveiller le processus de cession des armes à feu et l'usage abusif de ces armes comportait deux catégories de dispositions (enregistrement et permis) qui étaient « partie intégrante et nécessaire du régime » : *Renvoi sur la LAF*, par. 47.

[104] En somme, notre Cour a reconnu la validité de la *LAF*, y compris des dispositions sur l'enregistrement des armes d'épaule, parce qu'elle ne portait pas atteinte à l'équilibre du fédéralisme : voir

conclusion that the CFR is constitutionally valid flows directly from that finding. The CFR can be understood in this light, but it is just as important to define its exact nature, that is, to properly define the limits of what is to be destroyed under s. 29.

(2) Nature of the Registry

[105] The trial judge and the Court of Appeal reached opposite conclusions regarding the nature of the registry at issue. Blanchard J. focused on the CFIS and found that the data it contained, including those to which s. 29 applied, came from both the Registrar and the CFOs. As for the Court of Appeal, it found that Blanchard J. had erred as regards the nature of the different types of registries provided for in the *FA*. In its view, the CFIS is merely a system for accessing data and is not a registry in itself. Moreover, the CFOs did not contribute data to the CFR.

[106] It is true that the trial judge was at times unclear in his reasons in referring to the various types of registries established under the *FA*. However, this confusion did not affect his conclusion regarding the nature of the registry that is actually at issue here or the data it contains. By contrast, the Court of Appeal limited its analysis to the registries mentioned in the *FA* but did not consider how they were set up and kept. Certain facts must be reviewed in order to correctly grasp the nature of the registry that is at the heart of this case.

[107] The *FA* and the regulations made under it certainly provide — and the AGC emphasizes this point — that the Registrar and the CFOs are to maintain distinct “records”: ss. 83(1) and 87(1). In practice, however, the government chose for the implementation of this legislation to create one central registry — the CFIS — containing information entered by both the Registrar and the CFOs. To suggest that the information contributed by the Registrar is independent of the information contributed by the CFOs is to disregard this reality, which is supported by the evidence Blanchard J. accepted. In our opinion, Blanchard J. was right to find that the CFIS is

*Renvoi sur la LAF*, par. 4, 53 et 58. La reconnaissance de la validité constitutionnelle du RCAF découle directement de cette conclusion. Si le RCAF se comprend sous cet éclairage, il est tout aussi important d’en cerner la nature exacte, bref de bien identifier les contours de la chose dont on souhaite la destruction par le biais de l’art. 29.

(2) Nature du registre

[105] Le juge de première instance et les juges d’appel ont tiré des conclusions opposées sur la nature du registre en litige. Le juge Blanchard s’est concentré sur le SCIRAF et a conclu que les données qu’il contenait, dont celles visées par l’art. 29, provenaient à la fois du Directeur et des Contrôleurs. Pour sa part, la Cour d’appel a estimé que le juge Blanchard s’est mépris sur la nature des registres mis en place par la *LAF*. Selon elle, le SCIRAF n’est qu’un système d’accès aux données, et non un registre en soi. Elle est également d’avis que les Contrôleurs ne participent pas à l’alimentation du RCAF.

[106] Il est vrai que la décision de première instance est parfois confuse sur la désignation des divers registres établis par la *LAF*. Cependant, cette confusion n’est pas déterminante quant à la nature du véritable registre en cause et des données qu’il contient. À l’inverse, la Cour d’appel a limité son analyse aux registres mentionnés par la *LAF*, sans par ailleurs examiner comment ils ont été mis en œuvre. Il convient de revoir certains éléments factuels pour bien cerner la nature du registre au cœur du débat.

[107] Certes, la *LAF* et ses règlements prévoient — point sur lequel insiste d’ailleurs le PGC — que le Directeur et les Contrôleurs doivent chacun tenir un « registre » distinct : par. 83(1) et 87(1). En pratique par contre, pour la mise en œuvre de cette législation, le gouvernement a choisi de créer un registre central, le SCIRAF, qui est alimenté par les renseignements saisis tant par le Directeur que par les Contrôleurs. Le fait de suggérer que les renseignements qui émanent respectivement du Directeur et des Contrôleurs sont indépendants fait abstraction de cette réalité, qu’appuie la preuve retenue par le juge Blanchard. À notre avis, ce dernier

primarily a data bank, and not a mere system for accessing information.

[108] Extensive evidence was presented at trial demonstrating that — to borrow the words of the Privacy Commissioner of Canada — the CFIS is “a fully integrated, automated information system that is used to enter, analyze, maintain and store” all firearms-related information required under the *FA: Review of the Personal Information Handling Practices of the Canadian Firearms Program*, Final Report, August 29, 2001 (online), at p. 14 (referring to the CFRS, the predecessor of the CFIS). Thus, insofar as the CFIS contains data, it is reasonable to refer to it, too, as a “registry”.

[109] Furthermore, the Assistant Commissioner of the RCMP and Director General of the CFP described the CFIS as a [TRANSLATION] “complex computerized central registry”: affidavit of Pierre Perron, at para. 5. The AGC himself acknowledged that the CFIS [TRANSLATION] “contains all the information required by the FA to be entered in one of the two distinct ‘records’ that must be kept”, and that this information comes from both the Registrar and the CFOs: Written contestation and arguments of the defendant Attorney General of Canada and the mis en cause Commissioner of Firearms and Registrar of Firearms, June 4, 2012, J.R., vol. 1, at para. 160 (emphasis in original). The information entered by the Registrar or by the CFOs can be analyzed by the latter through an interface integrated into the CFIS. Thus, the data in the CFIS are interrelated: affidavit of Pierre Perron, at paras. 27(b) and (d); cross-examination of Isabelle Boudreault (Quebec’s Chief Firearms Officer), May 8, 2012, J.R., vol. 4, at pp. 63-64.

[110] In our view, this finding is reinforced by two additional factors. First, the evidence shows that the RCMP expected it to take several months to delete the data contemplated in s. 29 of the *ELRA* from the CFIS without affecting the other data in that registry: affidavit of Pierre Perron, at pp. 70 et

a eu raison de conclure que le SCIRAF est d’abord et avant tout une banque de données, et non un simple système d’accès.

[108] L’abondante preuve présentée en première instance démontre — pour emprunter les mots du Commissaire à la protection de la vie privée du Canada — que le SCIRAF constitue « un système d’information automatisé, entièrement intégré, qui est utilisé pour saisir, analyser, conserver et stocker » tous les renseignements relatifs aux armes à feu exigés par la LAF : *Examen des pratiques relatives au traitement des renseignements personnels du Programme canadien des armes à feu*, Rapport final, 29 août 2001 (en ligne), p. 15 (parlant du SCEAF, ancêtre du SCIRAF). En conséquence, dans la mesure où le SCIRAF contient des données, il est raisonnable de le désigner tout autant comme un « registre ».

[109] D’ailleurs, le commissaire adjoint à la GRC et directeur général du PCAF qualifie le SCIRAF de « registre central informatisé complexe » : affidavit de Pierre Perron, par. 5. Le PGC reconnaît lui-même que le SCIRAF « contient toute l’information dont la LAF prévoit la consignation dans l’un ou l’autre des “registres” distincts dont elle exige la tenue », et que cette information provient à la fois du Directeur et des Contrôleurs : Contestation écrite et argumentation du défendeur Procureur général du Canada et des mis en cause le Commissaire aux armes à feu et le Directeur de l’enregistrement, 4 juin 2012, d.c., vol. 1, par. 160 (souligné dans l’original). Les renseignements saisis respectivement par le Directeur ou les Contrôleurs peuvent être analysés par ces derniers grâce à une interface intégrée au SCIRAF. Les données contenues dans le SCIRAF sont par conséquent interreliées : affidavit de Pierre Perron, par. 27(b) et d); contre-interrogatoire d’Isabelle Boudreault (contrôleuse des armes à feu du Québec), 8 mai 2012, d.c., vol. 4, p. 63-64.

[110] Selon nous, deux autres raisons viennent renforcer la justesse de cette constatation. D’abord, la preuve démontre que la GRC prévoyait avoir besoin de plusieurs mois pour effacer les données du SCIRAF visées par l’art. 29 de la *LARA* sans affecter les autres données que contient ce registre :



seq. (“Bill C-19 — Implementation Plan Summary”). This is indicative of the extent to which the data accumulated in the CFIS are interrelated and integrated, regardless of where they come from. Second, s. 29(2) of the *ELRA* requires that each CFO ensure “the destruction . . . of all records under their control related to the registration of [long guns]”. This statutory requirement presupposes that like the Registrar, the CFOs possess certain information with respect to the registration of firearms that they must destroy. The need to have the CFOs intervene in this way in the destruction process is still further evidence of the extent to which all the data relating to long guns are integrated.

[111] Furthermore, as Quebec’s CFO explained, the CFR and the CFOs’ records do not exist independently of the CFIS: [TRANSLATION] “. . . it’s a shared registry, since my records, I keep them in the CFIS. I don’t have a registry at my level. It’s really a registry I keep in the CFIS” (cross-examination of Isabelle Boudreault, at p. 53). In fact, even though the *FA* provides that the Registrar and the CFOs can modify only their own records, this restriction does not preclude them from co-operating to ensure that the data for which they are responsible are accurate. For example, Quebec’s CFO stated that when inspecting businesses, she sometimes finds errors in the entry of firearm registration numbers. Although she cannot herself correct the data relating to registration certificates in the CFIS, she notifies the Registrar, who then makes the necessary changes: *ibid.*, at p. 66. The Registrar, the CFOs and their employees can also add comments in the CFIS regarding their own work: *ibid.*, at pp. 82 et seq.; affidavit of Pierre Perron, at para. 27(c).

[112] We should add that the information with respect to the registration of long guns becomes fully relevant and useful only once it is integrated with and linked to the data on individuals and their

affidavit de Pierre Perron, p. 70 et suiv. (« Bill C-19 — Implementation Plan Summary »). Cette observation est indicative du degré d’interrelation et d’intégration des données qui y sont accumulées, indépendamment de leur origine. Ensuite, le par. 29(2) de la *LARA* précise que chaque Contrôleur doit veiller à ce que « tous les registres et fichiers relatifs à l’enregistrement des armes [d’épaule] qui relèvent de lui [. . .] soient détruits ». Cette obligation faite par la loi présuppose que, à l’instar du Directeur, les Contrôleurs possèdent certains renseignements sur l’enregistrement des armes à feu qu’ils doivent détruire. La nécessité de faire intervenir ainsi les Contrôleurs dans le processus de destruction témoigne encore davantage de la forte intégration de l’ensemble des données relatives aux armes d’épaule.

[111] Du reste, comme l’explique la Contrôleure québécoise, le RCAF et les registres des Contrôleurs n’existent pas indépendamment du SCIRAF : « . . . c’est un registre partagé puisque mon registre, je le tiens dans le SCIRAF. J’ai pas un registre à mon niveau, c’est vraiment un registre que je tiens dans le SCIRAF » (contre-interrogatoire d’Isabelle Boudreault, p. 53). De fait, même si la *LAF* prévoit que le Directeur et le Contrôleur ne peuvent modifier que leurs propres registres, cette restriction ne les empêche pas de collaborer pour assurer la précision des données dont ils sont responsables. Par exemple, la Contrôleure québécoise affirme que lorsqu’elle inspecte une entreprise, elle constate parfois des erreurs dans la saisie d’un numéro d’enregistrement d’une arme à feu. Bien qu’elle ne puisse pas modifier elle-même les données relatives aux certificats d’enregistrement directement dans le SCIRAF, elle en avertit alors le Directeur, qui veille à effectuer les changements requis : *ibid.*, p. 66. Le Directeur, les Contrôleurs et leurs préposés peuvent également ajouter des commentaires concernant leur travail respectif dans le SCIRAF : *ibid.*, p. 82 et suiv.; affidavit de Pierre Perron, par. 27(c).

[112] Ajoutons que les informations sur l’enregistrement des armes d’épaule ne révèlent pleinement leur pertinence et leur utilité que lorsqu’elles sont intégrées et rattachées aux données sur les individus

licences. Section 13 of the *FA* provides that the Registrar cannot register a gun unless a CFO has already issued a licence. The issuance of registration certificates therefore depends directly on the work done by Quebec's CFO and firearms officers in the issuance of licences.

[113] This leads us to conclude that Blanchard J. was right to state that the information entered into the CFR by the Registrar was [TRANSLATION] "compiled" in the CFIS with the information entered by the CFOs in their records. He did not make a palpable and overriding error in his factual characterization of the CFIS. To this extent, the Court of Appeal was wrong to find that he had failed to distinguish the CFR from the CFIS. In fact, Blanchard J. had based his decision first and foremost on the existence of the CFIS, which he saw as a centralized registry that contains all the information collected by both the Registrar and the CFOs (paras. 28 and 82). As the evidence shows, even though the *FA* provides for distinct registries, their implementation depends upon the existence of one common registry, the CFIS. Although s. 29 provides for the destruction of data in the CFR, in light of how the *FA* was implemented, the data in question are in fact the data in the CFIS related to the registration of long guns. The data that the province of Quebec wishes to obtain and preserve are therefore the data on long guns in the CFIS that have a connection with Quebec.

[114] In the end, Blanchard J.'s analysis of the factual background to this appeal is valid on the essential points. The Court of Appeal's approach, on the other hand, is based upon a compartmentalized view of the *FA*. The different aspects of the scheme established by the *FA* do not operate in isolation. There is an undeniable interaction between the Registrar and the CFOs, which is reflected in particular in the fact that their respective records are interrelated. This interaction is one aspect of the federal-provincial partnership upon which Blanchard J. focused, and which we will now discuss.

et leur permis. Conformément à l'art. 13 de la *LAF*, le Directeur ne peut enregistrer une arme que si un Contrôleur a délivré un permis au préalable. L'octroi d'un certificat d'enregistrement repose donc directement sur les efforts déployés par le Contrôleur québécois et ses préposés dans la délivrance des permis.

[113] Nous en concluons que le juge Blanchard pouvait à juste titre affirmer que l'information saisie par le Directeur dans le RCAF est « colligée » au SCIRAF avec celle saisie par les Contrôleurs dans leurs registres. Il n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante dans sa qualification factuelle du SCIRAF. Dans cette mesure, c'est à tort que la Cour d'appel lui a reproché d'avoir traité indifféremment du RCAF et du SCIRAF. En fait, le juge Blanchard a plutôt fondé sa décision d'abord et avant tout sur l'existence du SCIRAF, qu'il a considéré comme un registre centralisé, regroupant l'ensemble des renseignements recueillis par le Directeur et les Contrôleurs (par. 28 et 82). Comme la preuve l'indique, bien que la *LAF* prévoit des registres distincts, leur mise en œuvre repose sur la création d'un registre commun, le SCIRAF. Quoique le libellé de l'art. 29 prescrive la destruction des données se trouvant dans le RCAF, compte tenu de la façon dont la *LAF* a été implantée, ces données sont en réalité celles que contient le SCIRAF au sujet de l'enregistrement des armes d'épaule. Les données que la province de Québec souhaite obtenir et conserver sont donc les données sur les armes d'épaule qui figurent dans le SCIRAF et qui se rattachent au Québec.

[114] En définitive, l'analyse du juge Blanchard sur le contexte factuel propre au présent pourvoi est valable dans ses éléments essentiels. L'approche de la Cour d'appel témoigne quant à elle d'une vision compartimentée de la *LAF*. Or, les différentes composantes du régime mis en place par la *LAF* ne fonctionnent pas en vases clos. En effet, il existe une interaction indéniable entre le Directeur et les Contrôleurs, qui se reflète notamment dans l'interrelation entre leurs registres respectifs. Cette interaction est un aspect du partenariat fédéral-provincial sur lequel le juge Blanchard insiste et auquel il convient maintenant de s'attarder.

### B. *Federal-Provincial Partnership*

[115] The AGQ relies, as did Blanchard J., on the existence of a partnership in the broad sense in relation to the application of the *FA*, one that goes beyond the simple collection of the data in the CFR. He refers to numerous documents from federal government bodies that include expressions of this view of relations between the two levels of government in respect of the implementation of the *FA*. The AGC agrees instead with the Court of Appeal, arguing that Quebec did not participate in gathering the data in the CFR. He adds that the agreements entered into between Quebec and Canada in relation to the administration of the *FA* were strictly financial in nature. Thus, the partnership upon which the appellant relies never existed.

[116] In our opinion, Blanchard J. was right to find that there was a partnership between Canada and Quebec in the case at bar. Although it is true that Quebec did not enter the information related to the registration of long guns in the CFIS database, this fact is not incompatible with the existence of a partnership between Quebec and Canada, given that the partnership was not based solely on the entry of the information. We must consider the nature and consequences of the partnership, and the importance to it of the data to which s. 29 applies. This partnership has been at the heart of the evolving implementation of the *FA* since the very beginning.

[117] First of all, even before the *FA* came into force, federal government ministers had observed that it would be necessary to work together with the provinces to administer the legislation. Then, in the first year after it was implemented, the Registrar stated that he was “working closely with [his] provincial . . . partners”: RCMP, *Report on the Administration of the Firearms Act to the Solicitor General by the Registrar: Canadian Firearms Registry* (1999), at p. iv.

[118] This co-operative view continued to ground relations between the various interested parties in subsequent years. For example, the RCMP commented as follows in 2010, when the provisions

### B. *Le partenariat fédéral-provincial*

[115] À l’instar du juge Blanchard, le PGQ invoque l’existence d’un partenariat au sens large en ce qui concerne l’application de la *LAF*, partenariat qui dépasse la simple collecte des données contenues au RCAF. Divers documents émanant d’organismes fédéraux exprimeraient une telle vision des rapports entre les deux ordres de gouvernement relativement à la mise en œuvre de la *LAF*. Pour sa part, le PGC reprend la position exprimée par la Cour d’appel et plaide que le Québec n’a pas participé à la collecte des données figurant dans le RCAF. Il ajoute que les accords conclus entre le Québec et le Canada dans le cadre de l’administration de la *LAF* ont un caractère strictement financier. Le partenariat invoqué serait donc inexistant.

[116] À notre avis, le juge Blanchard a conclu avec raison à l’existence d’un partenariat entre le Canada et le Québec en l’espèce. S’il est vrai que le Québec n’a pas saisi les renseignements concernant l’enregistrement des armes d’épaule dans la base de données du SCIRAF, cet état de fait n’est pas incompatible avec l’existence d’un partenariat entre le Québec et le Canada, étant donné que celui-ci ne résulte pas simplement de la saisie de ces renseignements. Il importe de préciser la nature et les conséquences de ce partenariat, ainsi que la place qu’y occupent les données visées par l’art. 29. Ce concept de partenariat est au cœur de l’évolution de la mise en œuvre de la *LAF* depuis le tout début.

[117] D’abord, avant même l’entrée en vigueur de la *LAF*, les ministres fédéraux avaient constaté la nécessité de collaborer avec les provinces dans l’administration de cette loi. Puis, dès la première année de son application, le Directeur affirme qu’il « travaille en étroite collaboration avec [s]es partenaires provinciaux » : GRC, *Le rapport sur l’administration de la Loi sur les armes à feu au Solliciteur général par le Directeur : Registre canadien des armes à feu* (1999), p. iv.

[118] Au cours des années subséquentes, cette vision coopérative continue d’animer les relations entre les diverses parties intéressées. Ainsi, en 2010, alors que les dispositions de la *LAF* concernant

of the *FA* concerning the registration of long guns were still in force: “Effective delivery of the CFP depends upon partnerships involving the federal and provincial governments and law enforcement agencies” (*CFP Evaluation*, at p. 8).

[119] The same view continued to be expressed even after the tabling of Bill C-19, which would become the *ELRA*:

Delivery of the CFP depends on the existing partnership between the federal government, the provincial governments and law enforcement agencies. The federal government contributes funds to the provinces that are responsible for the administrative work relating to various aspects of the Act, such as processing licences and registration certificates.

(*Legislative Summary*, at p. 4)

[120] As can be seen from these passages as well as from the declarations to the House of Commons quoted above, the implementation of the *FA* and the CFP required provincial collaboration. In this regard, the evidence in the case at bar concerned primarily the specific relationship that developed between the federal government and Quebec. Accordingly, we will concentrate our analysis on the partnership at issue here.

[121] This partnership is reflected first in the construction of the CFIS database. As we mentioned above, Quebec, through its CFO, collaborated in the CFIS by gathering, analyzing, organizing and modifying certain data that it contained. The validity of this finding is not weakened by the fact that Quebec did not “enter” certain information in the CFIS, since it was a system that contained interrelated data: affidavit of Pierre Perron, at paras. 27(b) to (e); cross-examination of Isabelle Boudreault, at pp. 63-64.

[122] Moreover, Quebec’s CFO supported the Registrar’s efforts to create a reliable and comprehensive database that would be updated daily. He or she participated in each stage of firearms registration and worked to ensure that when the Registrar issued

l’enregistrement des armes d’épaule sont toujours en vigueur, la GRC s’exprime de la façon suivante : « La bonne application du PCAF repose sur des partenariats entre l’administration fédérale, les gouvernements provinciaux et les organismes d’application de la loi » (*Évaluation PCAF*, p. 6).

[119] Même après le dépôt du projet de loi C-19, qui deviendra la *LARA*, la reconnaissance de cette vision demeure :

La mise en œuvre du PCAF repose sur le partenariat qui existe entre le gouvernement fédéral, les provinces et les organismes d’application de la loi. Le gouvernement fédéral accorde des fonds aux provinces qui s’occupent du travail administratif associé aux différents aspects de la LAF, comme le traitement des permis et des certificats d’enregistrement.

(*Résumé législatif*, p. 5)

[120] Comme le démontrent ces extraits, ainsi que les déclarations à la Chambre des communes déjà citées, l’application de la *LAF* et du PCAF requièrent la collaboration des provinces. À ce chapitre, la preuve présentée en l’espèce concerne principalement la relation spécifique qui s’est établie entre le fédéral et le Québec. Nous concentrons donc notre analyse sur le partenariat en cause devant nous.

[121] Le partenariat dont il est question se reflète d’abord dans la construction de la base de données du SCIRAF. Comme nous l’avons souligné, par l’entremise de son Contrôleur, le Québec a collaboré au SCIRAF en colligeant, analysant, organisant et modifiant certaines données qu’il contient. Le bien-fondé de cette conclusion n’est pas affaibli par le fait que le Québec n’a pas « saisi » certaines données du SCIRAF, puisqu’il s’agit d’un système qui comporte des données interreliées : affidavit de Pierre Perron, par. 27b) à e); contre-interrogatoire d’Isabelle Boudreault, p. 63-64.

[122] En outre, le Contrôleur du Québec a appuyé les efforts du Directeur en créant une banque de données fiable, complète et actualisée quotidiennement. Il a participé à chaque étape de l’enregistrement des armes à feu. Ses efforts visaient à garantir

a registration certificate, it was done in conformity with the *FA*. Furthermore, one CFO explained that when she revoked a licence to possess firearms (under s. 70 *FA*), she alerted the Registrar, who then had to revoke the registration certificate: cross-examination of Isabelle Boudreault, at pp. 83-84; re-examination of Isabelle Boudreault, May 8, 2012, J.R., vol. 4, at p. 153. We should also point out that s. 29(2) of the *ELRA* provides that each CFO must ensure “the destruction . . . of all records under their control related to the registration of [long guns]”. Thus, according to the *ELRA*, the collaboration of the CFOs is needed up to the time of the abolition of the requirement to destroy the data related to the registration of long guns.

[123] The AGC argues that the CFOs are federal agents who exercise powers conferred on them by federal legislation, even where the provinces choose to designate their own CFOs. He also points out that this position is financed by the federal government. In the AGC’s view, this leads to the conclusion that the provincial component of the partnership to which the AGQ refers is in reality federal.

[124] This argument must fail. The AGC is distorting the CFOs’ role. Although it is true that, strictly speaking, the CFOs exercise powers conferred on them by federal legislation, the fact remains that several of them were designated by the provinces. In Quebec’s case, the province set up, managed and supervised the office, and also added to its incumbent’s responsibilities.

[125] For example, Quebec’s CFO performs functions delegated to him or her by Quebec legislation: *An Act to protect persons with regard to activities involving firearms*, CQLR, c. P-38.0001 (“*Anastasia’s Law*”); *An Act respecting safety in sports*, CQLR, c. S-3.1, s. 46.31; *Regulation respecting the exclusion of certain premises and certain means of transportation and respecting the exemption of certain persons*, CQLR, c. P-38.0001, r. 1; Delegation of powers of the provincial minister to the Chief Firearms Officer, J.R., vol. 11, at p. 160. Thus, *Anastasia’s Law* provides that Quebec’s CFO must be informed of any application to a court to obtain

que la délivrance d’un certificat d’enregistrement par le Directeur s’effectuait en conformité avec les dispositions de la *LAF*. Par ailleurs, une Contrôleure explique que lorsqu’elle révoquait un permis de possession d’arme à feu (conformément à l’art. 70 *LAF*), elle alertait le Directeur, qui devait procéder alors à la révocation du certificat d’enregistrement : contre-interrogatoire d’Isabelle Boudreault, p. 83-84; réinterrogatoire d’Isabelle Boudreault, 8 mai 2012, d.c., vol. 4, p. 153. En outre, rappelons que le par. 29(2) de la *LARA* précise que chaque Contrôleur doit veiller à ce que « tous les registres et fichiers relatifs à l’enregistrement des armes [d’épaule] qui relèvent de lui [. . .] soient détruits ». Selon la *LARA*, la collaboration des Contrôleurs est donc requise jusqu’à la toute fin de l’obligation de destruction des données d’enregistrement des armes d’épaule.

[123] Le PGC plaide que les Contrôleurs sont des agents fédéraux qui exercent des pouvoirs accordés par une loi fédérale, et ce, même lorsque les provinces choisissent de nommer leur Contrôleur. Le PGC souligne également que ce poste est financé par le gouvernement fédéral. Il en conclut que la composante provinciale du partenariat invoqué par le PGC est en réalité fédérale.

[124] Nous ne pouvons retenir cet argument. Le PGC dénature le rôle joué par les Contrôleurs. S’il est vrai que ceux-ci exercent, au sens strict, des pouvoirs conférés par une loi fédérale, il n’en demeure pas moins que, dans plusieurs cas, ce sont les provinces qui les ont nommés. Pour sa part, le Québec a mis sur pied, géré et surveillé ce poste, tout en multipliant les responsabilités de son titulaire.

[125] À preuve, le Contrôleur québécois exerce des fonctions qui lui sont attribuées par des lois québécoises : *Loi visant à favoriser la protection des personnes à l’égard d’une activité impliquant des armes à feu*, RLRQ, c. P-38.0001 (la « *Loi Anastasia* »); *Loi sur la sécurité dans les sports*, RLRQ, c. S-3.1, art. 46.31; *Règlement sur l’exclusion de certains lieux et de certains moyens de transport ainsi que sur l’exemption de certaines personnes*, RLRQ, c. P-38.0001, r. 1; Délévation des attributions du ministre provincial au contrôleur des armes à feu, d.c., vol. 11, p. 160. À titre d’exemple, la *Loi Anastasia* édicte que le Contrôleur québécois doit être

that a person refusing to undergo a psychiatric assessment whose mental state is considered to present a danger to that person or to other persons be submitted to such assessment, or that the person be confined against his or her will in a health institution: s. 11; see also art. 778 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25. The CFO must then verify “whether the person is in possession of a firearm, has access to a firearm or holds a licence to acquire a firearm”: s. 11 of *Anastasia’s Law*. This verification with respect to possession is carried out on the basis of the data on registration certificates: affidavit of Isabelle Boudreault, March 8, 2012, J.R., vol. 3, at paras. 59-64. The federal government has never disputed Quebec’s use of CFIS data for purposes of the administration of its provincial legislation.

[126] Moreover, Quebec police officers, particularly officers of the Sûreté du Québec, also play an important role in the CFP. In fact, Quebec’s CFO is a Sûreté du Québec officer. One example of this role is that they use a computer system to identify individuals involved in certain incidents to which they have responded. In such a case, they register the incident in their system, and an alert is forwarded electronically via the CFIS to the CFO, who decides whether the incident will have an impact on the individual’s eligibility to hold a licence and, consequently, a registration certificate: affidavit of Isabelle Boudreault, at paras. 13-15; cross-examination of Pierre Perron, May 1, 2012, J.R., vol. 3, at pp. 102 et seq.; re-examination of Pierre Perron, *ibid.*, at pp. 126-27. The effectiveness of the entire registration system thus depends on the work of the CFO and, more generally, of the police.

[127] In addition, the Quebec police, like all police forces in Canada, have access to a component of the CFIS that assists their officers in responding to calls and conducting investigations: *CFP Evaluation*, at p. 11. It enables officers, before answering a call in a residence, to confirm the possible presence of firearms and determine whether they are possessed legally: *ibid.*, at p. 17. In 2011, Quebec police officers consulted this component

informé de toute demande en justice présentée pour faire subir une évaluation psychiatrique à une personne dont l’état mental présenterait un danger pour elle-même ou pour autrui qui la refuse, ou pour qu’elle soit gardée contre son gré dans un établissement de santé : art. 11; voir aussi l’art. 778 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25. Le Contrôleur doit alors vérifier « si cette personne est en possession d’une arme à feu, peut y avoir accès ou est titulaire d’un permis l’autorisant à en acquérir une » : art. 11 de la *Loi Anastasia*. C’est au moyen des données concernant les certificats d’enregistrement que cette vérification quant à la possession est réalisée : affidavit d’Isabelle Boudreault, 8 mars 2012, d.c., vol. 3, par. 59-64. Le gouvernement fédéral n’a jamais contesté l’utilisation par le Québec des données du SCIRAF pour les besoins de ses lois provinciales.

[126] En outre, les policiers québécois jouent également un rôle important dans le PCAF, notamment ceux de la Sûreté du Québec. D’ailleurs, la Contrôleure québécoise est une policière de la Sûreté du Québec. Par exemple, ils utilisent un système informatique pour identifier les individus impliqués dans des interventions policières pour certains événements. Ils inscrivent l’événement dans leur système, et une alerte est acheminée électroniquement par le SCIRAF au Contrôleur, qui décide si l’événement aura un impact sur l’éligibilité de l’individu de détenir un permis, et donc, par le fait même, un certificat d’enregistrement : affidavit d’Isabelle Boudreault, par. 13-15; contre-interrogatoire de Pierre Perron, 1<sup>er</sup> mai 2012, d.c., vol. 3, p. 102 et suiv.; réinterrogatoire de Pierre Perron, *ibid.*, p. 126-127. L’efficacité du système entier d’enregistrement repose donc sur le travail du Contrôleur et, plus généralement, des policiers.

[127] De plus, comme tous ceux d’autres corps policiers au Canada, les policiers du Québec ont accès à une composante du SCIRAF, qui les aide à répondre aux demandes d’intervention et à mener des enquêtes : *Évaluation PCAF*, p. 9. De cette manière, avant de faire une intervention dans une résidence, les policiers peuvent vérifier si des armes s’y trouvent et savoir si leur possession est légale : *ibid.*, p. 18. En 2011, les policiers du Québec ont consulté

of the CFIS more than 700 times a day on average: affidavit of Isabelle Boudreault, at para. 65. Thus, the application of certain Quebec legislation and the implementation of Quebec police procedures depend to a large extent upon access to CFIS data.

[128] It is thus clear that Quebec uses data from the CFIS for the purposes of its provincial legislation. This goes without saying, given that, as Blanchard J. mentioned several times, those data are the product of collaboration. They are also at the heart of a partnership that is grounded in the exercise of both federal and provincial powers. It is in this sense that Blanchard J.'s conclusion that the data are not purely "federal" must be understood. We should mention that Blanchard J. concluded that Quebec most likely participated in this partnership on the assumption that the federal government would not be able to unilaterally destroy its fruits (para. 35).

[129] In short, the CFO's powers under the *FA* overlap with his or her powers under provincial legislation. To argue that the position of CFO is of purely federal origin is to disregard this reality.

[130] Moreover, s. 95 of the *FA* provides that the federal government may enter into agreements with provincial governments to compensate them for administrative costs they have incurred in relation, *inter alia*, to processing licences and registration certificates. The federal government did in fact enter into such agreements with Quebec. It can be seen from the Canada-Quebec financial agreement with respect to the administration of the *FA* ("*Accord financier Canada-Québec relatif à l'administration de la Loi sur les armes à feu*") for the period from April 1, 2006 to March 31, 2010, agreement No. 2012-004, between the two governments, that although the agreement's primary purpose was to set out financial terms, it also contained clauses with a broader scope. For example, art. 5 provided that Quebec agreed to deliver all necessary services, described in the agreement, relating to the application of the *FA* within its jurisdiction. Under art. 7,

en moyenne plus de 700 fois par jour cette composante du SCIRAF : affidavit d'Isabelle Boudreault, par. 65. En conséquence, l'application de certaines lois québécoises et la mise en œuvre des procédures des policiers québécois dépendent étroitement de l'accès aux données du SCIRAF.

[128] On constate donc que le Québec fait usage des données du SCIRAF pour les besoins de ses lois provinciales. Cela va de soi, car, comme le souligne le juge Blanchard à plusieurs reprises, ces données sont le fruit d'une collaboration. Elles sont également au cœur d'un partenariat qui repose sur l'exercice de compétences législatives tant fédérale que provinciales. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre la conclusion du juge de première instance voulant que les données ne soient pas purement « fédérales ». Mentionnons que le juge a conclu que le Québec s'est vraisemblablement engagé dans ce partenariat en supposant que le gouvernement fédéral ne pouvait, par sa seule volonté, en détruire les fruits (par. 35).

[129] Bref, les pouvoirs que le Contrôleur exerce en vertu de la *LAF* et des lois provinciales se chevauchent. Soutenir que le poste de Contrôleur est une émanation purement fédérale ignore cette réalité.

[130] Par ailleurs, l'art. 95 de la *LAF* prévoit que le gouvernement fédéral peut conclure avec les gouvernements provinciaux des accords de remboursement des frais administratifs engagés par ceux-ci, notamment en ce qui concerne le traitement des permis et des certificats d'enregistrement. Le gouvernement fédéral a conclu de tels accords avec le Québec. À la lecture de l'*Accord financier Canada-Québec relatif à l'administration de la Loi sur les armes à feu*, 1<sup>er</sup> avril 2006 au 31 mars 2010, entente n° 2012-004, intervenu entre le gouvernement fédéral et le Québec, on constate que, si cet accord vise principalement à énoncer des modalités financières, il contient aussi des clauses qui ont une plus large portée. Par exemple, l'art. 5 précise que le Québec convient d'assurer tous les services requis et décrits dans l'entente relativement à l'application de la *LAF*, dans les limites de ses compétences. L'article 7 requiert que le Canada fournisse au Québec

Canada was required to provide Quebec with a functioning and operational CFIS together with its related components. Finally, art. 23 provided that [TRANSLATION] “[a]ny information collected by Canada or by Quebec under this Agreement is subject to the rights and protections set out in federal and Quebec legislation concerning access to information and the protection of personal information.”

[131] It should also be noted that notwithstanding the possibility of compensation from the federal government, the provinces that participated in the CFP, including Quebec, had to invest considerable amounts in relation to the implementation of the *FA*, as can be seen from an RCMP report:

It appears as if the opt-out provinces/territories, where the RCMP is the provincial/territorial police service, benefit substantially from the current cost arrangement, in terms of dollar value. The other opt-in provinces, where there are other provincial police services, have made substantial investments to benefit from the weight and services of the program . . . .

(*CFP Evaluation*, at p. 68)

It would therefore seem incorrect to say that the province of Quebec made no financial contribution whatsoever to firearms control and to the administration of the *FA*. By focusing on the financing of the CFOs, the AGC disregards the broader implications and consequences of the CFP. We cannot accept this approach.

[132] Indeed, it is our opinion that the AGC is mistaken as regards the nature of the partnership relied on by the AGQ. This partnership involves more than just the entry of data in the CFIS and the functions performed by Quebec’s CFO under the *FA*. It relates to the whole of the CFP and also includes the role played by Quebec and its police officers in regulating firearms in collaboration with Canada.

le SCIRAF, fonctionnel et opérationnel, ainsi que ses composantes connexes. Enfin, aux termes de l’art. 23, « [t]out renseignement recueilli par le Canada ou le Québec, dans le cadre du présent accord, est assujéti aux droits et aux protections prévus par les législations fédérales et québécoise[s] applicables concernant l’accès à l’information et la protection des renseignements personnels. »

[131] Il convient du reste de noter que, malgré la possibilité d’un remboursement de certaines dépenses provinciales par le gouvernement fédéral, les provinces ayant participé au PCAF, dont le Québec, ont dû investir des sommes considérables pour l’application de la *LAF*, comme le précise un rapport de la GRC :

Il semble que dans les provinces et territoires qui se sont désistés, et où la GRC exerce les fonctions de police provinciale ou territoriale, l’arrangement actuel pour le financement des coûts s’avère très profitable financièrement. Quant aux autres provinces participantes dotées de leurs propres services policiers, elles ont dû investir des sommes considérables pour profiter des avantages et des services du PCAF . . . .

(*Évaluation PCAF*, p. 79)

Il semble donc inexact d’affirmer que la province de Québec n’a d’aucune façon contribué financièrement au contrôle des armes à feu et à l’administration de la *LAF*. En s’attachant à la question du financement des Contrôleurs, le PGC fait abstraction des implications et des conséquences globales découlant du PCAF. Nous ne pouvons souscrire à cette approche.

[132] À vrai dire, nous sommes d’opinion que le PGC se méprend sur la nature du partenariat invoqué par le PGQ. Ce partenariat s’étend au-delà de la saisie des données dans le SCIRAF et des fonctions exercées par le Contrôleur québécois en vertu de la *LAF*. Il s’entend de la globalité du PCAF et comprend également le rôle joué par le Québec et ses policiers dans le domaine de la réglementation des armes à feu en collaboration avec le Canada.



[133] Through the role played by the CFO and by Quebec's police forces, and aided by the CFIS (whose construction it contributed toward), the province of Quebec has for years implemented its own view of firearms control from the perspective of the administration of justice and health. Moreover, the RCMP recognized the possibility of the provinces adapting the program to their needs, as can be seen from the following passage from a report we cited above:

The main benefit cited for creating the opt-in program was the promotion of a program delivery model that met an identified need for the provinces to be able to adapt the delivery of the program to local circumstances. In this area, it was believed that the opt-in program has been successful; service delivery has been aligned to meet the service delivery priorities of the provincial governments, and be supported to work with other areas of provincial jurisdiction, such as justice and policing, and health. In Québec, this culminates in an integrated service delivery model, and a profound interest to improve the program to meet heightened provincial public safety and health expectations. [Emphasis added.]

(*CFP Evaluation*, at p. 67)

[134] We find from the foregoing that a partnership has developed between the federal government and Quebec that is structured around the following main elements:

- the design, implementation and administration of the CFP;
- the compiling and pooling of data by the Registrar and the CFO together with a mutually guaranteed right of access to the data in question;
- the use of CFIS data for federal and provincial purposes; and
- the joint and complementary exercise of provincial and federal powers in the context of firearms control.

[133] Par le rôle qu'ont joué le Contrôleur et les policiers du Québec et grâce au SCIRAF qu'elle a contribué à construire, la province de Québec a mis en œuvre pendant des années sa propre vision du contrôle des armes à feu, dans une perspective d'administration de la justice et de santé. La GRC reconnaît d'ailleurs la possibilité pour les provinces d'adapter le programme à leurs besoins, dans un rapport que nous avons déjà mentionné plus haut :

Le principal avantage mentionné par rapport à ce programme de financement optionnel est qu'il répond à la nécessité manifeste pour les gouvernements provinciaux de pouvoir adapter son application au contexte local. Sur ce plan, on le considère comme une réussite; il a permis de concilier la fourniture des services correspondants avec les priorités en la matière des gouvernements provinciaux, et d'œuvrer en coopération avec d'autres secteurs de juridiction provinciale, comme la justice, les services policiers et la santé. Au Québec, où cela se traduit par un modèle intégré de fourniture des services, les autorités s'efforcent d'améliorer le programme pour satisfaire aux exigences accrues qui se posent au niveau provincial en matière de sécurité publique et de santé. [Nous soulignons.]

(*Évaluation PCAF*, p. 78)

[134] Nous en concluons qu'un partenariat entre le gouvernement fédéral et le Québec s'est articulé autour des grands axes suivants :

- la conception, la mise sur pied et l'administration du PCAF;
- la mise en commun des données recueillies par le Directeur et le Contrôleur, ainsi qu'un droit d'accès, garanti réciproquement, aux données en question;
- l'utilisation des données du SCIRAF à des fins fédérales et provinciales;
- l'exercice conjoint et complémentaire de compétences provinciales et fédérale dans le cadre du contrôle des armes à feu.

[135] In our opinion, this factual reality unique to the CFIS and the partnership of which it forms a part is essential to the determination of whether s. 29 of the *ELRA* is constitutional. Before turning to the analysis on that subject, we will briefly discuss the framework applicable to it.

C. *Analytical Framework Applicable to the Division of Powers*

(1) Pith and Substance

[136] When the constitutionality of a statutory provision is challenged on the basis of the division of powers, courts turn to the “pith and substance” doctrine. To apply this doctrine, they must review the extent to which the impugned provision intrudes on the powers of the other level of government: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at paras. 20-21. According to the principles developed by this Court, it is necessary first to identify the impugned provision’s “pith and substance”, and then to determine whether the provision falls within a head of power of the level of government at which it was enacted: see *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 63; *Quebec (Attorney General) v. Lacombe*, 2010 SCC 38, [2010] 2 S.C.R. 453, at para. 20; *FA Reference*, at para. 16; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 52-58; see also H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 463; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 15-5 to 15-7.

[137] A provision’s pith and substance is its “dominant characteristic”: see *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 13. In this Court’s words, “[a] pith and substance analysis looks at both (1) the purpose of the legislation as well as (2) its effect”: *Kitkatla Band*, at para. 53; see also *Reference re Securities Act*, at paras. 63-64; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 199.

[135] Cette réalité factuelle propre au SCIRAF et au partenariat dans lequel il s’inscrit conditionne à notre avis l’analyse de la constitutionnalité de l’art. 29 de la *LARA*. Avant de procéder à cette analyse, nous rappellerons brièvement le cadre applicable.

C. *Le cadre d’analyse en matière de partage des compétences*

(1) Le caractère véritable

[136] Lorsque la constitutionnalité d’une disposition législative est contestée sur la base du partage des compétences, les tribunaux ont recours à la doctrine dite du caractère véritable. Cette démarche implique nécessairement l’examen de la portée de l’empiètement de la disposition contestée sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 20-21. Notre Cour enseigne qu’il faut d’abord rechercher le « caractère véritable » de la disposition contestée, puis déterminer si celle-ci relève des compétences de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée : voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 63; *Québec (Procureur général) c. Lacombe*, 2010 CSC 38, [2010] 2 R.C.S. 453, par. 20; *Renvoi sur la LAF*, par. 16; *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. 52-58; voir aussi H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 463; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl.), p. 15-5 à 15-7.

[137] Le caractère véritable de la disposition est sa « caractéristique dominante » : voir *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 13. Selon notre Cour, « [l]’analyse du caractère véritable porte à la fois (1) sur l’objet de la législation et (2) sur ses effets » : *Bande Kitkatla*, par. 53; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 63-64; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 199.

[138] To establish the purpose of legislation or of a statutory provision, “the Court may look at both intrinsic evidence, such as purpose clauses, or extrinsic evidence, such as Hansard or the minutes of parliamentary committees”: *Kitkatla Band*, at para. 53. In this regard, the Court has held that it is necessary to “seek to ascertain the *true* purpose of the legislation, as opposed to its mere stated or apparent purpose”: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 27 (emphasis in original), citing *Attorney-General for Ontario v. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (P.C.), at p. 337. Thus, in any division of powers case, the intention behind a statute, that is, the purpose actually being pursued by the legislature, can cause the entire statute to be invalid: see, e.g., *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

[139] As for the review of the provision’s effects, it concerns both those legal and practical, which include direct effects of the provision and the “side” effects flowing from its application: *Kitkatla Band*, at para. 54; *Reference re Securities Act*, at para. 64; *Lacombe*, at para. 20. The foregoing analysis as a whole makes it possible to determine the constitutional nature of the provision, and to assess whether it encroaches on the powers of the other level of government.

## (2) Ancillary Powers

[140] Where, because of its pith and substance, a provision found in an otherwise valid statute encroaches on the jurisdiction of the other level of government, the Court must determine whether the encroachment is ancillary: see *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at paras. 187-89. If the encroachment is in fact ancillary, the provision will be considered valid provided that it is sufficiently integrated into the scheme of the statute: *Lacombe*, at paras. 34-36.

[141] The degree of integration of a provision that is needed for an encroachment to be considered ancillary varies with the seriousness, or extent, of

[138] Pour déterminer l’objet d’une loi ou d’une disposition législative, « la Cour peut examiner tant la preuve intrinsèque, telles les dispositions énonçant les objectifs généraux, que la preuve extrinsèque, tels le Hansard ou les comptes rendus des comités parlementaires » : *Bande Kitkatla*, par. 53. Sous ce rapport, notre Cour a rappelé la nécessité de « rechercher l’objectif *réel* de la législation, plutôt que son but simplement déclaré ou apparent » : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 27 (en italique dans l’original), citant *Attorney-General for Ontario c. Reciprocal Insurers*, [1924] A.C. 328 (C.P.), p. 337. Ainsi, dans toute affaire de partage des compétences, l’intention qui anime une loi — c’est-à-dire le but véritable poursuivi par le législateur — peut avoir pour effet d’invalider une loi entière : voir, p. ex., *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

[139] Quant aux effets d’une disposition, ils se mesurent tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, ce qui inclut ses effets directs et les effets « secondaires » de son application : *Bande Kitkatla*, par. 54; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 64; *Lacombe*, par. 20. L’ensemble de cette analyse permet de qualifier la disposition au regard de la Constitution et de vérifier si elle déborde sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement.

## (2) Les pouvoirs accessoires

[140] Lorsque, en raison de son caractère véritable, une disposition insérée dans une loi par ailleurs valide déborde sur un champ de compétence d’un autre ordre de gouvernement, l’analyse de la Cour porte alors sur le caractère accessoire de ce débordement : voir *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 187-189. Si le débordement conserve un caractère accessoire, la disposition sera jugée valide, pourvu qu’elle soit suffisamment intégrée à la loi : *Lacombe*, par. 34-36.

[141] Le degré d’intégration d’une disposition requis pour qu’un débordement puisse conserver un caractère accessoire varie en fonction de la gravité

the encroachment. If the encroachment of the impugned provision on the jurisdiction of the other level of government is merely “marginal” or “limited”, a functional relationship between the provision and the statutory scheme may suffice. If, on the other hand, the federal provision is “highly” intrusive vis-à-vis provincial powers, a stricter test of necessity will apply: *General Motors*, at pp. 668-70.

[142] More generally, we wish to repeat the following comment about the ancillary powers doctrine made by the Court in *Lacombe*:

... 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 extrajurisdictional provision plays in a valid legislative scheme. The relation cannot be insubstantial . . . . [Emphasis added; para. 35.]

[143] Thus, the Court recognized that a government at one level can validly pass legislation on a matter within its jurisdiction even though the legislation intrudes upon the other level’s jurisdiction. Yet the constitutional doctrines that make such an intrusion permissible — namely the pith and substance and ancillary powers doctrines — cannot be fully understood without considering the constitutional principles upon which they are based: *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 196. We will now turn to these principles, in particular that of federalism.

### (3) Unwritten Principles: Federalism

[144] The Court has, while stressing that our written Constitution is paramount, recognized the importance of the unwritten principles that underlie it. These principles infuse the analysis and interpretation of the division of powers. They “assist in the interpretation of the text and the delineation of spheres of jurisdiction, the scope of rights and obligations, and the role of our political institutions”: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 52. They also reflect our Constitution’s historical context and have facilitated its application throughout its history; thus,

du débordement ou de son étendue. Si les dispositions contestées ne débordent que de façon « négligeable » ou « restreinte » sur les compétences de l’autre ordre de gouvernement, un rapport fonctionnel entre ces dispositions et le régime législatif peut suffire. Si, au contraire, les dispositions fédérales débordent de façon « considérable » sur les compétences des provinces, un critère de nécessité plus strict s’applique : *General Motors*, p. 668-670.

[142] De manière plus générale, nous tenons à rappeler les propos suivants formulés par la Cour, dans l’affaire *Lacombe*, au sujet de la doctrine des pouvoirs accessoires :

... 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 . . . . [Nous soulignons; par. 35.]

[143] Ainsi, notre Cour reconnaît qu’un ordre de gouvernement peut valablement légiférer dans un domaine relevant de sa compétence tout en empiétant sur les compétences de l’autre ordre. Les doctrines constitutionnelles qui permettent un tel empiètement — à savoir le caractère véritable et les pouvoirs accessoires — ne peuvent toutefois être bien comprises sans un examen des principes constitutionnels qui ont guidé leur évolution : *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 196. C’est sur ces principes, en particulier celui du fédéralisme, que nous nous attarderons maintenant.

### (3) Les principes non écrits : le fédéralisme

[144] Tout en insistant sur la primauté de notre Constitution écrite, notre Cour reconnaît l’importance des principes non écrits qui sous-tendent celle-ci. Ces principes imprègnent l’analyse et l’interprétation du partage des compétences. Ils « guident l’interprétation du texte et la définition des sphères de compétence, la portée des droits et obligations ainsi que le rôle de nos institutions politiques » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 52. Ces principes, qui reflètent le contexte historique de notre Constitution, ont facilité sa mise en œuvre tout au long de son

they are to the Constitution what sap is to a tree. In this sense, they are “a necessary part of our Constitution because problems or situations may arise which are not expressly dealt with by the text of the Constitution”: *ibid.*, at para. 32.

[145] As this Court explained in *Reference re Secession of Quebec*, federalism “was a legal response to the underlying political and cultural realities that existed at Confederation and continue to exist today”, and “political leaders [had] told their respective communities that the Canadian union would be able to reconcile diversity with unity”: para. 43. The principle of federalism requires that the constitutional division of powers be respected and that a balance be maintained between federal and provincial powers. One “power may not be used in a manner that effectively eviscerates another”: *Reference re Securities Act*, at para. 7; *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 57-58.

[146] According to the “classical” approach favoured by the Judicial Committee of the Privy Council until 1949, the heads of power constituted “watertight compartments”, and overlaps between them were to be avoided to the extent possible: *Reference re Securities Act*, at para. 56.

[147] The modern view of federalism rejects this approach and replaces it with a more flexible conception of the division of powers that is dominant in this Court’s recent jurisprudence. This conception “recognizes that in practice there is significant overlap between the federal and provincial areas of jurisdiction, and provides that both governments should be permitted to legislate for their own valid purposes in these areas of overlap”: *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 62; *Canadian Western Bank*, at paras. 36-37; *Reference re Securities Act*, at para. 57. Such a conception thus facilitates intergovernmental co-operation: see *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 19-20, per Dickson C.J.; *Reference*

histoire; ils sont donc à la Constitution ce que la sève est à l’arbre. En ce sens, ils font « nécessairement partie de notre Constitution, parce qu’il peut survenir des problèmes ou des situations qui ne sont pas expressément prévus dans le texte de la Constitution » : *ibid.*, par. 32.

[145] Comme notre Cour l’a expliqué dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, le fédéralisme « était la réponse juridique aux réalités politiques et culturelles qui existaient à l’époque de la Confédération et qui existent toujours aujourd’hui » et « les dirigeants politiques avaient dit à leur collectivité respective que l’union canadienne permettrait de concilier unité et diversité » : par. 43. Le principe du fédéralisme exige le respect du partage constitutionnel des compétences et le maintien d’un équilibre entre les pouvoirs du fédéral et ceux des provinces. Un « pouvoir ne peut être utilisé d’une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence » : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 7; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 57-58.

[146] Selon l’approche « classique » privilégiée par le Comité judiciaire du Conseil privé jusqu’en 1949, les compétences constituaient des « compartiments étanches », et il fallait éviter le plus possible les chevauchements entre elles : *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 56.

[147] La vision moderne du fédéralisme rejette cette approche, en faveur d’une conception plus souple du partage des compétences, qui domine dans la jurisprudence récente de notre Cour. Cette conception « admet un important chevauchement des compétences fédérales et provinciales dans les faits et permet aux deux ordres de gouvernement de légiférer relativement à des objectifs légitimes dans les matières où il y a chevauchement » : *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 62; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 36-37; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 57. Cette conception facilite ainsi la coopération intergouvernementale : voir *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 19-20, le juge

*re Securities Act*, at paras. 57-58. Both in law and in the political arena, the concept of “co-operative federalism” has been developed to adapt the principle of federalism to this modern reality.

(4) Recognition of Co-operative Federalism

[148] Co-operative federalism reflects the realities of an increasingly complex society that requires the enactment of co-ordinated federal and provincial legislative schemes to better deal with the local needs of unity and diversity: *PHS*, at para. 63; *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 148-49. From a legal perspective, it is by allowing for overlapping powers through the application of the pith and substance and ancillary powers doctrines that co-operative federalism is able to meet those needs and, in this sense, to enable the goals of federalism to be realized.

[149] In our opinion, the federal-provincial partnership with respect to firearms control is consistent with the spirit of co-operative federalism. This partnership has enabled the federal and provincial governments to work together, rather than in isolation, to achieve both federal (criminal law) and provincial (public safety and administration of justice) purposes.

[150] In the case at bar, this Court is not being asked to hold that a co-operative scheme based on the powers of both levels of government is valid. Rather, the AGQ is challenging the validity of a provision that contributes to the dismantling of a partnership that was created in the spirit of co-operative federalism. This situation is unique and novel.

(5) The End of a Partnership Based on “Co-operative Federalism”

[151] In the novel circumstances of this case, our analysis must be guided by the Constitution’s unwritten principles. In particular, we must be careful not to place the principle of federalism and its modern form — co-operative federalism — in jeopardy. As the Court has noted, “the very functioning

en chef Dickson; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 57-58. Le concept du « fédéralisme coopératif » se veut l’adaptation du principe du fédéralisme à cette réalité moderne, et ce, tant par le droit que les acteurs politiques.

(4) La reconnaissance du fédéralisme coopératif

[148] Le fédéralisme coopératif reflète les réalités d’une société de plus en plus complexe, qui fait appel à des régimes législatifs fédéraux et provinciaux coordonnés afin de mieux répondre aux besoins locaux d’unité et de diversité : *PHS*, par. 63; *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 148-149. D’un point de vue juridique, c’est par les chevauchements de compétences qu’il accepte en vertu de l’application de la doctrine du caractère véritable et de celle des pouvoirs accessoires que le fédéralisme coopératif sait répondre à ces besoins et, en ce sens, permet de réaliser les buts du fédéralisme.

[149] À notre avis, le partenariat fédéral-provincial en matière de contrôle des armes à feu s’inscrit dans cet esprit de fédéralisme coopératif. Ce partenariat a permis au gouvernement fédéral et aux provinces de mieux accomplir ensemble, plutôt qu’individuellement, tant des objectifs fédéraux (en droit criminel) que des objectifs provinciaux (en matière de sécurité publique et d’administration de la justice).

[150] En l’espèce, on ne demande pas à notre Cour de valider l’adoption d’un régime coopératif qui prend appui sur les compétences des deux ordres de gouvernement. Le PGQ remet plutôt en question la validité d’une disposition qui contribue au démantèlement d’un partenariat créé dans cet esprit de fédéralisme coopératif. La situation est unique et inusitée.

(5) La fin d’un partenariat inspiré par le « fédéralisme coopératif »

[151] Face au contexte inusité de la présente affaire, nous devons faire appel aux principes non écrits de la Constitution pour guider notre analyse. En particulier, il faut nous assurer que le principe du fédéralisme — et son expression moderne le fédéralisme coopératif — ne soit pas mis en péril. Comme

of Canada's federal system must continually be reassessed in light of the fundamental values it was designed to serve": *Canadian Western Bank*, at para. 23.

[152] The dominant tide with respect to the division of powers admits of overlapping powers and favours co-operation between the different levels of governments. It also supports the validity of schemes established jointly through partnerships developed between members of our federation. In our opinion, our courts must protect such schemes both when they are implemented and when they are dismantled. It would hardly make sense to encourage co-operation and find that schemes established in the context of a partnership are valid while at the same time refusing to take this particular context into account when those schemes are terminated.

[153] In our opinion, the dismantling of a partnership like the one established with respect to gun control must be carried out in a manner that is compatible with the principle of federalism that underlies our Constitution. Thus, Parliament or a provincial legislature cannot adopt legislation to terminate such a partnership without taking into account the reasonably foreseeable consequences of the decision to do so for the other partner. The courts must, in considering whether legislation or a statutory provision having as its purpose to dismantle the partnership is constitutional, be aware of the impact of that legislation or provision on the other partner's exercise of its powers, especially when the partner that terminates the relationship is intentionally bringing about that impact.

[154] In other words, a co-operative scheme from which both the federal and provincial governments benefit cannot be dismantled unilaterally by one of the parties without taking the impact of such a decision on its partner's heads of power into account. To conclude otherwise would be to accept a one-way form of co-operative federalism. That would upset the balance between, on the one hand, the principle of co-operative federalism — which permits a government at one level to pass laws that

le rappelle notre Cour, « [l]e fonctionnement même du régime fédéral canadien doit [. . .] continuellement faire l'objet de nouvelles analyses au regard des valeurs fondamentales qu'il était destiné à favoriser » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 23.

[152] Le courant dominant en matière de partage des compétences autorise des chevauchements de compétences et facilite la coopération entre les ordres de gouvernement. Il reconnaît également la validité de régimes établis conjointement par voie de partenariats entre les acteurs de notre fédération. Nous estimons que nos tribunaux doivent protéger de tels régimes, tant au moment de leur mise en place que lors de leur démantèlement. Il serait illogique, d'une part, d'encourager la coopération et de reconnaître la validité de régimes établis en partenariat, mais, d'autre part, de refuser de tenir compte de ce contexte particulier lorsque ces régimes prennent fin.

[153] D'après nous, le démantèlement d'un partenariat tel le contrôle des armes à feu doit se faire dans le respect du principe du fédéralisme qui soutient notre Constitution. Ainsi, le Parlement ou une législature provinciale ne peut légiférer pour mettre fin à un tel partenariat sans tenir compte des conséquences raisonnablement prévisibles de cette décision pour l'autre partenaire. En examinant la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition législative qui vise à démanteler ce partenariat, les tribunaux doivent être sensibles aux répercussions sur l'exercice par le partenaire de ses compétences, et ce, encore plus quand le partenaire mettant fin au partenariat agit dans le but de provoquer ces répercussions.

[154] En d'autres mots, un régime coopératif dont bénéficient les gouvernements fédéral et provinciaux ne peut être démantelé unilatéralement par une partie sans tenir compte des conséquences d'une telle décision sur les compétences de son partenaire. Conclure autrement reviendrait à cautionner un fédéralisme coopératif à sens unique. Cela romprait l'équilibre entre, d'un côté, le principe du fédéralisme coopératif — qui permet à chaque ordre de gouvernement de légiférer d'une manière ayant

have an impact on the powers of the other level — and, on the other hand, the doctrine of inter-jurisdictional immunity — which is inherent in the principle of federalism. The requirement that a government respect the other level's powers is all the more important when the parties have chosen to form a partnership. In a co-operative context, actions of a government at one level can have serious consequences for the other level. It is therefore necessary to show vigilance for the increased risk of disrupting the constitutional balance that is protected by the principle of federalism. The concern here is not to alter the separation of powers in our Constitution through the application of co-operative federalism, but to ensure that it is respected. The Court explained this as follows in *Reference re Securities Act*:

Yet we may appropriately note the growing practice of resolving the complex governance problems that arise in federations, not by the bare logic of either/or, but by seeking cooperative solutions that meet the needs of the country as a whole as well as its constituent parts.

Such an approach is supported by the Canadian constitutional principles and by the practice adopted by the federal and provincial governments in other fields of activities. The backbone of these schemes is the respect that each level of government has for each other's own sphere of jurisdiction. Cooperation is the animating force. The federalism principle upon which Canada's constitutional framework rests demands nothing less. [Emphasis added; paras. 132-33.]

[155] We could not state these principles more clearly than the Court has already done in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*:

In short, care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis. Be it in identifying the pith and substance of a statute or a provision or in reviewing the limits of an assigned power or of the exercise of an ancillary power, the courts must bear the importance of the unwritten constitutional principles in mind and must adhere to them. [para. 196]

une incidence sur les compétences de l'autre — et, de l'autre, la doctrine de l'exclusivité des compétences législatives — qui est inhérente au principe du fédéralisme. La nécessité de respecter les compétences de chacun s'impose encore davantage lorsque les parties ont choisi d'agir en partenariat. Dans un contexte de coopération, les actions d'un ordre de gouvernement peuvent entraîner des répercussions importantes sur l'autre ordre. Il est donc nécessaire de demeurer vigilant au risque accru d'atteinte à l'équilibre constitutionnel que protège le principe du fédéralisme. Il n'est pas question ici d'altérer la séparation des pouvoirs de notre Constitution par l'utilisation du fédéralisme coopératif, mais plutôt d'en assurer le respect. Comme l'expliquait notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* :

Nous pouvons toutefois à bon droit noter l'existence d'une tendance de plus en plus marquée à envisager les problèmes complexes de gouvernance susceptibles de se présenter dans une fédération, non pas comme une simple alternative entre les deux ordres de gouvernement, mais comme une recherche coopérative de solutions qui satisfont les besoins tant de l'ensemble du pays que de ses composantes.

Une telle approche s'inscrit dans le droit fil des principes constitutionnels canadiens et des pratiques adoptées par le fédéral et les provinces dans d'autres sphères d'activité. Ces régimes ont pour pivot le respect par chacun des champs de compétence de l'autre et la collaboration pour principe directeur. Le fédéralisme qui sous-tend le cadre constitutionnel canadien n'exige pas moins. [Nous soulignons; par. 132-133.]

[155] Nous ne pourrions énoncer ces principes mieux que ne l'a fait notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée* :

En somme, le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle. Que ce soit à l'occasion de la détermination du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition ou au moment de l'examen des limites d'une compétence attribuée ou de l'exercice d'une compétence accessoire, les tribunaux doivent se rappeler l'importance des principes constitutionnels non écrits et veiller à les respecter. [par. 196]



[156] Thus, subject to adherence to the above-mentioned principles, the courts nonetheless must not stray from the analytical framework applicable to the division of powers. To determine whether s. 29 of the *ELRA* is valid, it is therefore necessary to consider that framework and these principles.

D. *Constitutionality of Section 29 of the ELRA*

[157] In the instant case, the Court of Appeal strayed from the analytical approach the courts must take. It is true that Parliament can repeal or amend legislation it has validly enacted under one of its heads of power: *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, at pp. 548-49. Nevertheless, the courts must consider the impugned provision or legislation to determine whether, in pith and substance, all that it does in fact is repeal or amend legislation that was validly enacted.

[158] On the one hand, it is not enough in this regard to say, as the Court of Appeal did, that the legislative measure is merely repealing legislation. That does not resolve the issue of whether it is constitutional. In *Upper Churchill*, this Court held that repealing legislation can, as a result of its purpose and its effect, be *ultra vires* the government that enacted it: see also, on this subject, P. Daly, “Dismantling Regulatory Structures: Canada’s Long-Gun Registry as Case Study” (2014), 33 *N.J.C.L.* 169.

[159] On the other hand, a statutory provision might be enacted to abolish a scheme that was incidental to the jurisdiction of the legislature that initially created it. In such a case, the legislature in question might in theory wish to eliminate an encroachment on a head of power that does not belong to it. But it is quite possible that what the legislature intends to do to eliminate that initial encroachment in fact encroaches to an even greater extent on that head of power. This is all the more likely to occur in the context of a partnership.

[160] As a result, whether s. 29 of the *ELRA* is constitutional must be determined in the same way

[156] Cela dit, sous réserve du respect des principes susmentionnés, les tribunaux ne doivent pas pour autant s’écarter du cadre d’analyse prescrit en matière de partage des compétences. Il faut donc déterminer la validité de l’art. 29 de la *LARA* en fonction de ce cadre et de ces principes.

D. *Constitutionnalité de l’art. 29 de la LARA*

[157] La méthode d’analyse adoptée par la Cour d’appel en l’espèce s’écarte de celle que doivent suivre les tribunaux. Certes, le Parlement peut abroger ou modifier une loi qu’il a validement édictée en vertu d’un chef de compétence relevant de lui : *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, p. 548-549. Les tribunaux doivent toutefois examiner la disposition ou la loi contestée afin de déterminer si, eu égard à son caractère véritable, celle-ci ne fait effectivement qu’abroger ou modifier une loi validement édictée au préalable.

[158] D’une part, il n’est pas suffisant à cet égard de dire que la mesure législative est une simple loi abrogative, comme l’a fait la Cour d’appel. Cela ne règle pas la question de sa constitutionnalité. Dans l’arrêt *Upper Churchill*, notre Cour a décidé qu’une loi d’abrogation pouvait, par son objet et ses effets, outrepasser la compétence législative du gouvernement l’ayant édictée : voir aussi à ce sujet P. Daly, « Dismantling Regulatory Structures : Canada’s Long-Gun Registry as Case Study » (2014), 33 *R.N.D.C.* 169.

[159] D’autre part, une disposition législative peut viser l’abrogation d’un régime qui était accessoire à la compétence du législateur qui l’a initialement mis sur pied. Dans un tel scénario, ce législateur souhaite théoriquement mettre fin à un débordement sur une compétence qui n’est pas sienne. Mais il se peut par ailleurs très bien que, en raison de la manière dont il entend faire cesser le débordement initial, il déborde davantage sur les compétences en jeu. Cela risque à plus forte raison de survenir dans un contexte de partenariat.

[160] En conséquence, la constitutionnalité de l’art. 29 de la *LARA* doit être établie au même titre

as for any legislation enacted by Parliament. To do this, we must identify the pith and substance of that section and link it to a head of legislative power.

(1) Analysis Regarding the Pith and Substance of Section 29

[161] At first glance, the words of s. 29 of the *ELRA* pose no particular problems of interpretation. The provision orders the Registrar and the CFOs to destroy, as soon as feasible, all records in the CFR that relate to the registration of long guns or are under their control.

[162] From a structural standpoint, s. 29 of the *ELRA* is distinct from ss. 2 to 28. The latter sections amend the *Criminal Code* and the *FA* to abolish the requirement to register long guns and decriminalize the failure to comply with that requirement. Section 29, on the other hand, is a transitional provision. It is also relevant that the destruction of the data under s. 29 is exempted from the application of certain provisions of the *Library and Archives of Canada Act*, S.C. 2004, c. 11, and the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21: s. 29(3) *ELRA*.

[163] From a practical and legal standpoint, the principal effect of s. 29 of the *ELRA* is to delete the data in the CFR, and therefore in the CFIS, forever. Although it is true that s. 84 of the *FA* provides that “[t]he Registrar may destroy records kept in the [CFR] at such times and in such circumstances as may be prescribed”, s. 29 cannot, as the AGC argues, be compared to s. 84. First, the applicable regulations provide that a record of a registration certificate that is issued or revoked may not be destroyed: s. 4(1) of the *Firearms Records Regulations*. Second, the destruction of data on a massive scale would be contrary to the very purpose of the *FA*.

[164] Moreover, the analysis cannot be limited to a finding that s. 29 provides for the destruction of data. The federal government’s decision to destroy

que celle de toute loi édictée par le Parlement. Pour ce faire, nous devons cerner le caractère véritable de cette disposition et le rattacher à un chef de compétence législative.

(1) Analyse du caractère véritable de l’art. 29

[161] De prime abord, le texte de l’art. 29 de la *LARA* ne présente pas de difficulté d’interprétation particulière. Cette disposition ordonne à la fois au Directeur et aux Contrôleurs de détruire, le plus rapidement possible, tous les registres et fichiers relatifs à l’enregistrement des armes d’épaule qui se trouvent dans le RCAF ou qui relèvent d’eux.

[162] D’un point de vue structurel, l’art. 29 de la *LARA* constitue une composante distincte des art. 2 à 28. Ces derniers modifient le *Code criminel* et la *LAF* afin d’abolir l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule et de décriminaliser le défaut de s’y conformer. De son côté, l’art. 29 est une disposition transitoire. Il est également pertinent de noter que la destruction des données visées par l’art. 29 est soustraite à l’application de certaines dispositions de la *Loi sur la Bibliothèque et les Archives du Canada*, L.C. 2004, c. 11, et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, c. P-21 : par. 29(3) *LARA*.

[163] D’un point de vue pratique et juridique, l’effet premier de l’art. 29 de la *LARA* est d’effacer à jamais les données contenues dans le RCAF et donc, dans le SCIRAF. Certes, l’art. 84 de la *LAF* précise que « [l]e directeur peut détruire les fichiers versés au [RCAF] selon les modalités de temps et dans les situations prévues par règlement. » Mais on ne peut, comme le fait le PGC, comparer l’art. 29 à cette disposition. D’abord, le règlement applicable prévoit que les fichiers concernant les certificats d’enregistrement délivrés ou révoqués ne peuvent être détruits : par. 4(1) du *Règlement sur les registres d’armes à feu*. Ensuite, la destruction massive des données serait contraire à l’objectif même de la *LAF*.

[164] Par ailleurs, l’analyse ne peut s’arrêter après la seule constatation que l’art. 29 prévoit la destruction des données. En effet, la destruction des

the data without first transferring them to its partners, such as Quebec, will have serious consequences that are relevant to the question whether s. 29 is constitutional.

[165] Considered prospectively, the destruction of the data without first transferring them will ensure that the information contained in the records cannot be used by any subsequent federal government, or by the provinces or the police organizations that have, until now, used it for various purposes. In particular, the evidence in the record shows that the destruction of data required by s. 29 will prevent the provinces from using the data to create their own registries.

[166] Moreover, this destruction will retrospectively obliterate Quebec's collaboration in the construction of the long-gun database. It will also interfere with the current use of the data by Quebec that we discussed above.

[167] The extrinsic evidence shows that the purpose being pursued in enacting s. 29 of the *ELRA* was indeed to prevent the provinces from using the data. This intention is confirmed by some passages from the parliamentary debate that were quoted by Blanchard J.:

Mr. Speaker, this government committed to eliminating the ineffective long gun registry and we do not intend to help other levels of government create registries.

(*House of Commons Debates*, vol. 146, No. 041, 1st Sess., 41st Parl., November 1, 2011, at p. 2799, The Rt. Hon. Stephen Harper, Prime Minister of Canada)

Our government has no intention of transferring the information that it has in its offices to the provinces, nor will it make available that same information to be used by future governments to be re-enacted or brought back in the future.

(*Ibid.*, at p. 2779, The Hon. Peter Penashue, Minister of Intergovernmental Affairs)

données par le gouvernement fédéral sans qu'elles aient d'abord été transmises à ses partenaires, dont le Québec, entraînera d'importantes conséquences qui sont pertinentes pour l'analyse de la constitutionnalité de l'art. 29.

[165] De manière prospective, la destruction des données sans transfert préalable empêche tout usage des renseignements qu'elles contiennent par un gouvernement fédéral subséquent, ou par les provinces ou les organisations policières qui, jusqu'ici, les utilisaient à diverses fins. En particulier, la preuve au dossier révèle que la destruction des données exigée par l'art. 29 empêchera les provinces de se servir des données pour créer leurs propres registres.

[166] De plus, une telle destruction efface rétrospectivement la collaboration du Québec dans la construction de la base de données sur les armes d'épaule. Elle interfère également avec l'usage actuel des données par le Québec, que nous avons décrit ci-dessus.

[167] La preuve extrinsèque révèle que l'art. 29 de la *LARA* a été adopté précisément dans le but d'empêcher l'utilisation des données par les provinces. Des extraits des débats parlementaires cités par le juge Blanchard confirment cette volonté :

Monsieur le Président, ce gouvernement a pris l'engagement d'éliminer le registre inefficace des armes d'épaule, et nous n'avons pas l'intention de soutenir la création de registres par les autres paliers de gouvernement.

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. 146, n° 041, 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>er</sup> novembre 2011, p. 2799, le très hon. Stephen Harper, premier ministre du Canada)

Le gouvernement n'a l'intention ni de transférer aux provinces les renseignements qu'il détient dans ses bureaux ni de les mettre à la disposition de tout gouvernement futur afin qu'ils soient utilisés de nouveau.

(*Ibid.*, p. 2779, l'hon. Peter Penashue, ministre des Affaires intergouvernementales)

We will fulfill the promise that we made and that includes doing the right thing and ensuring that no other government could use the information to resurrect the failed long gun registry.

(*Ibid.*, at p. 2780, Kerry-Lynne D. Findlay, Parliamentary Secretary to the Minister of Justice)

[168] These declarations by the Prime Minister and by federal ministers show that the purpose of s. 29 was in fact to impose these prospective and retrospective effects of the destruction of the data on the provinces. Blanchard J. was therefore right to find that Parliament's intention in destroying the data was to hinder the provinces. This intention can be seen in how, and how quickly, Parliament wished to act. Allow us to specify that it is not so much the destruction of the data itself that is problematic, but the fact that the data are to be destroyed unilaterally combined with the effect of doing so, that is, *inter alia*, to prevent the provinces from using them.

[169] In light of the purpose and the effect of s. 29, therefore, the scope of the section is broader than the mere destruction of the data. Section 29 has harmful consequences for the federal government's partners. It is these consequences that require, having regard for the principle of federalism, a close consideration of the provision's pith and substance and the powers upon which the AGC relies in support of its being valid.

[170] The AGC submits that s. 29 falls within the federal criminal law power because its purpose relates to the repeal of part of the *FA*, that is, to the abolition of the long-gun registry. A legislative measure must meet three criteria to fall within that head of power. First, it must have a valid public purpose. Second, it must pursue that purpose by means of prohibitions. Third, the prohibitions must be supported by criminal sanctions: see *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, at para. 233. It is impossible to conclude that these three criteria are met in the case of s. 29, however, since what is at issue in the case at bar is the power to repeal a statute that was enacted under that head of power.

Nous tiendrons notre promesse, et cela suppose que nous agissions de la bonne façon en veillant à ce qu'aucun autre gouvernement ne puisse utiliser l'information pour rétablir l'inefficace registre des armes d'épaule.

(*Ibid.*, p. 2780, Kerry-Lynne D. Findlay, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice)

[168] Ces déclarations du premier ministre et des ministres fédéraux démontrent que l'objet de l'art. 29 était précisément d'imposer aux provinces les effets prospectifs et rétrospectifs de la destruction des données. C'est donc avec raison que le juge Blanchard a conclu que l'intention du Parlement était de nuire aux provinces en détruisant les données. La manière et l'empressement avec lesquels le Parlement désire procéder témoignent de cette intention. Précisons que ce n'est pas tant la destruction des données en soi qui pose problème, mais bien leur destruction unilatérale conjuguée à ses effets, soit notamment d'empêcher les provinces d'en faire usage.

[169] Vu son objet et ses effets, l'art. 29 a donc une portée plus large que la simple destruction des données. Il entraîne des conséquences néfastes pour les partenaires du gouvernement fédéral. Ce sont ces conséquences qui, au regard du principe du fédéralisme, exigent un examen serré du caractère véritable de l'art. 29 et des compétences dont se réclame le PGC pour justifier la validité de cette disposition.

[170] Le PGC soutient que l'art. 29 relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel, puisque cette disposition tend à l'abrogation d'une partie de la *LAF*, soit à l'abolition du registre des armes d'épaule. Afin de relever de cette compétence fédérale, une mesure législative doit satisfaire à trois conditions. Premièrement, elle doit avoir un objectif public valide. Deuxièmement, elle doit viser à la réalisation de cet objectif au moyen d'interdictions. Troisièmement, ces interdictions doivent être appuyées par des sanctions pénales : voir *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, par. 233. Toutefois, on chercherait en vain la présence de ces trois éléments dans l'art. 29, car ce qui est en jeu en l'espèce est le pouvoir d'abroger une loi édictée en vertu de ce chef de compétence.

[171] Yet we cannot find that the purpose of s. 29 relates to the repeal of the *FA*. First, as can be seen from the structure of the *ELRA*, the abolition by the federal government of the requirement to register long guns and the destruction of the data are two distinct objectives. Second, the purpose of s. 29 is not simply to destroy the data. Rather, it seeks to abolish a scheme in which those data are used and to terminate the partnership with Quebec.

[172] Nor, in this regard, can we conclude, as the Court of Appeal did and as our colleagues do, that s. 29 merely abolishes a “federal” scheme. We believe that this conclusion is based on the mistaken premise that the scheme abolished by s. 29 was created solely by the *FA*. Although it is true that the *FA* constitutes the statutory framework for the CFR, it must not be forgotten that that framework encroached on provincial jurisdiction at the time of its creation. Even more importantly, the CFR is only one component of the federal-provincial partnership for the control of long guns. As we showed above, this partnership, considered in its broad sense, required Quebec’s administrative, financial and legislative participation.

[173] We should also mention that unlike the situation in *Reference re Canada Assistance Plan*, which concerned the federal spending power, both the setting up and the maintenance of the CFR at issue in the case at bar gave it a provincial aspect. As the trial judge found, the data to which s. 29 applies are not only “federal”. The creation of the database, the CFIS, was dependent on co-operation between the provinces and the federal government. The interrelated information it contains was accumulated in the context of the close federal-provincial partnership described above. In this context, s. 29 of the *ELRA* was, in requiring that the data be destroyed without first being transferred to Quebec, also intended to abolish the “provincial” component of the scheme, both in the broad sense and in respect of the data.

[174] Finally, the AGC asserts that the purpose of s. 29 is to eliminate an invasion by the state of

[171] Or, nous ne pouvons conclure que l’art. 29 tend à l’abrogation de la *LAF*. D’abord, l’abolition par le gouvernement fédéral de l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule et la destruction des données sont deux objectifs distincts, comme le révèle la structure de la *LARA*. Ensuite, l’art. 29 ne vise pas simplement la destruction de données; il cherche plutôt à mettre fin à un régime utilisant ces données et au partenariat avec le Québec.

[172] Sur ce point, nous ne pouvons non plus conclure, comme la Cour d’appel et nos collègues, que l’art. 29 ne fait que mettre fin à un régime « fédéral ». Nous croyons que cette conclusion repose sur la thèse erronée que le régime auquel met fin l’art. 29 a été créé uniquement par la *LAF*. S’il est vrai que cette loi constitue le cadre législatif du RCAF, rappelons que ce cadre législatif débordait sur une compétence provinciale au moment de sa création. Fait plus important encore, le RCAF n’est qu’une des composantes du partenariat fédéral-provincial en matière de contrôle des armes d’épaule. Comme nous l’avons démontré, considéré au sens large, ce partenariat a fait appel à la participation administrative, financière et législative du Québec.

[173] Rappelons également que, à la différence du contexte dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada* où le pouvoir fédéral de dépenser était en jeu, tant la mise sur pied que le maintien du RCAF en cause en l’espèce lui ont fait acquérir un aspect provincial. Comme a conclu le juge de première instance, les données visées par l’art. 29 ne sont pas uniquement « fédérales ». La création de la base de données, le SCIRAF, reposait sur la coopération entre les provinces et le gouvernement fédéral. Les renseignements interreliés qu’elle contient ont été accumulés dans le cadre de l’étroit partenariat fédéral-provincial décrit ci-dessus. Dans ce contexte, en ordonnant la destruction des données sans transfert préalable au Québec, l’art. 29 de la *LARA* cherche à abolir également la composante « provinciale » de ce régime, tant au sens large qu’à l’égard des données.

[174] Enfin, le PGC affirme que l’objectif de l’art. 29 est de mettre fin à l’intrusion de l’État

the privacy of Canadians. If that were really the case, it is hard to understand why that section was inserted only in the final version of the bill, and only after Quebec had announced that it wanted to create its own registry. Quite obviously, in light of the extrinsic evidence, we do not believe the elimination of an invasion of privacy to have been the federal government's purpose.

[175] What, then, is the pith and substance of s. 29 of the *ELRA*?

[176] In our opinion, in light of its purpose and its effect, s. 29 goes much farther than simply requiring that the data be destroyed. Given that they are to be destroyed with no possibility of their first being transferred to the partners, and therefore without the impact of this measure on the partners' exercise of their powers being taken into account, the section's true purpose is to ensure that the information on long guns can no longer be used for any provincial purposes. As we mentioned above, however, the regulation of long guns and the use of information about them fall primarily within the provinces' power to make laws in relation to property and civil rights. This is all the more true now that the failure to comply with the requirement to register has been decriminalized, because the use of the information has lost its federal aspect. As a result, the pith and substance of s. 29 relates to the provinces' power over property and civil rights.

[177] To be valid, therefore, s. 29 must be integrated into the *ELRA* as a whole. This conclusion makes sense to us, given that whether the CFR is constitutional in fact depends on its being ancillary to a criminal law purpose, as the Court found in the *FA Reference*.

## (2) Ancillary Powers Analysis

[178] To determine whether s. 29 of the *ELRA* is constitutional on the basis of the ancillary powers doctrine, we must consider the seriousness, or extent, of its encroachment on provincial powers, bearing in mind that the provincial power to make

dans la vie privée des Canadiens. Si tel était réellement le cas, il est difficile de comprendre pourquoi cette disposition n'a été insérée que dans la dernière version du projet de loi, seulement après que le Québec ait annoncé vouloir créer son propre registre. De toute évidence, vu la preuve extrinsèque, nous ne croyons pas que tel était l'objectif du gouvernement fédéral.

[175] Quel est donc le caractère véritable de l'art. 29 de la *LARA*?

[176] À notre avis, vu son objet et ses effets, l'art. 29 va beaucoup plus loin que de mandater la simple destruction des données. Comme cette destruction s'effectue sans possibilité de transfert préalable de données aux partenaires, et donc sans tenir compte des conséquences de cette mesure sur l'exercice par ceux-ci de leurs compétences, son objet véritable consiste à mettre fin à toute utilisation des renseignements concernant les armes d'épaule pour toutes fins provinciales. Toutefois, comme nous l'avons dit plus tôt, la réglementation des armes d'épaule et l'utilisation de renseignements sur celles-ci relèvent avant tout du pouvoir des provinces de légiférer en matière de propriété et de droits civils. Ce l'est encore plus maintenant qu'a été décriminalisée l'omission de se conformer à l'obligation d'enregistrer ces armes, puisque l'utilisation de ces renseignements a perdu sa dimension fédérale. En conséquence, le caractère véritable de l'art. 29 se rattache à la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils.

[177] Pour qu'il soit valide, l'art. 29 doit donc pouvoir s'intégrer à la *LARA* dans son ensemble. Cette conclusion nous paraît logique, étant donné que la constitutionnalité du RCAF découle justement de son caractère accessoire à un objectif criminel, comme l'indique le *Renvoi sur la LAF*.

## (2) Analyse des pouvoirs accessoires

[178] Pour décider si l'art. 29 de la *LARA* est constitutionnel en vertu de la doctrine des pouvoirs accessoires, il faut évaluer la gravité, ou l'étendue, de son débordement sur les compétences provinciales, en gardant à l'esprit que le pouvoir des provinces de

laws in relation to property and civil rights is a head that should not be intruded upon lightly: *General Motors*, at pp. 672-73. We should mention that s. 29 may also encroach on the provinces' powers in relation to the administration of justice, as can be seen from our analysis below.

[179] The seriousness of the encroachment of s. 29 must be analyzed on the basis of the specific factual and legal context of the instant case, which includes the existence of the partnership between the federal government and Quebec.

[180] By enacting the *FA*, the federal government effectively took over the field of firearms regulation. The decision to do so had two major consequences. On the one hand, the provinces had to deal with a national registry. As a result, the creation of a provincial long-gun registry became unnecessary, especially given that the existence of the federal legislation made it possible for the provinces to play a major role in the CFP and in the creation of registries and of databases such as the CFIS through the joint and complementary exercise of their powers in relation to property and civil rights and the administration of justice. As well, Quebec passed legislation based upon this partnership with the federal government. The creation and management of a federal firearms registry thus led to the development of a provincial aspect. To destroy the registry unilaterally without taking this reality into account is to negate Quebec's financial, administrative and legislative participation.

[181] On the other hand, although the *FA* did not have a significant effect on the provinces' powers with respect to firearms at the time of its enactment, that is no longer true today in a context in which the data are to be destroyed without first being transferred to Quebec. The consequences of the loss of the information collected since 1998 will not be only financial in nature. The quality and usefulness of a restored registry created by Quebec would be diminished, since, to give one example, the chain of ownership of each weapon will have been lost. We note that in 2011, long guns represented more than

légiférer en matière de propriété et de droits civils constitue un chef de compétence sur lequel on ne peut déborder à la légère : *General Motors*, p. 673. Mentionnons que l'art. 29 peut également déborder sur les compétences provinciales en matière d'administration de la justice, comme notre analyse ci-dessous le démontre.

[179] La gravité du débordement de l'art. 29 doit être analysée en fonction du contexte factuel et juridique particulier de l'espèce, ce qui inclut le partenariat existant entre le gouvernement fédéral et le Québec.

[180] En adoptant la *LAF*, le gouvernement fédéral a effectivement envahi le champ de la réglementation des armes à feu. Cette décision du gouvernement fédéral a entraîné deux conséquences importantes. D'une part, les provinces ont dû composer avec un registre national. La création d'un registre provincial des armes d'épaule devenait donc superflue, d'autant plus que l'existence de la législation fédérale permettait aux provinces de jouer un rôle important dans le PCAF et dans la création de registres et de bases de données, tel le SCIRAF, par l'exercice conjoint et complémentaire de leurs pouvoirs en matière de propriété et droits civils et d'administration de la justice. Le Québec a en outre légiféré en fonction de ce partenariat avec le gouvernement fédéral. La création et la gestion d'un registre fédéral des armes à feu ont ainsi mené au développement d'un aspect provincial. La destruction unilatérale de ce registre, sans tenir compte de cette réalité, réduit à néant la participation financière, administrative et législative du Québec.

[181] D'autre part, si la *LAF* n'avait pas d'effet important sur les compétences provinciales relativement aux armes à feu lors de son adoption, ce n'est plus le cas aujourd'hui alors que les données seront détruites sans transfert préalable au Québec. La perte des renseignements recueillis depuis 1998 n'a pas que des conséquences financières. La qualité et l'utilité d'un registre éventuellement reconstruit par le Québec s'en trouveraient amoindries, car, par exemple, la chaîne de possession correspondant à chaque arme sera perdue. Soulignons qu'en 2011, les armes d'épaule représentaient plus de 90 p. 100

90 percent of registered firearms in Quebec: affidavit of Isabelle Boudreault, at paras. 18 and 31. Quebec maintains that, if it does not obtain and cannot retain the data concerning the registrations of interest to it, it will lose track of more than one and one half million long guns: *Evidence of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, at p. 2. Thus, the destruction of the data would compromise the creation and the usefulness of a future Quebec firearms registry.

[182] Furthermore, the CFO's role under the *FA* and the partnership discussed above led to the enactment by Quebec of legislation that falls within its powers in relation to the administration of justice. Destruction of the data would therefore interfere with the use Quebec makes of them in the administration of certain provincial legislative schemes, such as that of *Anastasia's Law*, and with their use by the police in investigations in particular.

[183] Finally, the federal government could have implemented its vision of firearms control without involving the provinces in any significant way, but it did not choose to take that approach. Doubtless for the sake of efficiency, it instead developed a legislative scheme that required active provincial participation and took the form of a partnership. This cannot be disregarded in analyzing the seriousness of the encroachment on the powers of the other level of government and, consequently, in determining the scope and validity of s. 29.

[184] This leads us to conclude that in terms of both its nature and its effects, s. 29 causes a substantial encroachment on provincial jurisdiction. In such a case, the Court's past decisions tell us that for the encroachment of s. 29 to be found to be ancillary to the *ELRA*, the degree to which the section is integrated into the Act must be high, that is, it must satisfy the necessity or "integral part" criterion: *General Motors*, at p. 671; see also *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *R.*

de toutes les armes à feu enregistrées sur le territoire québécois : affidavit d'Isabelle Boudreault, par. 18 et 31. S'il n'obtient et ne peut conserver les données sur les enregistrements le concernant, le Québec soutient qu'il va perdre la trace de plus d'un million et demi d'armes d'épaule : *Témoignages devant le Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, p. 2. Partant, la destruction des données compromet la création et l'utilité d'un futur registre québécois des armes à feu.

[182] En outre, le rôle du Contrôleur au sein de la *LAF* et le partenariat déjà explicité sont à l'origine de l'adoption par le Québec de lois relevant de ses pouvoirs en matière d'administration de la justice. Pour cette raison, la destruction des données interférera avec l'utilisation qu'en fait le Québec dans son application de certains régimes législatifs provinciaux telle la *Loi Anastasia*, de même qu'avec l'emploi des données par les policiers dans le cadre d'enquêtes notamment.

[183] Au final, le gouvernement fédéral aurait pu concrétiser sa vision du contrôle des armes à feu sans une participation importante des provinces, mais ce n'est pas le choix qu'il a fait. Sans doute pour des raisons d'efficacité, le gouvernement fédéral a plutôt conçu un régime législatif qui faisait appel à la collaboration active des provinces et a pris la forme d'un partenariat. On ne peut faire abstraction de cette situation dans l'analyse de la gravité du débordement sur les compétences de l'autre ordre de gouvernement et, par voie de conséquence, dans la détermination de la portée et de la validité de l'art. 29.

[184] Nous en concluons que, de par sa nature et ses effets, l'art. 29 engendre un débordement substantiel sur les compétences provinciales. Dans un tel cas, à la lumière de la jurisprudence de la Cour, pour que son débordement soit jugé accessoire à la *LARA*, l'art. 29 doit entretenir un degré élevé d'intégration à celle-ci, soit respecter le critère de la nécessité ou « partie intégrante » : *General Motors*, p. 671; voir aussi *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *R.*



*v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*,  
[1980] 1 S.C.R. 695.

[185] The purpose of the *ELRA* as a whole, with the exception of s. 29, is to abolish the requirement to register long guns. The fact that the “summary” of the *ELRA* refers to two purposes cannot serve on its own as proof of the true purpose of the *ELRA*. It goes without saying that the courts, in determining whether legislation is constitutionally valid, must look beyond the legislation’s declared or apparent purpose. Were they not to do so, it would be possible for a legislature to shield statutory provisions from constitutional challenge simply by drafting a preamble. Furthermore, it is only s. 29 of the *ELRA* that is related to the supposed second purpose of the Act.

[186] In our opinion, the destruction of the data in question in s. 29 cannot be considered necessary to the abolition of the requirement to register long guns. These two purposes are distinct. Moreover, as we mentioned above, the earlier bills did not provide for the destruction of these data.

[187] We also doubt that s. 29 can be linked to the *ELRA* on the basis of a test of rationality. Although the destruction of data in which the federal government is no longer interested might seem rational at first glance, we find it hard to reconcile the manner in which their destruction was provided for with the desire certain provinces might show to maintain a registry within the limits of their powers. The AGC in fact acknowledged at the hearing that what was problematic was not really the fact of transferring the data to the government of Quebec, but that of transmitting personal information about long-gun owners: transcript, at p. 55. We have already rejected this argument as an explanation of the refusal to transfer the data.

[188] Finally, we agree with Blanchard J. that Parliament’s declared intention to cause harm to the other level of government cannot be disregarded.

*c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*,  
[1980] 1 R.C.S. 695.

[185] Sauf en ce qui a trait à l’art. 29, l’objectif de la *LARA* dans son ensemble est l’abolition de l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule. À cet égard, le fait que le « sommaire » de la *LARA* énonce qu’elle poursuit deux objectifs ne peut à lui seul apporter la preuve de l’objectif réel de la *LARA*. Faut-il le rappeler, dans l’analyse de la validité constitutionnelle de toute loi, les tribunaux doivent aller au-delà de l’objectif déclaré ou apparent. Agir autrement reviendrait à permettre aux législateurs de mettre certaines dispositions législatives à l’abri de toute contestation constitutionnelle simplement en rédigeant un préambule. Du reste, seul l’art. 29 de la *LARA* s’attache au soi-disant deuxième objectif de cette loi.

[186] Nous estimons que la destruction des données visées par l’art. 29 ne peut être considérée comme nécessaire à l’abolition de l’obligation d’enregistrer les armes d’épaule. Ces deux objectifs demeurent distincts. D’ailleurs, tel qu’il a été mentionné précédemment, les projets de loi antérieurs ne prévoyaient pas la destruction des données.

[187] Par ailleurs, nous doutons que l’art. 29 puisse être rattaché à la *LARA* selon un critère de rationalité. En effet, bien que la destruction des données qui n’ont plus d’intérêt pour le gouvernement fédéral puisse paraître rationnelle à première vue, il nous semble difficile de concilier la manière dont cette destruction est prévue avec le souhait que pourraient manifester des provinces de maintenir un registre dans le cadre de leurs compétences. À l’audience, le PGC a de fait reconnu que ce n’était pas vraiment le transfert des données au gouvernement du Québec qui posait problème, mais plutôt la transmission des renseignements personnels des propriétaires d’armes d’épaule : transcription, p. 55. Nous avons déjà rejeté cet argument comme explication du refus de transmettre les données.

[188] Enfin, à l’instar du juge Blanchard, nous ne pouvons faire abstraction de l’intention déclarée du législateur fédéral de nuire à l’autre ordre de

This Court had written the following in the *FA Reference*:

This law does not allow the federal government to significantly expand its jurisdictional powers to the detriment of the provinces. There is no colourable intrusion into provincial jurisdiction, either in the sense that Parliament has an improper motive or that it is taking over provincial powers under the guise of the criminal law. [para. 53]

In this appeal, we cannot say the same thing about the *ELRA*, as the exact opposite is true.

[189] Although it is not necessary to take this into account for the purposes of our analysis, the intention to cause harm is all the more relevant in that it arises in a context in which Quebec and the federal government had agreed to act jointly, in the spirit of co-operative federalism, a principle whose source lies in the growing need for intergovernmental co-operation in order to enable the Canadian federation to act to address questions of a polycentric nature. In this context, it is hard to imagine how a provision whose purpose is to put an end to this co-operation and that is enacted with an intention to cause harm to a partner can be rational.

[190] The foregoing analysis leads to an inescapable conclusion: because of its pith and substance, s. 29 of the *ELRA* does not fall within the federal criminal law power and is not ancillary to the *ELRA*, which is otherwise valid. The section has not therefore been shown to be constitutionally valid. In our opinion, a legislative measure cannot be found to be valid that (1) does not fall within the federal criminal law power and that (2) thwarts, by the substantial encroachment it causes, the corollary exercise of provincial powers that flowed from the partnership. To conclude otherwise would be inconsistent with the principles of federalism.

[191] Our conclusion does not necessarily mean that Parliament cannot enact legislation to destroy the data. What we are saying is merely that to destroy the data, as provided for in s. 29, without first

gouvernement. Dans le *Renvoi sur la LAF*, notre Cour a écrit ceci :

Cette loi ne permet pas au gouvernement fédéral d'étendre ses pouvoirs de façon importante au détriment des provinces. Il n'y a aucun empiétement déguisé dans les domaines provinciaux, ni dans le sens que le Parlement a agi pour un motif inapproprié ni dans le sens qu'il s'approprie des pouvoirs provinciaux sous le couvert du droit criminel. [par. 53]

Dans le présent pourvoi, nous ne saurions affirmer la même chose au sujet de la *LARA*, bien au contraire.

[189] Bien que cela ne soit pas nécessaire à notre analyse, la prise en compte de cette intention de nuire est d'autant plus pertinente qu'elle se matérialise dans un contexte où le Québec et le gouvernement fédéral avaient convenu d'agir en commun, dans un esprit de fédéralisme coopératif, lequel tire sa source du besoin grandissant de coopération intergouvernementale en vue de permettre à la fédération canadienne d'agir à l'égard de questions de nature polycentrique. Dans ce contexte, il est difficile d'imaginer comment une disposition qui vise à mettre fin à cette coopération et qui est édictée dans l'intention de nuire à un partenaire peut être rationnelle.

[190] L'analyse ci-dessus mène à une conclusion incontournable. En raison de son caractère véritable, l'art. 29 de la *LARA* ne relève pas de la compétence fédérale sur le droit criminel et il n'est pas accessoire à la *LARA*, laquelle demeure par ailleurs valide. Il s'ensuit que sa validité constitutionnelle n'a pas été établie. À notre avis, on ne saurait valider une mesure législative (1) qui ne relève pas de la compétence fédérale en matière de droit criminel et (2) qui contrecarre, par le débordement substantiel qu'elle cause, l'exercice corollaire des compétences provinciales auquel le partenariat a donné lieu. Conclure autrement serait en outre contraire aux principes du fédéralisme.

[191] Notre conclusion ne signifie pas pour autant que le Parlement ne peut aucunement légiférer pour détruire les données. Nous constatons simplement que, telle qu'elle est prévue à l'art. 29, la

offering to transfer them is unconstitutional. This conclusion is therefore not incompatible with the principle of parliamentary sovereignty as set out in s. 42 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, as parliamentary sovereignty is applicable only where Parliament has exercised one of its legislative powers validly, that is, in a manner consistent with the Constitution. That is not the case here.

#### E. *Appropriate Remedy*

##### (1) Declaration of Invalidity

[192] In light of this conclusion, s. 29 of the *ELRA* must be declared to be invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982: Canadian Western Bank*, at para. 26.

[193] The Superior Court judge tailored the declaration of invalidity of s. 29 to limit it to data from Quebec with respect to long guns (that is, to data originating in Quebec or concerning citizens of Quebec, persons living there or persons who have committed acts involving firearms) (para. 194). Moreover, data from the other provinces relating to the registration of long guns have been destroyed since Blanchard J.'s judgment, on October 31, 2012: Court of Appeal's reasons, at para. 9; transcript, at p. 87. Like Blanchard J., therefore, we would limit the declaration of invalidity to data with respect to long guns that have a connection with Quebec.

##### (2) Order to Transfer the Data

[194] The trial judge also declared that Quebec was entitled to receive the data referred to in the declaration of invalidity within 30 days (para. 195). In support of this declaration, he cited *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, and found that, although that case concerned possible remedies under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the principles developed in it could serve as a guide in the case at bar (para. 163). Blanchard J. thus stated

destruction des données sans offre de transfert préalable est inconstitutionnelle. Cette conclusion ne constitue donc pas un accroc au principe de la souveraineté parlementaire, codifié à l'art. 42 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, car ce principe s'applique uniquement lorsque le Parlement exerce valablement une de ses compétences législatives, c'est-à-dire dans le respect de la Constitution. Ce n'est pas le cas ici.

#### E. *Réparation convenable*

##### (1) Déclaration d'invalidité

[192] Compte tenu de cette conclusion, il y a lieu de déclarer l'art. 29 de la *LARA* invalide en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982 : Banque canadienne de l'Ouest*, par. 26.

[193] Le juge de la Cour supérieure a modulé la déclaration d'invalidité de l'art. 29 afin de la circonscrire aux données québécoises relatives aux armes d'épaule (soit les données provenant du Québec, ainsi que celles concernant les citoyens de cette province, ceux qui s'y trouvent et ceux qui y commettent des événements impliquant une arme d'épaule) (par. 194). Les données relatives à l'enregistrement des armes d'épaule des autres provinces ont d'ailleurs été détruites depuis le jugement de première instance, le 31 octobre 2012 : motifs de la Cour d'appel, par. 9; transcription, p. 87. À l'instar du juge Blanchard, nous limitons donc la déclaration d'invalidité aux données relatives aux armes d'épaule qui ont un lien avec le Québec.

##### (2) Ordonnance de transfert des données

[194] Le premier juge a également déclaré que le Québec était en droit de recevoir les données visées par la déclaration d'invalidité dans un délai de 30 jours (par. 195). Pour ce faire, il s'est appuyé sur l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, et a conclu que bien que cet arrêt porte sur les réparations possibles en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il énonce des principes pouvant servir de guide en l'espèce (par. 163). En

that [TRANSLATION] “the remedy must be adapted to the circumstances of the case and the nature of the right infringed” (para. 164). He also noted “that an appropriate and just remedy should have the capacity to evolve to meet new challenges, [as a] traditional and historical practice must not create barriers to the requirements of a reasoned and compelling notion of the appropriate remedy” (para. 165). However, he expressed the following reservation:

[TRANSLATION] With respect to constitutional remedies, the Court must show deference. It must correct the wrong by prescribing the appropriate solution, without going beyond what is required to remedy the violation of the constitutional right. [para. 167]

[195] Because of the [TRANSLATION] “remarkable history of compliance with court decisions by . . . governmental institutions”, Blanchard J. found that it would be inappropriate to issue an injunction against the AGC (para. 190). He stated that a declaratory judgment “will certainly suffice as an efficient and effective determination of the rights and obligations of the parties” (*ibid.*).

[196] The Court of Appeal, after having found that s. 29 was constitutional, dealt briefly with the remedy granted at trial, simply stating that the declaration that the data had to be transferred to Quebec was [TRANSLATION] “clearly inappropriate” and pointing out that “[t]he courts must not substitute their assessment of the appropriateness of a legislative measure for the intent of the legislature” (para. 64).

[197] In this Court, the AGQ argued that the federal government cannot refuse to transfer data that Quebec participated in compiling and enriching for provincial and federal purposes in the context of the partnership that existed between them. Such a refusal would be inconsistent with co-operative federalism. At the hearing, the AGQ instead stressed the principle of federalism. The AGQ added that a transfer of data would not be in breach of existing privacy legislation. The AGC responds that, regardless of “[t]he designation of a Chief Firearms Officer, the right to access the registration records, the financial Agreements as well as the notices

conséquence, le juge Blanchard a estimé que « le remède doit se moduler en fonction de circonstances de l’espèce et la nature du droit violé » (par. 164). Il a aussi noté « qu’une réparation convenable et juste doit pouvoir évoluer de manière à relever les nouveaux défis, la pratique traditionnelle et historique ne pouvant faire obstacle aux exigences d’une notion réfléchie et péremptoire du remède approprié » (par. 165). Le juge Blanchard a cependant formulé la réserve suivante :

En matière de remède constitutionnel, le tribunal doit faire preuve de retenue. Il s’agit de remédier au mal en prescrivant la solution qui s’impose, sans pour autant aller au-delà de ce que requiert la violation du droit constitutionnel. [par. 167]

[195] En raison de la « tradition remarquable du respect des décisions judiciaires par les institutions gouvernementales », le juge Blanchard a estimé inopportun de rendre une ordonnance de la nature d’une injonction à l’égard du PGC (par. 190). Selon lui, un jugement déclaratoire « suffira certainement à déterminer de façon efficace et effective les droits et obligations des parties » (*ibid.*).

[196] Pour sa part, la Cour d’appel a traité rapidement du remède octroyé après avoir conclu à la validité constitutionnelle de l’art. 29. Elle a simplement précisé que la déclaration sur le transfert des données au Québec était « clairement inappropriée », soulignant que « [l]es tribunaux ne doivent pas substituer à l’intention des législateur/es leur appréciation de l’opportunité d’une mesure législative » (par. 64).

[197] Devant notre Cour, le PGQ prétend que le gouvernement fédéral ne peut refuser de transférer les données que le Québec a contribué à constituer et à enrichir pour des fins provinciales et fédérales dans le cadre du partenariat existant entre eux. Ce refus serait contraire au fédéralisme coopératif. À l’audience, le PGQ a plutôt insisté sur le principe du fédéralisme. Il ajoute qu’un transfert des données ne serait pas contraire aux lois existantes en matière de protection des renseignements personnels. Le PGC répond que le Québec n’a aucun droit sur les données, malgré « [l]a désignation d’un contrôleur, l’accès aux fichiers d’enregistrement, les accords

concerning the protection of personal information”, Quebec has no right to the data, given that they are under the Registrar’s control: R.F., at para. 104.

[198] In our opinion, the AGQ has not established a legal basis for its claim to the data. The absence of a legal barrier to the transfer of the data does not necessarily mean that Quebec has proven that it is entitled to obtain them through the courts.

[199] Blanchard J.’s declaration that Quebec is entitled to receive the data essentially amounted to an injunction. Even though this Court has the power to make orders that are incidental to declarations of invalidity, it must refrain from intervening actively in legislative and governmental functions: see *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at pp. 298-99. The Court has stated on several occasions that it is generally up to the legislatures to fill legislative gaps that are incompatible with the Constitution, and not up to the courts to supply an exact description of the laws the legislatures must adopt to fulfill their constitutional obligations: see *Reference re Securities Act*, at para. 132; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 169; *Edwards Books*, at p. 783; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at pp. 860-61. In some cases, the source of the appropriate remedy must lie in the political process rather than in the courts: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 102.

[200] In the case at bar, if the Court were to make an order in the nature of an injunction or to declare that Quebec is entitled to receive the data, it would be overstepping the limits of its role in the Canadian constitutional order. Although it is true that the federal government cannot decide unilaterally to destroy the data accumulated within the framework of the partnership without considering the impact of such a measure on provincial heads of power, the other side of the coin is that Quebec cannot dictate to the federal government what it is “entitled” to receive when their relationship comes to an end. It was up to the members of the partnership to set out

financiers ainsi que les avis concernant la protection des renseignements personnels », car ces données sont sous le contrôle du Directeur : m.i., par. 104.

[198] Nous sommes d’avis que le PGQ n’a pas établi de fondement juridique à sa revendication des données. L’absence d’obstacle légal au transfert de celles-ci ne signifie pas nécessairement que le Québec a fait la preuve d’un droit de les obtenir par voie judiciaire.

[199] La déclaration du juge Blanchard accordant au Québec le droit de recevoir les données équivaut ni plus ni moins à une injonction. Même si notre Cour dispose du pouvoir de rendre des ordonnances accessoires aux déclarations d’inconstitutionnalité, elle doit se garder d’intervenir activement dans les fonctions législatives et gouvernementales : voir *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, p. 298-299. La Cour a affirmé à plusieurs reprises qu’il appartient généralement aux législateurs de combler les lacunes des règles de droit incompatibles avec la Constitution et non aux tribunaux de décrire précisément le genre de lois que les premiers doivent adopter pour satisfaire à leurs obligations constitutionnelles : voir *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 132; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 169; *Edwards Books*, p. 783; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 860-861. Dans certains cas, la réparation convenable doit émaner du processus politique plutôt que des tribunaux : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 102.

[200] En l’espèce, si la Cour prononçait une ordonnance de la nature d’une injonction ou déclarait que le Québec est en droit de recevoir les données, elle outrepasserait son rôle dans l’ordre constitutionnel canadien. S’il est vrai que le gouvernement fédéral ne peut décider de détruire unilatéralement les données accumulées au cours du partenariat sans tenir compte des conséquences d’une telle mesure sur les compétences provinciales, en revanche, le Québec ne peut dicter au gouvernement fédéral ce qu’il est « en droit » de recevoir au terme de leur relation. C’est aux membres du partenariat qu’il appartenait de prévoir les modalités de cessation de

the conditions that were to apply upon termination of their joint venture in their agreements or, if they did not do so, it is up to them to agree now on the applicable terms in this regard, including the destruction of the data by the federal government. Thus, how their collaborative relationship is to be terminated is primarily dependent upon their will.

[201] However, these observations change nothing. Since s. 29 does not, in pith and substance, fall within a federal head of power and since it is not sufficiently integrated into the *ELRA*, it is invalid.

## VI. Conclusion

[202] We would allow this appeal in part and answer the constitutional question as follows:

Is s. 29 of the *Ending the Long-gun Registry Act*, S.C. 2012, c. 6, *ultra vires* Parliament having regard to its criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*?

Yes.

[203] The other orders being sought — an injunction or a safeguard order — are not justified, however, and should be rejected. In view of the qualified success on both sides, costs should be awarded to no one.

*Appeal dismissed with costs throughout, LEBEL, ABELLA, WAGNER and GASCON JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Montréal.*

*Solicitors for the intervenor the Coalition for Gun Control: Juripop, Saint-Constant, Quebec; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.*

*Solicitor for the intervenor Canada's National Firearms Association: Guy Lavergne, Saint-Lazare, Quebec.*

leur aventure commune dans leurs ententes ou, à défaut, de s'entendre maintenant sur les conditions applicables à cet égard, dont la destruction des données par le gouvernement fédéral. En conséquence, la manière dont leur collaboration doit prendre fin relève au premier chef de leur volonté.

[201] Ces constatations ne changent toutefois rien. Puisque par son caractère véritable, l'art. 29 ne relève pas d'une compétence fédérale et n'est pas suffisamment intégré à la *LARA*, il est invalide.

## VI. Conclusion

[202] Nous sommes d'avis d'accueillir le présent pourvoi en partie et de répondre à la question constitutionnelle de la manière suivante :

L'article 29 de la *Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule*, L.C. 2012, c. 6, outrepassé-t-il les pouvoirs du Parlement en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Oui.

[203] Les autres ordonnances d'injonction ou de sauvegarde recherchées ne sont cependant pas justifiées et nous les rejetons. Vu le succès relatif de part et d'autre, il n'y a pas lieu d'accorder de dépens en faveur de quiconque.

*Pourvoi rejeté avec dépens devant toutes les cours, les juges LEBEL, ABELLA, WAGNER et GASCON sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant : Bernard, Roy & Associés, Montréal.*

*Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition pour le contrôle des armes : Juripop, Saint-Constant, Québec; Deveau, Bourgeois, Gagné, Hébert & associés, Gatineau.*

*Procureur de l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu : Guy Lavergne, Saint-Lazare, Québec.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Hussein Jama Nur** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Hussein Jama Nur** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Pivot Legal Society,  
John Howard Society of Canada,  
Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association,  
Advocates' Society,  
Canadian Bar Association,  
Canada's National Firearms Association,  
Canadian Association for Community  
Living and African Canadian  
Legal Clinic** *Intervenors*

- and -

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Sidney Charles** *Respondent*

- and -

**Attorney General of Canada** *Appellant*

v.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Hussein Jama Nur** *Intimé*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Hussein Jama Nur** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Société John Howard du Canada,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique,  
Advocates' Society,  
Association du Barreau canadien,  
Association canadienne pour les armes à feu,  
Association canadienne pour l'intégration  
communautaire et Clinique juridique  
africaine canadienne** *Intervenants*

- et -

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Sidney Charles** *Intimé*

- et -

**Procureur général du Canada** *Appelant*

c.

**Sidney Charles** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Canadian Civil Liberties Association,  
British Columbia Civil Liberties Association  
and Canadian Association for Community  
Living** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. NUR**

**2015 SCC 15**

File Nos.: 35678, 35684.

2014: November 7; 2015: April 14.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Firearms — Accused convicted of possessing loaded prohibited firearms — Accused sentenced to terms longer than mandatory minimum terms of imprisonment provided for in s. 95(2) of Criminal Code — Whether mandatory minimum imprisonment terms result in cruel and unusual punishment on accused — If not, whether s. 95(2)'s reasonably foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.*

N and C were convicted of possessing loaded prohibited firearms contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. They were sentenced under s. 95(2)(a)(i) and (ii) which provided for three and five year mandatory minimum imprisonment terms, to 40 months and 7 years imprisonment respectively. In N's case, the trial judge

**Sidney Charles** *Intimé*

et

**Procureur général du Québec,  
procureur général de la  
Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Pivot Legal Society,  
Association canadienne des libertés civiles,  
Association des libertés civiles de la  
Colombie-Britannique et  
Association canadienne pour  
l'intégration communautaire** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. NUR**

**2015 CSC 15**

N<sup>os</sup> du greffe : 35678, 35684.

2014 : 7 novembre; 2015 : 14 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Armes à feu — Accusés déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées — Accusés condamnés à des peines supérieures aux peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95(2) du Code criminel — Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement emportent-elles l'infliction de peines cruelles et inusitées aux accusés? — Dans la négative, les applications raisonnablement prévisibles de l'art. 95(2) infligeront-elles des peines cruelles et inusitées à d'autres délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95.*

N et C ont été déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Condamnés en application des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii), lesquels prévoient des peines minimales obligatoires de trois et cinq ans, les deux accusés ont reçu respectivement des peines de



held that the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) did not offend either s. 12 or s. 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that N was not personally affected by the gap, and therefore dismissed the s. 7 claim.

In C's case, the judge also dismissed the s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for C, in light of the gravity of his crimes. She also held that C had failed to put forward any reasonable hypothetical cases in which the application of the five-year mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate.

The Court of Appeal held that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a) resulted in grossly disproportionate sentences in reasonable hypothetical cases at the licensing end of the s. 95 spectrum, and therefore held that they violate s. 12 of the *Charter*. However, the Court of Appeal held that the sentences imposed on N and C were appropriate and should be upheld.

*Held* (Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ.: The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter* and are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. However, N and C's sentences were appropriate and are upheld. In most cases, including those of N and C, the mandatory minimum sentences of three and five years do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases, they may do so.

When a mandatory minimum sentencing provision is challenged under s. 12, two questions arise. The first is whether the provision imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular individual before the court. If the answer is no, the second question is whether the provision's reasonably

40 mois et 7 ans d'emprisonnement. Dans le dossier de N, le juge du procès a conclu que la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)(a)(i) ne contrevient ni à l'art. 12 ni à l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, l'écart de deux ans entre la peine maximale d'un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas selon lui l'art. 7 parce qu'il est arbitraire et qu'il ne peut se justifier par application de l'article premier. Le juge est néanmoins arrivé à la conclusion que cet écart ne pénalise pas N, de sorte qu'il a rejeté la prétention fondée sur l'art. 7.

Dans le dossier de C, la juge du procès a également rejeté la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)(a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de C étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné d'infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans.

La Cour d'appel a opiné que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au sous-al. 95(2)(a) se traduisent par des peines totalement disproportionnées dans des situations hypothétiques raisonnables où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires, et qu'elles violent donc l'art. 12 de la *Charte*. Elle a toutefois conclu que les peines imposées à N et à C sont appropriées et doivent être confirmées.

*Arrêt* (les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents) : Les pourvois sont rejetés.

*La* juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon : Les peines minimales obligatoires prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les peines infligées à N et à C sont toutefois appropriées et doivent être confirmées. Dans la plupart des cas — dont ceux de N et de C —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais, dans certaines situations raisonnablement prévisibles, elles le peuvent.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12, deux questions se posent. Premièrement, la disposition inflige-t-elle une peine cruelle et inusitée (c.-à-d. une peine totalement disproportionnée) à l'accusé? Si la réponse est négative, il faut se demander

foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders. This approach is consistent with the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally and to s. 12 review in particular, is workable, and provides sufficient certainty. There is no reason to overrule this jurisprudence, especially as the effect would be to diminish *Charter* protection.

Where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others, the question is what situations may reasonably arise, not whether such situations are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Only situations that are remote or far-fetched are excluded.

In this case, N and C do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that those mandatory minimum terms of imprisonment are grossly disproportionate as they apply to other offenders.

Turning first to s. 95(2)(a)(i), the question is whether the three-year minimum term of imprisonment would result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases. The answer to this question is yes.

Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At that far end stands, for example, the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. Given the minimal blameworthiness of this offender and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct, a three-year sentence would be disproportionate. Similar examples can be envisaged. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences that involve little or no moral fault and little or no danger to the public.

Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun-owners from making

en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres délinquants des peines cruelles et inusitées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de son art. 12 en particulier, elle est applicable et elle assure une certitude suffisante. Il n'existe aucune raison de revenir sur cette jurisprudence, d'autant plus qu'un tel revirement aurait pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte*.

Lorsque la constitutionnalité d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée au regard de l'art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à d'autres personnes, on doit se demander quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter, et non pas si une situation se présentera vraisemblablement dans le cadre de l'application générale et habituelle de la loi. Seules sont écartées les situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

Dans la présente affaire, N et C font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leurs cas, mais bien qu'elles le sont lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants.

Pour ce qui est d'abord du sous-al. 95(2)a(i), la question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles. La réponse est oui.

Le paragraphe 95(1) vise une vaste gamme de comportements potentiels dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine de trois ans ou plus, mais peut-être pas ceux qui se situent à une extrémité du continuum d'application. À cette extrémité correspond par exemple le cas du propriétaire responsable d'une arme, titulaire d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Vu la faible culpabilité morale de ce délinquant et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle de son comportement, une peine carcérale de trois ans serait disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque.

Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la

mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a cavernous disconnect between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment. Consequently, s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

As for s. 95(2)(a)(ii), there is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms. The seven-year term of imprisonment imposed on C is an example. But the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders. For them, the five-year term goes far beyond what is necessary in order to protect the public, to express moral condemnation of the offenders, and to discourage others from engaging in such conduct. Therefore, s. 95(2)(a)(ii) violates s. 12 of the *Charter*.

These s. 12 *Charter* violations are not justified under s. 1. Although the government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent, a rational connection exists between mandatory minimums and the goals of denunciation and retribution. However, the government has not met the minimal impairment requirement under s. 1, as there are less harmful means of achieving its legislative goal. In addition, given the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, the limits are not a proportionate justification under s. 1. It follows that the mandatory minimum terms of imprisonment imposed by s. 95(2) are unconstitutional.

This conclusion makes it unnecessary to consider N and C's arguments that s. 95(2) violates s. 7 of the *Charter*.

*Per* Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. (dissenting): The reasonable hypothetical approach under s. 12 of the *Charter* does not justify striking down s. 95(2) of the *Criminal Code*. The hypothetical licensing-type cases relied upon by the majority are not grounded in experience or common sense. First, experience shows that there is not a single licensing-type case over the entire

méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme l'a conclu la Cour d'appel, il y a discordance totale entre la gravité de l'infraction réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement. Par conséquent, le sous-al. 95(2)(a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

Pour ce qui est du sous-al. 95(2)(a)(ii), il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à C constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité. Dans ce cas, la peine de cinq ans d'emprisonnement dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En conséquence, le sous-al. 95(2)(a)(ii) viole l'art. 12 de la *Charte*.

Ces violations de l'art. 12 de la *Charte* ne peuvent se justifier par application de l'article premier. L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement avaient un effet dissuasif, mais il existe un lien rationnel entre ces peines et les objectifs de dénonciation et de châtement. Toutefois, l'État n'a pas satisfait à l'exigence de l'atteinte minimale, car il existe des moyens moins préjudiciables d'atteindre l'objectif législatif. En outre, vu la conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d'emprisonnement que prévoit le par. 95(2) lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, la restriction ne peut se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l'article premier. Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont donc inconstitutionnelles.

Cette conclusion dispense de l'examen des prétentions de N et de C selon lesquelles le par. 95(2) contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

*Les* juges Rothstein, Moldaver et Wagner (dissidents) : La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation du par. 95(2) du *Code criminel* sur le fondement de l'art. 12 de la *Charte*. Les situations hypothétiques d'infraction de type réglementaire qu'invoquent les juges majoritaires ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Premièrement, depuis

history of s. 95(2) where the imposition of a mandatory minimum could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, the parties cannot identify a single case where an offender who has committed a licensing-type offence has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum. In fact, in the only licensing-type case raised by the parties, the Crown proceeded summarily.

Second, an application of the reasonable hypothetical approach which assumes that the Crown will elect to proceed by indictment when the fair, just, and appropriate election would be to proceed summarily does not accord with common sense. The Crown election has been purposely integrated into the legislative scheme and is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious licensing-type cases into summary proceedings. It is a mistake to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. This Court has warned against the use of hypotheticals that are "far-fetched or only marginally imaginable". The hypothetical scenario advanced by the majority stretches the bounds of credulity. It is not a sound basis on which to nullify Parliament's considered response to a serious and complex issue.

The majority identifies an alternative scheme that, in its view, would accomplish Parliament's goals without offending s. 12 of the *Charter*. Under this scheme, the impugned mandatory minimums could be enacted as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to "those engaged in criminal activity" or to "conduct that poses a danger to others". The problem with this suggestion is two-fold.

First, it is discordant with Parliament's true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related or other criminal

l'entrée en vigueur du par. 95(2), il appert de l'expérience que, dans aucune affaire d'infraction de type réglementaire, la peine minimale obligatoire infligée a pu être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, les parties ne peuvent citer un seul cas où l'auteur d'une telle infraction a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourageant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision relative à une infraction de ce type et invoquée par les parties, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire.

Deuxièmement, l'application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables, qui suppose que le ministère public optera pour la mise en accusation, alors qu'il serait juste, équitable et approprié qu'il opte pour la procédure sommaire, va à l'encontre du bon sens. Le choix du mode de poursuite a délibérément été intégré au régime législatif et traduit clairement l'intention du législateur de permettre au poursuivant de soumettre les cas les moins graves — les infractions de type réglementaire — à la procédure sommaire. Il est erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

La décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95 est motivée par des objectifs valables et urgents, et il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures. La Cour a mis les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables ». Le scénario hypothétique évoqué par les juges majoritaires est peu crédible. Il ne s'agit pas d'une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

Les juges majoritaires avancent une solution de rechange qui, selon eux, permettrait de réaliser les objectifs du législateur sans contrevenir à l'art. 12 de la *Charte*. Selon la solution qu'ils proposent, le législateur pourrait établir les peines minimales obligatoires dans le cadre d'une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux qui sont déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition. La solution avancée présente deux difficultés.

Premièrement, elle va à l'encontre du véritable objectif de l'établissement de peines minimales obligatoires pour la *possession* illégale d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l'être. L'article 95 criminalise la simple possession d'armes à feu qui

activity. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. Outside of law enforcement, prohibited and restricted firearms are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill. Given the inherent danger associated with these guns, it was open to Parliament to conclude that their simple possession should attract a significant mandatory custodial sentence.

Second, adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. Limiting the offence to “those engaged in criminal activity” could exclude cases where the imposition of a mandatory minimum is uncontroversial. Likewise, limiting the offence to “conduct that poses a danger to others” could exclude certain situations to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply.

In sum, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. In any event, a different analytical framework is required here. To date, this Court’s s. 12 jurisprudence has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time it has examined their constitutionality in a hybrid scheme, which calls for a different analytical framework under s. 12.

The proper analytical framework has two stages. First, the court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*. This two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles. Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui se servent des armes à feu prohibées ou à autorisation restreinte et qui intimident, blessent, mutilent et tuent. Étant donné le danger que présentent ces armes, le législateur pouvait fort bien conclure que leur simple possession devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement.

Deuxièmement, l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ferait indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas dans tous les cas voulus par le législateur. Préciser que l’infraction s’entend seulement « [du] comportement ou [de] l’acte criminel » pourrait soustraire certaines situations à l’application de ces peines même lorsque leur imposition n’est pas contestée. De même, préciser que seul est visé le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » pourrait exclure certaines situations auxquelles les peines minimales obligatoires prévues à l’art. 95 sont censées s’appliquer.

En somme, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Quoi qu’il en soit, un cadre d’analyse différent s’impose en l’espèce. À ce jour, dans ses décisions relatives à l’art. 12, la Cour ne s’est penchée que sur la constitutionnalité de peines minimales obligatoires dans le contexte d’infractions qui ne se prêtaient qu’à la poursuite sur mise en accusation. C’est la première fois qu’elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d’un régime mixte, ce qui commande un cadre d’analyse différent pour l’application de l’art. 12.

L’analyse qui convient comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministre public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée *à un délinquant en particulier*. Cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

The first stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum. This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*. The focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election, which is a matter of core prosecutorial discretion reviewable only for abuse of process.

A decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice

La première étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoire. Il circonscrit ensuite l’extrémité inférieure de cette fourchette. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

En deuxième lieu, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines de l’extrémité inférieure, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infligence de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

S’il tient le régime pour valide, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, l’accent est mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite, lequel relève du pouvoir discrétionnaire essentiel du poursuivant en matière de poursuites — un pouvoir dont l’exercice est susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure.

Lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. Imposer une telle peine « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice ». La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société. Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et

system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase. If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

The responsibility to ensure constitutional compliance under the proposed framework rests with judges, and not with prosecutors. The framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

In N's case, Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not grossly disproportionate to this low end. Therefore, at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12. N's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

In C's case, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum. Code J., however, noted that while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, much longer sentences were imposed for recidivists. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly

inusitées et elle est incompatible avec l'intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

Il incombe au délinquant de prouver l'abus de procédure à l'étape de la détermination de la peine. Le délinquant qui s'acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu'elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

Suivant le cadre d'analyse proposé, il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s'assurer du respect des exigences de la Constitution. Deux éléments de contrôle de la conformité à l'art. 12 sont prévus, et aucun ne tient à l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

Dans le dossier de N, le juge Code a conclu que, avant l'application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l'art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement. La peine correspondant à l'extrémité inférieure de la fourchette était donc d'environ deux ans moins un jour d'emprisonnement. La peine minimale obligatoire de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle. Comme N reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

Dans le dossier de C, la juge Backhouse n'a pas fait état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. Le juge Code a toutefois souligné que même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, des peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes. Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — au moins quatre ou cinq ans. La

disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95. Like N, C concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

In conclusion, neither the sentencing scheme itself, nor its application to N or C, offends s. 12 of the *Charter*. Moreover, s. 95 is neither arbitrary nor overbroad, and therefore does not offend s. 7 of the *Charter*.

### Cases Cited

By McLachlin C.J.

**Applied:** *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; **referred to:** *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

By Moldaver J. (dissenting)

*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90; *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. Nasogaluak*, 2010 SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206; *R. v.*

peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée à l'extrémité inférieure de la fourchette des peines auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive. À l'instar de N, C reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

En conclusion, ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à N ou à C ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. De plus, l'art. 95 n'est ni arbitraire ni d'une portée excessive, et ne porte donc pas atteinte au droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*.

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêts appliqués :** *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; **arrêts mentionnés :** *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567.

Citée par le juge Moldaver (dissident)

*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90; *R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL); *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206; *R. c.*



*Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334; *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 9, 12, 24(1).  
*Constitution Act, 1982*, s. 52.  
*Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 56.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 84(1) “prohibited firearm”, “restricted firearm”, (5), (6), 85(2), 95, 108(1)(b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).  
*Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, ss. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.  
*Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations*, SOR/98-209, ss. 6, 7, 15.  
*Tackling Violent Crime Act*, S.C. 2008, c. 6, s. 8.

### Authors Cited

Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.  
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, pp. 1941 and 1943.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, p. 1.  
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 34, 1st Sess., 39th Parl., November 23, 2006, pp. 1, 3-4 and 8.  
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. “The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

*Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109; *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260; *R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334; *R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 9, 12, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 84(1) « arme à feu à autorisation restreinte », « arme à feu prohibée », (5), (6), 85(2), 95, 108(1)(b), 109, 110, 111, 113, 117.01(1), 515(4.1), 579, 718, 718.1, 718.2, 732.1, 742.3, 786(2), 810(3.1).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.  
*Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19, art. 4(1), 56.  
*Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c. 6, art. 8.  
*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, art. 5, 7(2), 12, 12.1, 17, 19.  
*Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le maniement des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6, 7, 15.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 30, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2006, p. 1.  
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, n° 34, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 23 novembre 2006, p. 1, 3-4 et 8.  
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 5 juin 2006, p. 1941 et 1943.  
 Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*, Ottawa, La Commission, 1987.  
 Doob, Anthony N., and Carla Cesaroni. « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. "Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis" (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. "The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge" (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305.

Tonry, Michael. "The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings" (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Code J., 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Goudge, Cronk, Blair and Tulloch JJ.A.), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), affirming a sentencing decision of Backhouse J., 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Appeal dismissed, Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. dissenting.

*Andreea Baiasu*, for the appellant Her Majesty The Queen.

*Nancy L. Dennison* and *Richard A. Kramer*, for the appellant the Attorney General of Canada.

*Dirk Derstine* and *Janani Shanmuganathan*, for the respondent Hussein Jama Nur.

*Carlos Rippell* and *Michael Dineen*, for the respondent Sidney Charles.

*Julie Dassylva* and *Gilles Laporte*, for the intervenor the Attorney General of Quebec.

Doob, Anthony N., and Cheryl Marie Webster. « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143.

Pomerance, Renee M. « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305.

Tonry, Michael. « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, 311 O.A.C. 244, 303 C.C.C. (3d) 474, 296 C.R.R. (2d) 21, 5 C.R. (7th) 292, [2013] O.J. No. 5120 (QL), 2013 CarswellOnt 15898 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Code relative à la détermination de la peine, 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, 275 C.C.C. (3d) 330, [2011] O.J. No. 3878 (QL), 2011 CarswellOnt 8821 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Goudge, Cronk, Blair et Tulloch), 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456, 311 O.A.C. 316, 303 C.C.C. (3d) 352, 296 C.R.R. (2d) 72, 5 C.R. (7th) 370, [2013] O.J. No. 5115 (QL), 2013 CarswellOnt 15470 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Backhouse relative à la détermination de la peine, 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120, [2010] O.J. No. 4209 (QL), 2010 CarswellOnt 7496 (WL Can.). Pourvoi rejeté, les juges Rothstein, Moldaver et Wagner sont dissidents.

*Andreea Baiasu*, pour l'appelante Sa Majesté la Reine.

*Nancy L. Dennison* et *Richard A. Kramer*, pour l'appelant le procureur général du Canada.

*Dirk Derstine* et *Janani Shanmuganathan*, pour l'intimé Hussein Jama Nur.

*Carlos Rippell* et *Michael Dineen*, pour l'intimé Sidney Charles.

*Julie Dassylva* et *Gilles Laporte*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Rodney G. Garson*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Joshua B. Hawkes, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only by *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* and *Adrienne Smith*, for the intervener the Pivot Legal Society.

*Bruce F. Simpson*, for the intervener the John Howard Society of Canada.

*Kimberly Potter*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Nader R. Hasan* and *Gerald Chan*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

*Anil K. Kapoor* and *Lindsay E. Trevelyan*, for the intervener the Advocates' Society.

*Eric V. Gottardi* and *Nikos Harris*, for the intervener the Canadian Bar Association.

*Solomon Friedman*, for the intervener Canada's National Firearms Association.

*Joanna L. Birenbaum*, for the intervener the Canadian Association for Community Living.

*Faisal Mirza* and *Anthony N. Morgan*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

## I. Overview

[1] Gun-related crime poses grave danger to Canadians. Parliament has therefore chosen to prohibit some weapons outright, while restricting the possession of others. The *Criminal Code*, R.S.C.

*Rodney G. Garson*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Joshua B. Hawkes, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder, Julia K. Lockhart* et *Adrienne Smith*, pour l'intervenante Pivot Legal Society.

*Bruce F. Simpson*, pour l'intervenante la Société John Howard du Canada.

*Kimberly Potter*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

*Nader R. Hasan* et *Gerald Chan*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

*Anil K. Kapoor* et *Lindsay E. Trevelyan*, pour l'intervenante Advocates' Society.

*Eric V. Gottardi* et *Nikos Harris*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

*Solomon Friedman*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu.

*Joanna L. Birenbaum*, pour l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

*Faisal Mirza* et *Anthony N. Morgan*, pour l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Gascon rendu par

LA JUGE EN CHEF —

## I. Aperçu

[1] Les crimes liés aux armes à feu exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers. Le législateur a donc résolu d'interdire carrément la possession de certaines armes et de restreindre

1985, c. C-46, imposes severe penalties for violations of these laws.

[2] Section 95(2)(a) imposes mandatory minimum sentences for the offence of possessing prohibited or restricted firearms when the firearm is loaded or kept with readily accessible ammunition (s. 95(1)) — three years for a first offence and five years for a second or subsequent offence.

[3] The respondents Hussein Jama Nur and Sidney Charles were convicted under s. 95(1). They assert that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are unconstitutional because they result in grossly disproportionate sentences in some cases, violating the guarantee in s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against cruel and unusual punishment. The Ontario Court of Appeal agreed, and held that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) were unconstitutional.

[4] I agree with the Court of Appeal that the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* violate s. 12 of the *Charter*. Accordingly, the mandatory minimum sentences in s. 95(2)(a) of the *Criminal Code* are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In most cases, including those of Nur and Charles, the mandatory minimum sentences of three and five years respectively do not constitute cruel and unusual punishment. But in some reasonably foreseeable cases that are caught by s. 95(1) they may do so. This has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. It follows that s. 95(2)(a) is unconstitutional as presently structured. This conclusion makes it unnecessary to consider the respondents' arguments that s. 95(2)(a) violates s. 7 of the *Charter*.

[5] This does not prevent judges from imposing exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation in appropriate circumstances. Nur and Charles fall into this category. Like the Court of Appeal, I would uphold the sentences imposed by the trial judges in their cases.

celle d'autres armes. Le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, prévoit de lourdes peines lorsqu'il y a infraction aux dispositions ainsi créées.

[2] L'alinéa 95(2)a prévoit des peines minimales obligatoires pour la possession sans autorisation d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte lorsque l'arme est chargée ou que des munitions sont facilement accessibles (par. 95(1)), à savoir trois ans s'il s'agit d'une première infraction et cinq ans s'il s'agit d'une récidive.

[3] Les intimés, Hussein Jama Nur et Sidney Charles, ont été déclarés coupables de l'infraction établie au par. 95(1). Ils font valoir que les peines minimales obligatoires que prévoit l'al. 95(2)a sont inconstitutionnelles car elles se traduisent parfois par des peines totalement disproportionnées, ce qui contrevient à la protection contre les peines cruelles et inusitées garantie à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de l'Ontario leur a donné raison et a statué que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a étaient inconstitutionnelles.

[4] Je conviens avec la Cour d'appel que les peines minimales obligatoires prévues à l'al. 95(2)a du *Code criminel* contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*. Ces peines sont donc inopérantes par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans la plupart des cas — dont ceux de MM. Nur et Charles —, les peines minimales obligatoires de trois et cinq ans ne constituent pas des peines cruelles et inusitées. Mais dans certaines situations raisonnablement prévisibles tombant sous le coup du par. 95(1), elles peuvent l'être. Il n'a pas été démontré qu'elles sont alors justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans sa version actuelle, l'al. 95(2)a est donc inconstitutionnel, une conclusion qui dispense de l'examen des prétentions des intimés selon lesquelles l'al. 95(2)a contrevient à l'art. 7 de la *Charte*.

[5] Les tribunaux peuvent néanmoins infliger des peines exemplaires axées sur la dissuasion et la dénonciation lorsque les circonstances s'y prêtent, comme c'est le cas pour MM. Nur et Charles. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis de confirmer les peines infligées en première instance.

## II. Legislative Background

[6] Firearm-related offences are serious crimes. Parliament has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms through a combination of strict licensing and registration requirements under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under Part III of the *Criminal Code: Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms Reference*”).

[7] The *Criminal Code* imposes severe restrictions and sanctions on two classes of firearms. A “prohibited firearm” includes short-barrelled handguns, sawed-off rifles and shotguns, and automatic firearms: *Criminal Code*, s. 84(1). It is unlawful to possess a prohibited firearm unless the individual possessed the firearm prior to the prohibition coming into force: *Firearms Act*, s. 12. This grandfathering also applies to next of kin. A “restricted firearm” includes any handgun that is not a prohibited firearm, some semi-automatic firearms, and some firearms that are less than the specified length: *Criminal Code*, s. 84(1). These weapons are inherently dangerous and are commonly used in criminal activity.

[8] Anyone who wishes to possess a firearm must obtain a licence under the *Firearms Act*. Although one can obtain licences that authorize the possession of prohibited or restricted firearms, stringent criteria must be met: *Firearms Act*, ss. 7(2) and 12. The *Firearms Act* imposes controls on places where a person who has a licence can possess the restricted or prohibited firearms: s. 17. A Chief Firearms Officer may deny a person a licence in the interests of public safety: s. 5. A licensed person must obtain authorization to transport firearms from one designated place to another: s. 19. In addition, the Act requires that a person obtain a registration certificate for the firearm: s. 12.1.

## II. Historique législatif

[6] Les infractions liées aux armes à feu sont graves. Le législateur a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de telles infractions au moyen d’un régime strict exigeant permis et certificat d’enregistrement (*Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39) et prévoyant des interdictions (partie III du *Code criminel*) (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (le « *Renvoi relatif aux armes à feu* »)).

[7] Le *Code criminel* prévoit des restrictions et des sanctions importantes dans le cas de deux types d’armes à feu. Mentionnons d’abord l’« arme à feu prohibée », qui englobe l’arme de poing pourvue d’un canon court, la carabine ou le fusil de chasse scié et l’arme à feu automatique (*Code criminel*, par. 84(1)). Sa possession est illégale, sauf lorsque le propriétaire possédait l’arme avant l’entrée en vigueur de l’interdiction (*Loi sur les armes à feu*, art. 12). Ce droit acquis vaut pour les proches parents du particulier. Vient ensuite l’« arme à feu à autorisation restreinte », qui s’entend de toute arme de poing qui n’est pas une arme à feu prohibée, de certaines armes à feu semi-automatiques et de certaines armes à feu mesurant moins d’une longueur donnée (*Code criminel*, par. 84(1)). Dangereuses en soi, ces armes sont couramment utilisées lors de la perpétration d’actes criminels.

[8] Posséder une arme à feu exige l’obtention d’un permis conformément à la *Loi sur les armes à feu*. Une personne peut obtenir un permis de possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, mais seulement si elle respecte certains critères stricts (*Loi sur les armes à feu*, par. 7(2) et art. 12). La *Loi sur les armes à feu* restreint alors les lieux où elle peut être en possession de l’arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 17). Le contrôleur des armes à feu peut, dans l’intérêt de la sécurité publique, refuser de délivrer un permis à une personne (art. 5). Le titulaire d’un permis doit obtenir l’autorisation de transporter une arme à feu d’un lieu précis à un autre (art. 19). La Loi exige en outre qu’une personne obtienne un certificat d’enregistrement de son arme à feu (art. 12.1).

[9] Restricted or prohibited firearms must be stored unloaded, with a secure locking device and in a locked container or in a vault, safe or room that has been constructed or modified for the secure storage of firearms. Ammunition may not be stored with the firearm unless both the ammunition and the unloaded locked firearm are stored in a securely locked room or container that cannot be readily broken open or into: *Storage, Display, Transportation and Handling of Firearms by Individuals Regulations*, SOR/98-209, ss. 6 and 7. The firearms may only be loaded in a place where they can be lawfully discharged: s. 15.

[10] These licensing and registration requirements under the *Firearms Act* are reinforced through a series of *Criminal Code* offences that criminalize the possession of firearms where the possession contravenes the terms and conditions of the *Firearms Act*. The provision at issue in this appeal is s. 95 of the *Criminal Code*. The relevant version came into force in December 1998: S.C. 1995, c. 39, s. 139. It prohibits the possession of a loaded prohibited or restricted firearm, or the possession of an unloaded prohibited or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm: s. 95(1). The offence applies to a person in possession of a prohibited or restricted firearm who does not have an authorization or a licence to possess the firearm at the specific place at issue and a registration certificate for the firearm.

[11] The respondents challenge the constitutionality of the provisions in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* (as it read at the relevant time):

**95.** (1) Subject to subsection (3), every person commits an offence who, in any place, possesses a loaded prohibited firearm or restricted firearm, or an unloaded prohibited firearm or restricted firearm together with readily accessible ammunition that is capable of being discharged in the firearm, unless the person is the holder of

(a) an authorization or a licence under which the person may possess the firearm in that place; and

[9] L'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte doit être entreposée, non chargée et rendue inopérante par un dispositif de verrouillage sécuritaire, dans un contenant verrouillé ou dans une chambre forte, un coffre-fort ou une pièce construits ou modifiés expressément pour l'entreposage sécuritaire des armes à feu. Les munitions ne peuvent être entreposées avec elle que si elle est non chargée et que le tout est entreposé dans une pièce ou un contenant gardé bien verrouillé et construit de façon qu'on ne peut le forcer facilement (*Règlement sur l'entreposage, l'exposition, le transport et le manie-ment des armes à feu par des particuliers*, DORS/98-209, art. 6 et 7). Une arme à feu ne peut être chargée qu'à l'endroit où il est permis de s'en servir (art. 15).

[10] Ces règles établies sous le régime de la *Loi sur les armes à feu* en matière de permis et d'enregistrement se doublent d'une série d'infractions prévues au *Code criminel* qui criminalisent la possession d'une arme à feu dont la possession contrevient à la *Loi sur les armes à feu*. Les pourvois portent sur l'art. 95 du *Code criminel*, dont la version pertinente est entrée en vigueur en décembre 1998 (L.C. 1995, c. 39, art. 139) et interdit la possession d'une arme à feu prohibée ou à utilisation restreinte chargée et celle d'une telle arme à feu non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec elle (par. 95(1)). L'infraction est perpétrée par la personne en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte qui n'a pas une autorisation ou un permis pour le lieu en cause, ou qui n'a pas de certificat d'enregistrement de l'arme à feu.

[11] Les intimés contestent la constitutionnalité des sous-al. 95(2)a)(i) et (ii) du *Code criminel*, dont voici la version applicable au moment considéré :

**95.** (1) Sous réserve du paragraphe (3), commet une infraction quiconque a en sa possession dans un lieu quelconque soit une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte chargées, soit une telle arme non chargée avec des munitions facilement accessibles qui peuvent être utilisées avec celle-ci, sans être titulaire à la fois :

a) d'une autorisation ou d'un permis qui l'y autorise dans ce lieu;

(b) the registration certificate for the firearm.

(2) Every person who commits an offence under subsection (1)

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of

- (i) in the case of a first offence, three years, and
- (ii) in the case of a second or subsequent offence, five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction and liable to imprisonment for a term not exceeding one year.

(3) Subsection (1) does not apply to a person who is using the firearm under the direct and immediate supervision of another person who is lawfully entitled to possess it and is using the firearm in a manner in which that other person may lawfully use it.

[12] Section 95 is a hybrid offence punishable by a maximum of 10 years' imprisonment if the Crown proceeds by way of indictment. When the provision was first introduced by Parliament, the offence carried a one-year minimum sentence if the Crown proceeded by indictment, and a one-year maximum penalty if the Crown proceeded summarily. In May 2008, Parliament increased the minimum term of imprisonment to three years for a first offence and five years for a subsequent offence if the Crown proceeded by indictment: S.C. 2008, c. 6, s. 8. But Parliament did not change the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily. Therefore, there is a two-year gap between the maximum penalty on summary conviction and the minimum penalty on indictment. Nur challenges this gap under s. 7 of the *Charter*.

[13] A review of the firearms offences in the *Criminal Code* reveals that s. 95 carries a more serious penalty than any other simple possession offence. The mandatory minimum terms of imprisonment found in s. 95 reflect two aggravating factors. It applies to prohibited and restricted firearms, which present the most significant danger to public safety.

b) du certificat d'enregistrement de l'arme.

(2) Quiconque commet l'infraction prévue au paragraphe (1) est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant :

- (i) de trois ans, dans le cas d'une première infraction,
- (ii) de cinq ans, en cas de récidive;

b) soit d'une infraction punissable, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, d'un emprisonnement maximal de un an.

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à quiconque utilise une arme à feu sous la surveillance directe d'une personne qui en a la possession légale, de la manière dont celle-ci peut légalement s'en servir.

[12] L'article 95 crée une infraction mixte qui rend passible, sur mise en accusation, d'une peine carcérale d'au plus 10 ans. Dans sa version initiale, la disposition prévoyait une peine minimale d'un an lorsque le poursuivant optait pour la mise en accusation et une peine maximale d'un an lorsqu'il optait pour la procédure sommaire. En mai 2008, le législateur a porté la peine carcérale minimale à trois ans pour une première infraction et à cinq ans pour une récidive, lorsqu'il y avait mise en accusation (L.C. 2008, c. 6, art. 8). Il n'a cependant pas modifié la peine maximale d'un an encourue lorsque le poursuivant opte pour la procédure sommaire. Il existe donc un écart de deux ans entre la peine maximale applicable sur procédure sommaire et la peine minimale applicable sur mise en accusation. M. Nur conteste cet écart sur le fondement de l'art. 7 de la *Charte*.

[13] Il appert de l'examen des dispositions du *Code criminel* sur les armes à feu que l'art. 95 prévoit une peine plus lourde que toute autre disposition relative à la seule possession. Les peines carcérales minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95 tiennent compte de deux circonstances aggravantes. Elles s'appliquent en effet à la possession d'une arme

It only applies if the firearm is loaded or if ammunition for the firearm is readily available.

[14] Section 95(2)(a)(ii) imposes a five-year mandatory minimum term of imprisonment for a second or subsequent offence. For the purpose of determining whether a person has committed a second or subsequent offence within the meaning of s. 95(2)(a)(ii), one must have regard to s. 84(5) and (6):

(5) In determining, for the purpose of subsection 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) or 103(2), whether a convicted person has committed a second or subsequent offence, if the person was earlier convicted of any of the following offences, that offence is to be considered as an earlier offence:

(a) an offence under section 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 or 103 or subsection 117.01(1);

(b) an offence under section 244 or 244.2; or

(c) an offence under section 220, 236, 239, 272 or 273, subsection 279(1) or section 279.1, 344 or 346 if a firearm was used in the commission of the offence.

However, an earlier offence shall not be taken into account if 10 years have elapsed between the day on which the person was convicted of the earlier offence and the day on which the person was convicted of the offence for which sentence is being imposed, not taking into account any time in custody.

(6) For the purposes of subsection (5), the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences or whether any offence occurred before or after any conviction.

[15] Charles challenges s. 84(5) and (6) as being overbroad and arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*.

[16] The relevant provisions of the *Charter* state:

prohibée ou d'une arme à autorisation restreinte, lesquelles présentent le plus grand risque qui soit pour la sécurité publique, et seulement lorsque l'arme est chargée ou que ses munitions sont facilement accessibles.

[14] Le sous-alinéa 95(2)a)(ii) prévoit une peine carcérale obligatoire d'au moins cinq ans en cas de récidive. Pour déterminer s'il y a récidive au sens du sous-al. 95(2)a)(ii), il faut se reporter aux par. 84(5) et (6) :

(5) Lorsqu'il s'agit de décider, pour l'application des paragraphes 85(3), 95(2), 99(2), 100(2) ou 103(2), si la personne déclarée coupable se trouve en état de récidive, il est tenu compte de toute condamnation antérieure à l'égard :

a) d'une infraction prévue aux articles 85, 95, 96, 98, 98.1, 99, 100, 102 ou 103 ou au paragraphe 117.01(1);

b) d'une infraction prévue aux articles 244 ou 244.2;

c) d'une infraction prévue aux articles 220, 236, 239, 272 ou 273, au paragraphe 279(1) ou aux articles 279.1, 344 ou 346, s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration.

Toutefois, il n'est pas tenu compte des condamnations précédant de plus de dix ans la condamnation à l'égard de laquelle la peine doit être déterminée, compte non tenu du temps passé sous garde.

(6) Pour l'application du paragraphe (5), il est tenu compte de l'ordre des déclarations de culpabilité et non de l'ordre de perpétration des infractions, ni du fait qu'une infraction a été commise avant ou après une déclaration de culpabilité.

[15] M. Charles tient les par. 84(5) et (6) pour inconstitutionnels et contraires à l'art. 7 de la *Charte* du fait que leur portée est excessive et qu'ils sont arbitraires.

[16] Voici le texte des dispositions pertinentes de la *Charte* :



1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

### III. Facts and Judicial History

#### A. *Nur*

[17] One evening in January 2009, a young man entered a community centre in the Jane and Finch neighbourhood of Toronto and told a staff member that he was afraid of someone who was waiting outside to get him. The staff member saw someone waiting outside who looked threatening. The neighbourhood had very high levels of crime. Gun violence was a serious problem. The supervisor put the community centre on lockdown and called the police. When the police arrived, they saw four men standing at one of the entrances of the community centre. Nur was among them. As one of the police officers approached, the men scattered.

[18] The police officer chased Nur. He held his left hand against his body and appeared to be concealing something. As the officer gained ground on Nur, he saw Nur throw something away. The officer caught and arrested Nur moments after. Returning to the area where he had seen Nur throw something to the ground, the officer found a loaded handgun under a parked car. The gun was a working 22-calibre semi-automatic with an oversized ammunition clip. There were 23 bullets in the clip and one in the chamber. The gun is a prohibited firearm. When functioning properly, the gun can fire all 24 rounds in 3.5 seconds.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

### III. Faits et genèse de l'instance

#### A. *Dossier Nur*

[17] Un soir de janvier 2009, à Toronto, un jeune homme est entré dans un centre communautaire situé près de l'intersection de la rue Jane et de l'avenue Finch. Il a dit à un employé qu'il avait peur de quelqu'un qui l'attendait à l'extérieur et qui en avait après lui. L'employé a aperçu une personne à l'air menaçant qui attendait à l'extérieur. Le quartier connaissait un taux très élevé de criminalité, et le recours aux armes à feu y constituait un problème grave. Le surveillant a verrouillé les lieux et appelé la police. À leur arrivée, les policiers ont vu quatre hommes, dont M. Nur, près de l'une des entrées. Lorsqu'un agent s'est approché, les hommes ont pris la fuite dans des directions différentes.

[18] Pris en chasse par le policier, M. Nur serrait sa main gauche contre son corps et semblait dissimuler un objet. Au moment où l'agent allait le rattraper, M. Nur s'est débarrassé d'un objet. Quelques instants plus tard, M. Nur était immobilisé et mis en état d'arrestation. Le policier est revenu sur ses pas à l'endroit où il avait vu M. Nur jeter un objet par terre. Il a trouvé une arme de poing chargée sous une voiture garée. Il s'agissait d'un pistolet semi-automatique de calibre 22 en état de marche muni d'un chargeur grande dimension, une arme à feu prohibée. L'arme contenait 23 balles, dont une dans la chambre. Lorsqu'il est en bon état de marche, le pistolet permet de tirer ses 24 balles en 3,5 secondes.

[19] Nur was not found to be involved with the threatening behaviour, and it was not clear when, for how long, or how Nur came to possess the loaded handgun.

(1) Ontario Superior Court of Justice

[20] Nur was charged with one count of possession of a loaded prohibited firearm contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. The Crown proceeded by indictment and Nur elected to be tried by judge alone. He ultimately pleaded guilty to the charge, but he did not admit any facts relevant to the allegations beyond those essential to the plea. At his sentencing, Nur put the Crown to the proof of any facts that it relied on as aggravating factors for sentencing. Nur also challenged the constitutionality of the three-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i).

[21] Nur comes from a supportive, law-abiding family who came to Canada as refugees. At the time of the offence, he was 19 and attending high school. He was performing well and hoped to eventually attend university. He had worked a number of part-time jobs and volunteered in the community. Teachers and past employers praised his performance and his considerable potential. One teacher described Nur as “an exceptional student and athlete who excelled in the classroom and on the basketball court . . . an incredible youth with unlimited academic and great leadership skills”: 2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, at para. 34. Nur had no prior criminal record.

[22] The trial judge held that the three-year mandatory minimum sentence did not offend ss. 12 and 15 of the *Charter*. However, he concluded that the two-year gap between the one-year maximum sentence if the Crown proceeded summarily and the three-year minimum sentence if the Crown proceeded on indictment offended s. 7 of the *Charter* because it was arbitrary and was not justified under s. 1. Nevertheless, the trial judge held that Nur was not personally affected by the gap. In his view, the

[19] Il n’a pas été établi que M. Nur avait quoi que ce soit à voir avec le comportement menaçant, et aucun élément n’a clairement indiqué le moment à partir duquel M. Nur avait eu l’arme chargée en sa possession, la durée de cette possession, ou la manière dont il était entré en possession de l’arme.

(1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[20] M. Nur a été accusé d’un chef de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Après avoir été mis en accusation, M. Nur a opté pour un procès devant juge seul. Il a finalement plaidé coupable, mais n’a reconnu aucun autre fait que ceux qui étaient essentiels à son plaidoyer. À l’audience de détermination de la peine, M. Nur a mis le poursuivant au défi de prouver les circonstances aggravantes invoquées. Il a également contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de trois ans prévue au sous-al. 95(2)a(i).

[21] M. Nur est issu d’une famille de réfugiés soutenant et respectueuse des lois. Au moment de l’infraction, il avait 19 ans et fréquentait l’école secondaire. Il avait de bonnes notes et espérait fréquenter un jour l’université. Il avait eu quelques emplois à temps partiel et faisait du bénévolat dans la collectivité. Ses enseignants et ses anciens employeurs ont souligné ses bons résultats et ses grandes perspectives d’avenir. Pour reprendre les propos d’un enseignant, M. Nur était [TRADUCTION] « un étudiant exceptionnel et un athlète qui excellait tant en classe que sur le terrain de basketball [. . .] un jeune extrêmement doué dont les aptitudes aux études se doublaient d’un grand sens du leadership » (2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306, par. 34). M. Nur n’avait pas de casier judiciaire.

[22] Selon le juge du procès, la peine minimale obligatoire de trois ans ne contrevient pas aux art. 12 et 15 de la *Charte*. Il conclut toutefois que l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an — sur procédure sommaire — et la peine minimale de trois ans — sur mise en accusation — ne respecte pas l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire et qu’il ne peut se justifier par application de l’article premier. Le juge arrive néanmoins à la conclusion que cet écart ne pénalise pas M. Nur. À son

gap only posed a constitutional problem for a small class of accused, in those cases where the Crown would reasonably elect to proceed summarily but for the arbitrary two-year gap. The trial judge held that the Crown would not have proceeded summarily against Nur regardless of the maximum penalty available on a summary conviction proceeding. The trial judge therefore dismissed the s. 7 claim.

[23] The trial judge held that a sentence of 40 months was appropriate for the offence and the offender, having regard to the “inflationary floor” of the mandatory minimum sentence. Nur had been denied bail and had been in custody for 26 months. Nur received two to one credit for 20 months of pre-trial custody at the time of sentencing. As a result, the trial judge imposed a sentence of one day in custody to be followed by two years of probation.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] Nur appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal, and five others, concerning constitutional challenges to various provisions of the *Criminal Code* imposing or related to the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[25] Doherty J.A., for the court, allowed the appeal. He held that the three-year mandatory minimum penalty imposed by s. 95(2)(a)(i) was contrary to s. 12 of the *Charter* based on a reasonable hypothetical on the licensing end of the s. 95 spectrum, and that it was not saved by s. 1. He held that the appropriate remedy was to hold s. 95(2)(a)(i) of no force or effect to the extent that it imposes a three-year mandatory minimum term of imprisonment when the Crown proceeds by way of indictment. His declaration did not affect the 10-year maximum penalty in s. 95(2)(a). However, he also concluded that his analysis did not prevent Parliament from retaining the three-year mandatory minimum for the “true crime end” of the s. 95 spectrum,

avis, l'écart ne pose un problème constitutionnel que dans un nombre infime de cas, à savoir ceux où le poursuivant aurait raisonnablement opté pour la procédure sommaire n'eût été l'écart arbitraire de deux ans. Il conclut que, dans le cas de M. Nur, le poursuivant n'aurait pas opté pour la procédure sommaire peu importe la peine maximale alors applicable. Il rejette donc la prétention fondée sur l'art. 7.

[23] Selon le juge, une peine de 40 mois est appropriée et tient compte de la nature de l'infraction et de la situation du délinquant, eu égard au [TRADUCTION] « seuil ascendant » que constitue la peine minimale obligatoire. M. Nur s'est vu refuser la liberté sous caution et a passé 26 mois sous garde. Lors de la détermination de sa peine, on lui a accordé des crédits pour une période de détention présentencielle de 20 mois à raison de deux jours contre un. Le juge lui a donc infligé une peine carcérale d'un jour assortie d'une période de probation de deux ans.

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401

[24] M. Nur a interjeté appel à la Cour d'appel, qui a entendu l'affaire, de même que cinq autres dossiers de contestation constitutionnelle visant diverses dispositions du *Code criminel* qui imposent des peines minimales obligatoires pour diverses infractions liées aux armes à feu ou qui se rapportent à pareille imposition.

[25] Au nom de la Cour d'appel, le juge Doherty accueille l'appel. Il estime que la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte* dans la situation hypothétique raisonnable où l'infraction commise se situe à l'extrémité du continuum d'application de l'art. 95 correspondant aux infractions réglementaires et que la disposition qui prévoit la peine minimale ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La réparation qui lui paraît convenable consiste à déclarer inopérant le sous-al. 95(2)a)(i) dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. La déclaration d'invalidité ne

that is “[i]ndividuals who have loaded restricted or prohibited firearms that they have no business possessing anywhere or at any time, and who are engaged in criminal conduct or conduct that poses a danger to others”: para. 206. These offenders, Doherty J.A. held, should continue to receive exemplary sentences that emphasize deterrence and denunciation.

[26] The Court of Appeal held that, despite mitigating factors, the trial judge’s sentence was appropriate and should be upheld.

#### B. *Charles*

[27] In May 2008, Charles and another man were living in a Toronto rooming house. An incident at the rooming house was reported to the police. They attended and secured the scene. The Emergency Task Force arrived and searched the house, finding a loaded Ruger semi-automatic handgun and ammunition in Charles’ bedroom. It was equipped with an over-capacity magazine, which is a prohibited device under the *Criminal Code*, containing 13 rounds of live 9-mm ammunition. A further round of ammunition was found on Charles’ bed near the gun. The serial number on the gun had been removed. Charles admitted to police that he did not have a licence to possess a firearm and did not hold a current registration certificate for the firearm. Charles was arrested and charged with various firearm-related offences.

##### (1) Ontario Superior Court of Justice

[28] The Crown elected to proceed by way of indictment. Charles pleaded guilty to possession of a loaded prohibited firearm, contrary to s. 95(1) of the *Criminal Code*. He also pleaded guilty to possession of a firearm knowing that the serial number had been defaced, contrary to s. 108(1)(b); possession

s’applique pas à la peine maximale de 10 ans prévue à l’al. 95(2)a). Selon le juge Doherty, son analyse n’empêche toutefois pas le législateur de conserver la peine minimale obligatoire de trois ans dans le cas d’un [TRADUCTION] « vrai crime » qui se situe à l’autre extrémité du continuum d’application de l’art. 95, c’est-à-dire une infraction perpétrée par une « personne munie d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée qu’elle n’est censée posséder nulle part et à aucun moment et qui prend part à un acte criminel ou qui expose autrui à un danger » (par. 206). Le juge conclut qu’une peine exemplaire, axée sur la dissuasion et la dénonciation, doit continuer d’être infligée à un tel délinquant.

[26] La Cour d’appel considère que malgré l’existence de circonstances atténuantes, la peine infligée en première instance est appropriée et doit être confirmée.

#### B. *Dossier Charles*

[27] En mai 2008, après le signalement d’un incident à la maison de chambres de Toronto où habitaient M. Charles et un autre homme, les policiers se sont rendus sur place et ont établi un périmètre de sécurité. En fouillant les lieux, l’équipe d’intervention d’urgence a découvert dans la chambre de M. Charles une arme de poing semi-automatique Ruger chargée et des munitions. L’arme était munie d’un chargeur grande capacité — un dispositif prohibé suivant le *Code criminel* — contenant 13 balles 9 mm. D’autres munitions ont été trouvées sur le lit de M. Charles, près de l’arme. Le numéro de série de l’arme avait été effacé. M. Charles a reconnu qu’il n’avait ni permis de possession, ni certificat d’enregistrement valide. Il a été arrêté et accusé de diverses infractions relatives aux armes à feu.

##### (1) Cour supérieure de justice de l’Ontario

[28] Le poursuivant a opté pour la mise en accusation. M. Charles a plaidé coupable à l’accusation de possession d’une arme à feu prohibée chargée, une infraction prévue au par. 95(1) du *Code criminel*. Il a aussi plaidé coupable aux accusations suivantes : possession d’une arme à feu dont il savait que

of a firearm while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1), and without being the holder of a licence, contrary to s. 91(1); and possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1).

[29] Charles has a lengthy and serious criminal record. At the time of sentencing, it included approximately 20 prior convictions, five of which involved crimes of violence and five other convictions for firearm-related offences. Two of Charles's prior convictions are relevant (under s. 84(5) and (6)) to the application of the mandatory minimum sentence in s. 95(2)(a)(ii).

[30] The first notable conviction was in 2002, when Charles pleaded guilty to a charge of possession of ammunition while subject to a firearms prohibition order, contrary to s. 117.01(1) of the *Criminal Code*. He was charged following a dispute with his grandmother regarding a gun. The police responded to the dispute and found a locked box containing a single .38 calibre bullet, as well as identification documents belonging to Charles. Returning later to arrest him, the police also found Charles in possession of a large quantity of crack cocaine, electronic scales, a cell phone, scissors and a screwdriver. He was charged with possession of ammunition contrary to a prohibition order and possession of cocaine for the purpose of trafficking. It appears from the record that he was sentenced to two months' imprisonment on each charge, to be served concurrently, plus 96 days' credit for pre-sentence custody.

[31] The second notable conviction was in 2004, when Charles pleaded guilty to robbing an employment agency with three accomplices, while using an imitation firearm and having his face masked with the intent to commit an indictable offence, contrary to s. 85(2) of the *Criminal Code*. He was sentenced to 18 and a half months' imprisonment on each count, to be served concurrently, after credit of four and a half months of pre-sentence custody.

le numéro de série avait été maquillé (al. 108(1)b)), possession d'une arme à feu malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)), possession d'une arme à feu sans permis (par. 91(1)) et possession de munitions malgré une ordonnance qui le lui interdisait (par. 117.01(1)).

[29] M. Charles a un lourd casier judiciaire et a commis de graves infractions. Au moment de déterminer sa peine, il comptait environ 20 déclarations de culpabilité, dont cinq pour des crimes avec violence et cinq autres pour des infractions liées aux armes à feu. Deux de ces déclarations de culpabilité valent (suivant les par. 84(5) et (6)) pour l'application de la peine minimale obligatoire du sous-al. 95(2)a)(ii).

[30] La première remonte à 2002. M. Charles avait plaidé coupable à l'accusation d'avoir été en possession de munitions malgré une ordonnance qui lui interdisait la possession d'une arme à feu (par. 117.01(1) du *Code criminel*). L'accusation avait été portée par suite d'une altercation avec sa grand-mère au sujet d'une arme de poing. Les policiers étaient alors intervenus et avaient trouvé une boîte verrouillée contenant une balle de calibre .38 ainsi que des papiers d'identité appartenant à M. Charles. Lorsqu'ils étaient revenus l'arrêter, les policiers avaient trouvé en sa possession de grandes quantités de crack, des balances électroniques, un téléphone portable, des ciseaux et un tournevis. M. Charles a été accusé de possession de munitions malgré une ordonnance d'interdiction et de possession de cocaïne en vue d'en faire le trafic. Le dossier révèle qu'il a été condamné à deux mois d'emprisonnement pour chacun des chefs, à purger concurremment, en sus de ses 96 jours de détention présentencielle.

[31] La deuxième déclaration de culpabilité remonte à 2004. Sur le fondement du par. 85(2) du *Code criminel*, il a été accusé du vol qualifié d'une agence de placement avec trois complices. Il avait utilisé une fausse arme à feu et masqué son visage dans un dessein criminel. M. Charles a plaidé coupable. Il a été condamné à une peine carcérale de 18 mois et demi pour chacun des chefs, à purger concurremment, après l'octroi d'un crédit pour détention présentencielle de quatre mois et demi.

[32] At sentencing for the present offence, Charles contested the Crown's invocation of the five-year mandatory minimum penalty. He challenged the combined effect of ss. 84(5)(a) and 95(2)(a)(ii) as being contrary to ss. 7, 9 and 12 of the *Charter*, though he later conceded that the determination of the s. 12 claim was dispositive of the ss. 7 and 9 challenges. Charles argued that the inclusion in s. 84(5)(a) of offences that did not involve the possession of firearms as earlier offences for the purpose of s. 95(2) violated s. 12.

[33] The sentencing judge dismissed Charles' s. 12 challenge. She held that the five-year mandatory minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(ii) was not grossly disproportionate for Charles, in light of the gravity of these crimes. She also held that Charles had failed to put forward any reasonable hypothetical circumstances in which the application of the five-year mandatory minimum sentence on conviction for a s. 95(1) offence to an offender previously convicted of an offence under ss. 85(2) or 117.01(1), would be grossly disproportionate. She sentenced Charles to seven years' imprisonment, less five years' credit on a two to one basis for two years, six months of pre-sentence custody: 2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (2d) 118.

(2) Court of Appeal for Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] Charles appealed to the Court of Appeal, which heard his appeal with Nur and four others concerning constitutional challenges arising out of the imposition of mandatory minimum sentences for various firearm-related offences.

[35] Cronk J.A., for the court, held that the five-year mandatory minimum sentence of imprisonment for a second offence under s. 95(2) is grossly disproportionate when measured against a reasonable hypothetical in the nature of a licensing offence, even where the offender has previously been

[32] Lors de la détermination de sa peine pour l'infraction visée en l'espèce, M. Charles a contesté la constitutionnalité de la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement requise par le poursuivant. Il a soutenu que l'effet combiné de l'al. 84(5)a) et du sous-al. 95(2)a)(ii) contrevient aux art. 7, 9 et 12 de la *Charte*, mais il a reconnu par la suite que l'issue de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 déterminerait le sort de celles fondées sur les deux autres articles. Il a fait valoir que, pour l'application du par. 95(2), il est contraire à l'art. 12 de la *Charte* de compter au nombre des infractions antérieures celles énumérées à l'al. 84(5)a) qui ne comportent pas la possession d'une arme à feu.

[33] La juge du procès rejette la contestation fondée sur l'art. 12. À son avis, la peine minimale obligatoire de cinq ans prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) n'est pas totalement disproportionnée dans le cas de M. Charles étant donné la gravité de ses crimes. Ce dernier n'a d'ailleurs invoqué aucune situation hypothétique raisonnable où il aurait été totalement disproportionné qu'un délinquant précédemment déclaré coupable d'une infraction prévue aux par. 85(2) ou 117.01(1) se voit infliger la peine minimale obligatoire de cinq ans pour avoir contrevenu au par. 95(1). La juge le condamne à une peine carcérale de sept ans, réduite de cinq ans après l'octroi d'un crédit à raison de deux jours contre un pour la détention pré-sentencielle d'une durée de deux ans et six mois (2010 ONSC 8035, 222 C.R.R. (3d) 118).

(2) Cour d'appel de l'Ontario, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456

[34] M. Charles s'est pourvu en Cour d'appel, qui a regroupé son dossier avec celui de M. Nur et quatre autres dossiers de contestation constitutionnelle de peines minimales obligatoires prévues à l'égard de diverses infractions liées aux armes à feu.

[35] Au nom de la Cour d'appel, la juge Cronk conclut que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement qui s'applique en cas de récidive est totalement disproportionnée si l'on considère la situation hypothétique raisonnable où l'infraction est de type réglementaire, à supposer même que le

convicted of an offence listed under s. 84(5). Consequently, she declared s. 95(2)(a)(ii) of no force or effect to the extent that it imposes a mandatory minimum sentence of five years' imprisonment for a second or subsequent offence when the Crown proceeds by way of indictment. However, Cronk J.A. dismissed Charles' claims under s. 7 of the *Charter*, holding that the impugned provisions were neither arbitrary nor overbroad and, therefore, did not infringe s. 7.

[36] Charles did not otherwise attack his overall sentence and conceded that a sentence of five years' imprisonment for his s. 95(1) offence alone was appropriate, even without the application of the five-year mandatory minimum. Consequently, Cronk J.A. affirmed the sentence imposed by the sentencing judge.

#### IV. Issues

[37] This appeal raises the following issues:

- (a) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 12 of the *Charter*?
- (b) Do the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2)(a)(i) and (ii) of the *Criminal Code* infringe s. 7 of the *Charter*?
- (c) If so, are they saved under s. 1 of the *Charter*?

#### V. Discussion

A. *Do the Mandatory Minimum Terms of Imprisonment in Section 95(2)(a)(i) and (ii) Infringe Section 12 of the Charter?*

(1) The Test for Infringement of Section 12

[38] Section 12 of the *Charter* states that everyone has the right not to be subjected to any cruel and

délinquant hypothétique ait précédemment été reconnu coupable d'une infraction visée au par. 84(5). Elle déclare donc le sous-al. 95(2)(a)(ii) inopérant dans la mesure où il prévoit une peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement en cas de récidive lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation. Elle rejette toutefois les prétentions de M. Charles fondées sur l'art. 7 de la *Charte*, estimant que les dispositions contestées ne sont pas arbitraires et que leur portée n'est pas excessive, de sorte qu'elles ne contreviennent pas à l'art. 7.

[36] M. Charles ne contestait pas par ailleurs la peine globale dont il avait écopé et il reconnaissait qu'une peine carcérale de cinq ans pour infraction au par. 95(1) serait appropriée dans son cas à lui même si la peine minimale obligatoire ne s'appliquait pas. Par conséquent, la juge Cronk confirme la peine infligée en première instance.

#### IV. Questions en litige

[37] Le pourvoi soulève les questions suivantes :

- a) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 12 de la *Charte*?
- b) Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) du *Code criminel* contreviennent-elles à l'art. 7 de la *Charte*?
- c) Dans l'affirmative, sont-elles sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*?

#### V. Analyse

A. *Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues aux sous-al. 95(2)(a)(i) et (ii) contreviennent-elles à l'art. 12 de la Charte?*

(1) Le critère permettant de déterminer s'il y a violation ou non de l'art. 12

[38] L'article 12 de la *Charte* énonce que chacun a droit à la protection contre toutes peines cruelles

unusual punishment. The question is whether the mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2) violate this guarantee. The respondents say they do, because s. 95(2) catches conduct that falls far short of true criminal conduct — for example licensing offences. The Attorney General for Ontario responds that these examples are inadmissible hypotheticals and should not enter into the constitutional analysis, and that in any event, the Crown will choose to prosecute offences of lesser culpability by summary conviction, avoiding the mandatory minimum provisions.

[39] This Court has set a high bar for what constitutes “cruel and unusual . . . punishment” under s. 12 of the *Charter*. A sentence attacked on this ground must be grossly disproportionate to the punishment that is appropriate, having regard to the nature of the offence and the circumstances of the offender: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1073. Lamer J. (as he then was) explained at p. 1072 that the test of gross disproportionality “is aimed at punishments that are more than merely excessive”. He added, “[w]e should be careful not to stigmatize every disproportionate or excessive sentence as being a constitutional violation”. A prescribed sentence may be grossly disproportionate as applied to the offender before the court or because it would have a grossly disproportionate impact on others, rendering the law unconstitutional.

[40] In determining an appropriate sentence for purposes of the comparison demanded by this analysis, regard must be had to the sentencing objectives in s. 718 of the *Criminal Code*, which instructs the sentencing judge as follows:

**718.** The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(a) to denounce unlawful conduct;

et inusitées. La question à trancher est celle de savoir si les peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2) portent atteinte à cette garantie. Les intimés soutiennent que c’est le cas parce que la disposition s’applique à des actes qui ne constituent pas de véritables actes criminels, par exemple les infractions réglementaires. La procureure générale de l’Ontario rétorque que cet exemple correspond à une situation hypothétique inadmissible, qu’il ne doit pas être pris en compte dans l’analyse constitutionnelle et que, de toute manière, le ministère public optera pour la procédure sommaire dans le cas d’une infraction comportant une culpabilité moindre, ce qui écartera l’application des peines minimales obligatoires.

[39] La Cour place la barre haute lorsqu’il s’agit de tenir une peine pour « cruel[le] et inusité[e] » au sens de l’art. 12 de la *Charte*. La peine doit en effet être totalement disproportionnée à celle qui convient eu égard à la nature de l’infraction et à la situation du délinquant (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1073). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) explique à la p. 1072 que le critère de la disproportion [totale] « vise les peines qui sont plus que simplement excessives ». Il ajoute : « Il faut éviter de considérer que toute peine disproportionnée ou excessive est contraire à la Constitution . . . » Une peine prescrite peut être totalement disproportionnée dans le cas du délinquant en cause ou peut avoir sur une autre personne un effet totalement disproportionné, la disposition étant dès lors inconstitutionnelle.

[40] Pour déterminer la peine appropriée aux fins de la comparaison qui s’impose dès lors, il faut tenir compte des objectifs de détermination de la peine énoncés à l’art. 718 du *Code criminel*, qui précise ce qui suit à l’intention du tribunal appelé à déterminer la peine :

**718.** Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d’autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants :

a) dénoncer le comportement illégal;



(b) to deter the offender and other persons from committing offences;

(c) to separate offenders from society, where necessary;

(d) to assist in rehabilitating offenders;

(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

[41] The sentencing judge must also have regard to the following: any aggravating and mitigating factors, including those listed in s. 718.2(a)(i) to (iv); the principle that a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances (s. 718.2(b)); the principle that where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh (s. 718.2(c)); and the principle that courts should exercise restraint in imposing imprisonment (ss. 718.2(d) and (e)).

[41] Le juge qui détermine la peine doit également tenir compte des circonstances aggravantes et atténuantes, y compris celles énumérées aux sous-al. 718.2a(i) à (iv), du principe de l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables (al. 718.2b)), de l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives (al. 718.2c)) et de l'obligation de faire preuve de retenue dans l'infliction d'une peine carcérale (al. 718.2d) et e)).

[42] In reconciling these different goals, the fundamental principle of sentencing under s. 718.1 of the *Criminal Code* is that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.”

[42] Pour concilier ces différents objectifs, le principe fondamental de la détermination de la peine suivant l'art. 718.1 du *Code criminel* veut que « [l]a peine [soit] proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. »

[43] It is no surprise, in view of the constraints on sentencing, that imposing a proportionate sentence is a highly individualized exercise, tailored to the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 80. “Only if this is so can the public be satisfied that the offender ‘deserved’ the punishment he received and feel a confidence in the fairness and rationality of the system”: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 533, per Wilson J. As LeBel J. explained in *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433:

[43] Il n'est donc pas étonnant, au vu de toutes ces exigences, que l'entreprise qui consiste à imposer une peine proportionnelle fasse grandement appel à l'individualisation et prenne en compte la gravité de l'infraction, la culpabilité morale du délinquant et le préjudice causé par le crime (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, par. 80). Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 533, la juge Wilson dit que « [c]e n'est que dans ce cas que le public peut être convaincu que le contrevenant “méritait” la punition qui lui a été infligée et avoir confiance dans l'équité et la rationalité du système ». Pour reprendre les propos du juge LeBel dans l'arrêt *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 :

Proportionality is the *sine qua non* of a just sanction. First, the principle ensures that a sentence reflects the gravity of the offence. This is closely tied to the objective of denunciation. It promotes justice for victims and ensures public confidence in the justice system.

La proportionnalité représente la condition *sine qua non* d'une sanction juste. Premièrement, la reconnaissance de ce principe garantit que la peine reflète la gravité de l'infraction et crée ainsi un lien étroit avec l'objectif de dénonciation. La proportionnalité favorise ainsi la justice envers les victimes et assure la confiance du public dans le système de justice.

Second, the principle of proportionality ensures that a sentence does not exceed what is appropriate, given the moral blameworthiness of the offender. In this sense, the principle serves a limiting or restraining function and ensures justice for the offender. In the Canadian criminal justice system, a just sanction is one that reflects both perspectives on proportionality and does not elevate one at the expense of the other. [para. 37]

Deuxièmement, le principe de proportionnalité garantit que la peine n'excède pas ce qui est approprié compte tenu de la culpabilité morale du délinquant. En ce sens, il joue un rôle restrictif et assure la justice de la peine envers le délinquant. En droit pénal canadien, une sanction juste prend en compte les deux optiques de la proportionnalité et n'en privilégie aucune par rapport à l'autre. [par. 37]

[44] Mandatory minimum sentences, by their very nature, have the potential to depart from the principle of proportionality in sentencing. They emphasize denunciation, general deterrence and retribution at the expense of what is a fit sentence for the gravity of the offence, the blameworthiness of the offender, and the harm caused by the crime. They function as a blunt instrument that may deprive courts of the ability to tailor proportionate sentences at the lower end of a sentencing range. They may, in extreme cases, impose unjust sentences, because they shift the focus from the offender during the sentencing process in a way that violates the principle of proportionality. They modify the general process of sentencing which relies on the review of all relevant factors in order to reach a proportionate result. They affect the outcome of the sentence by changing the normal judicial process of sentencing.

[44] La peine minimale obligatoire est en soi susceptible de s'écarter du principe de proportionnalité lors de la détermination de la peine. Elle est davantage axée sur la dénonciation, la dissuasion générale et le châtement que sur ce qui constitue une peine appropriée au vu de la gravité de l'infraction, de la culpabilité morale du délinquant et du préjudice causé. Implacable, la peine minimale obligatoire est susceptible d'empêcher le tribunal d'arrêter une peine proportionnelle se situant à l'extrémité inférieure de la fourchette. Dans certains cas extrêmes, elle peut même emporter l'infliction d'une peine injuste, le délinquant n'étant plus au centre du processus, et ce, d'une manière qui contrevient au principe de proportionnalité. Elle modifie le processus général de la détermination de la peine, lequel prend appui sur l'examen de tous les éléments pertinents pour arriver à un résultat proportionné. Elle influe sur le résultat en modifiant le processus judiciaire habituel de détermination de la peine.

[45] General deterrence — using sentencing to send a message to discourage others from offending — is relevant. But it cannot, without more, sanitize a sentence against gross disproportionality: “General deterrence can support a sentence which is more severe while still within the range of punishments that are not cruel and unusual” (*R. v. Morrissey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90, at para. 45, per Gonthier J.). Put simply, a person cannot be made to suffer a

[45] La dissuasion générale, à savoir l'infliction d'une peine pour transmettre un message de nature à dissuader les autres citoyens de contrevenir à la loi, importe. Or, cette seule considération ne saurait empêcher la disproportion totale : « [1]a dissuasion générale peut justifier l'infliction d'une peine qui, quoique sévère, se situe à l'intérieur de la fourchette des peines qui ne sont pas cruelles et inusitées » (*R. c. Morrissey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90, par. 45,

grossly disproportionate punishment simply to send a message to discourage others from offending.

[46] To recap, a challenge to a mandatory minimum sentencing provision on the ground it constitutes cruel and unusual punishment under s. 12 of the *Charter* involves two steps. First, the court must determine what constitutes a proportionate sentence for the offence having regard to the objectives and principles of sentencing in the *Criminal Code*. Then, the court must ask whether the mandatory minimum requires the judge to impose a sentence that is grossly disproportionate to the fit and proportionate sentence. If the answer is yes, the mandatory minimum provision is inconsistent with s. 12 and will fall unless justified under s. 1 of the *Charter*.

(2) Whose Situation Is Considered in the Section 12 Analysis?

[47] We have seen that a s. 12 challenge to a mandatory sentencing provision compares a fit and proportionate sentence for the offence with the sentence imposed by the mandatory minimum. At this point, a question arises — a question that is at the heart of this case. In analyzing the constitutionality of a mandatory minimum sentencing provision, who does the court take as the offender? Does the court consider only the offender who brings the s. 12 challenge? Or should it also, if necessary, consider how the provision impacts on other persons who might reasonably be caught by it?

[48] Nur and Charles do not argue that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95(2) are grossly disproportionate as applied to them. Rather, they argue that these mandatory minimum terms of imprisonment violate s. 12 as they apply to other offenders. Against this, the Attorney General of Ontario, supported by other Attorneys General, argues for a test that puts the primary or exclusive focus on the offender before the court. (The Attorney General of Ontario says the analysis should ask

le juge Gonthier). Pour simplifier, on ne peut infliger à une personne une peine totalement disproportionnée à la seule fin de dissuader ses concitoyens de désobéir à la loi.

[46] En bref, statuer sur une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire dont on allègue l'inconstitutionnalité parce qu'elle infligerait une peine cruelle et inusitée contrairement à l'art. 12 de la *Charte* commande une analyse en deux étapes. Premièrement, le tribunal doit déterminer ce qui constituerait une peine proportionnée à l'infraction eu égard aux objectifs et aux principes de détermination de la peine établis par le *Code criminel*. Deuxièmement, il lui faut décider si la disposition contraint à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée à la peine juste et proportionnée. Dans l'affirmative, la disposition en cause est incompatible avec l'art. 12 et de ce fait inopérante, sauf justification par application de l'article premier de la *Charte*.

(2) Quelle situation prendre en compte dans l'analyse fondée sur l'art. 12?

[47] Nous avons vu que, dans le cadre de la contestation constitutionnelle fondée sur l'art. 12 d'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, on compare la peine juste et proportionnée et la peine minimale obligatoire. Se pose alors la question qui se trouve au cœur de la présente affaire. Dans l'examen de la constitutionnalité de la disposition contestée, quel délinquant le tribunal prend-il en considération? S'en tient-il à l'auteur du recours fondé sur l'art. 12 ou doit-il également, si besoin est, considérer l'effet de la disposition sur d'autres personnes raisonnablement susceptibles de tomber sous le coup de celle-ci?

[48] MM. Nur et Charles font valoir non pas que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues au par. 95(2) sont totalement disproportionnées dans leur cas, mais bien que ces peines contreviennent à l'art. 12 lorsqu'elles s'appliquent à d'autres délinquants. La procureure générale de l'Ontario, avec l'appui d'homologues, rétorque que le critère doit s'attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal. (Selon elle, le tribunal doit se demander si

whether the mandatory minimum is grossly disproportionate having regard to the purpose and gravity of the offence as manifested in *actual* common instances of committing the offence, as well as the *actual* case before the court: A.F. (Nur), at para. 41. The Attorney General of British Columbia goes further, asserting that only the circumstances of the offender should be considered.)

[49] For the reasons that follow, I conclude that excluding consideration of reasonably foreseeable applications of a mandatory minimum sentencing law would run counter to the settled authority of this Court and artificially constrain the inquiry into the law's constitutionality.

[50] To confine consideration to the offender's situation runs counter to the long and settled jurisprudence of this Court relating to *Charter* review generally, and to s. 12 review in particular.

[51] I turn first to the general jurisprudence of *Charter* review. This Court has consistently held that a challenge to a law under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* does not require that the impugned provision contravene the rights of the claimant: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 314; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, at paras. 58-66. As I wrote in *Ferguson*, “[a] claimant who otherwise has standing can generally seek a declaration of invalidity under s. 52 on the grounds that a law has unconstitutional effects either in his own case or on third parties”: para. 59. This is because “[i]t is the nature of the law, not the status of the accused, that is in issue”: *Big M*, at p. 314, per Dickson J. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* trenches not only the supremacy of the Constitution but also commands that “any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect”. If the only way to challenge an unconstitutional law were on the

la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée eu égard à la raison d’être de l’infraction et à la gravité des actes réprimés, non seulement dans le cas *concret* dont il est saisi, mais également dans d’autres situations *concrètes* courantes (m.a. (Nur), par. 41). Son homologue de la Colombie-Britannique va plus loin et prétend que l’analyse ne doit porter que sur la situation du délinquant qui est à l’origine de l’instance.)

[49] Pour les motifs qui suivent, je conclus que ne pas tenir compte des applications raisonnablement prévisibles d’une disposition créant une peine minimale obligatoire irait à l’encontre de la jurisprudence établie de la Cour et limiterait de manière artificielle l’analyse portant sur la constitutionnalité de la disposition.

[50] Ne faire porter l’examen que sur la situation du délinquant en cause va à l’encontre de la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de l’art. 12 en particulier.

[51] Considérons d’abord la jurisprudence sur le contrôle constitutionnel effectué au regard de la *Charte* en général. La Cour a toujours estimé qu’une personne pouvait contester une disposition législative sur le fondement de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* même lorsque ses propres droits n’étaient pas bafoués par la disposition (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66). Comme je l’indique dans l’arrêt *Ferguson*, « [u]n demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d’invalidité en application de l’art. 52 au motif qu’une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers » (par. 59). Il en est ainsi parce que « [c]’est la nature de la loi, et non pas le statut de l’accusé, qui est en question » (*Big M*, p. 314, le juge Dickson). Non seulement l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la primauté de la Constitution, mais il dispose que celle-ci « rend inopérantes les

basis of the precise facts before the court, bad laws might remain on the books indefinitely. This violates the rule of law. No one should be subjected to an unconstitutional law: *Big M*, at p. 313. This reflects the principle that the Constitution belongs to all citizens, who share a right to the constitutional application of the laws of Canada.

[52] The argument that the focus should be mainly or exclusively on the offender before the court is also inconsistent with the jurisprudence of the Court on the review of mandatory minimum sentences under s. 12 of the *Charter*. The cases have sometimes referred to this review as proceeding on “reasonable hypotheticals”. The Attorney General of Ontario concedes that the cases under s. 12 support looking beyond the circumstances of the offender before the court, but asks us to overrule them. She says the cases on what constitutes a “reasonable hypothetical” are “irreconcilable”. A review of the cases does not, with respect, support this contention.

[53] The first case to consider the question was *Smith*. The majority of the Court, per Lamer J. (as he then was) struck down a seven-year mandatory minimum sentence for importing narcotics on the basis that the law could catch a student driving home to Canada from the United States with her first joint of grass. The Court acknowledged that a long prison sentence was appropriate with few exceptions for people who import drugs into the country, but held that because it could catch people for whom the seven-year minimum sentence would be grossly disproportionate, it violated the s. 12 guarantee against cruel and unusual punishment.

dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu’au regard des faits précis d’une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l’encontre de la primauté du droit. Nul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle (*Big M*, p. 313). Est ainsi consacré le principe de l’appartenance de la Constitution à tous les citoyens, lesquels possèdent en commun le droit à l’application constitutionnelle des lois canadiennes.

[52] L’argument selon lequel l’analyse doit s’attacher principalement, voire uniquement, à la situation du délinquant qui saisit le tribunal va également à l’encontre de la jurisprudence de la Cour sur le contrôle constitutionnel d’une peine minimale obligatoire au regard de l’art. 12 de la *Charte*. La Cour a parfois dit de ce contrôle qu’il était effectué en fonction de « situations hypothétiques raisonnables ». La procureure générale de l’Ontario admet que les décisions rendues sur le fondement de l’art. 12 militent en faveur de la prise en compte de la situation d’autres personnes que l’auteur de la contestation, mais elle nous demande de revenir sur ces décisions. Elle affirme que les décisions qui définissent la « situation hypothétique raisonnable » sont [TRADUCTION] « inconciliables entre elles ». L’examen de la jurisprudence lui donne malheureusement tort.

[53] Dans l’arrêt *Smith*, le premier rendu sur ce point, les juges majoritaires de la Cour, par la voix du juge Lamer (plus tard Juge en chef), ont invalidé une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement prévue pour l’importation de stupéfiants au motif que la disposition qui la prévoyait pouvait s’appliquer à un étudiant qui, de retour des États-Unis, était trouvé en possession de son premier joint de marijuana. La Cour a alors reconnu que, à quelques exceptions près, une longue peine carcérale était indiquée pour les personnes qui importaient de la drogue au pays. Elle a cependant statué que, dans la mesure où il était totalement disproportionné qu’une peine carcérale de sept ans s’applique à certaines personnes, la peine prévue contrevenait à l’art. 12 de la *Charte*, qui garantit la protection de chacun contre les peines cruelles et inusitées.

[54] A few years later in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, the Court, per Gonthier J. for the majority, confirmed that a s. 12 review of mandatory minimum sentencing laws may look at cases other than that of the offender, and commented on the scope of that review. Laws should not be struck down as unconstitutional on the basis of examples that were unlikely ever to arise. The focus must be on “reasonable hypothetical circumstances, as opposed to far-fetched or marginally imaginable cases”: p. 506 (emphasis in original). The Court upheld a minimum sentence of seven days’ imprisonment for driving while prohibited.

[55] Once again, in *Morrissey*, the majority of the Court, per Gonthier J., stressed that the “reasonableness of the hypothetical cannot be overstated”: para. 30. The Court upheld a four-year mandatory minimum sentence for criminal negligence causing death by using a firearm.

[56] These are the only three cases to directly address the question of what cases, or “hypotheticals”, the court should consider on a s. 12 challenge to a mandatory minimum sentencing provision.<sup>1</sup> In my view, they do not establish that the jurisprudence is “irreconcilable”. A single theme underlies *Goltz* and *Morrissey* — the only two cases to discuss the issue in detail — reasonable foreseeability. When Gonthier J. in *Goltz* speaks of the “reasonable hypothetical” he is speaking of *a situation that may reasonably be expected to arise* — not “marginally

<sup>1</sup> In a brief oral judgment in *R. v. Brown*, [1994] 3 S.C.R. 749, the Court declined to consider a reasonable hypothetical with an underlying offence different from that in the case before the Court for the offence of using a firearm in the commission of an indictable offence under s. 85 of the *Criminal Code*, given that the Attorney General of Manitoba limited his defence of the constitutionality of the provision to the underlying offence of armed robbery. The Court did not give sustained consideration to the scope of the reasonable hypothetical.

[54] Quelques années plus tard, dans l’arrêt *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, le juge Gonthier, au nom des juges majoritaires de la Cour, confirmait que, lorsqu’il se fondait sur l’art. 12 de la *Charte*, le contrôle constitutionnel d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire d’emprisonnement pouvait s’effectuer en fonction d’une autre situation que celle du délinquant en cause, et il se prononçait sur la portée de ce contrôle. Une disposition ne devait pas être déclarée inconstitutionnelle en fonction de situations éventuelles peu susceptibles de se présenter. Il fallait s’attacher à des « circonstances hypothétiques raisonnables, par opposition à des situations invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 506 (souligné dans l’original)). La Cour a confirmé la peine minimale de sept jours d’emprisonnement infligée pour conduite d’un véhicule malgré une interdiction de prendre le volant.

[55] Dans l’arrêt *Morrissey*, la Cour s’est de nouveau prononcée sur ce point, toujours par la voix du juge Gonthier, au nom des juges majoritaires, opinant que « [I]’on ne saurait trop insister sur le caractère raisonnable de l’hypothèse » (par. 30). La Cour a confirmé la peine minimale obligatoire de quatre ans d’emprisonnement pour négligence criminelle causant la mort par suite de l’usage d’une arme à feu.

[56] Ce sont les trois seuls arrêts qui portent directement sur les situations ou les « hypothèses » que le tribunal doit considérer pour statuer sur la constitutionnalité — au regard de l’art. 12 — d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire<sup>1</sup>. À mon sens, ils ne permettent pas de conclure que les décisions rendues en la matière sont « inconciliables entre elles ». Une notion est commune aux deux seuls arrêts — *Goltz* et *Morrissey* — qui approfondissent le sujet : la prévisibilité raisonnable. Dans *Goltz*, le juge Gonthier renvoie

<sup>1</sup> Dans *R. c. Brown*, [1994] 3 R.C.S. 749, un arrêt bref rendu de vive voix, la Cour a refusé de considérer une situation hypothétique raisonnable relative à une autre infraction sous-jacente que celle invoquée devant elle pour l’infraction d’usage d’une arme à feu lors de la perpétration d’une infraction, suivant l’art. 85 du *Code criminel*, puisque le procureur général du Manitoba ne plaidait la constitutionnalité de la disposition que pour l’infraction sous-jacente de vol à main armée. La Cour ne s’est pas attardée à la teneur d’une situation hypothétique raisonnable.

imaginable”, not “far-fetched”, but “reasonable”. The early case of *Smith* is not inconsistent in words or result with the theme developed in *Goltz* and *Morrisey* — in determining whether mandatory minimum sentencing laws violate s. 12, it is appropriate to consider how the law may impact on third parties in reasonably foreseeable situations.

[57] Unfortunately, the word “hypothetical” has overwhelmed the word “reasonable” in the intervening years, leading to debate on how general or particular a hypothetical must be, and to the unfortunate suggestion that if a trial judge fails to assign a particular concatenation of characteristics to her hypothetical, the analysis is vitiating. With respect, this overcomplicates the matter. The question is simply whether it is reasonably foreseeable that the mandatory minimum sentence will impose sentences that are grossly disproportionate to some peoples’ situations, resulting in a violation of s. 12. The terminology of “reasonable hypothetical” may be helpful in this regard, but the focus remains squarely on whether the sentence would be grossly disproportionate in reasonably foreseeable cases. At its core, the process is simply an application of well established principles of legal and constitutional interpretation.

[58] I conclude that the jurisprudence on general *Charter* review and on s. 12 review of mandatory minimum sentencing provisions supports the view that a court may look not only at the offender’s situation, but at other reasonably foreseeable situations where the impugned law may apply. I see no reason to overrule this settled principle.

à des « situations hypothétiques raisonnables » lorsqu’il parle de *situations dont on peut raisonnablement prévoir qu’elles se présenteront*, non à des situations « invraisemblables » ou « difficilement imaginables », mais bien à des situations « raisonnables ». Le premier arrêt rendu sur ce point — *Smith* — n’est pas incompatible en termes de terminologie et de résultat avec la notion dégagée dans les arrêts *Goltz* et *Morrisey*, à savoir que pour décider si une peine minimale obligatoire contrevient ou non à l’art. 12, il convient de tenir compte des répercussions de la disposition en cause sur des tiers dans des situations hypothétiques raisonnables.

[57] Au fil des ans, le mot « hypothétiques » l’a malheureusement emporté sur le mot « raisonnables », d’où le débat quant à savoir à quel point la situation hypothétique avancée doit avoir une portée générale ou particulière. D’où également la proposition malheureuse selon laquelle le juge du procès voit son analyse viciée s’il omet d’attribuer à la situation hypothétique considérée un enchaînement précis de caractéristiques. Soit dit en tout respect, c’est compliquer inutilement les choses. Il faut seulement se demander s’il est raisonnablement prévisible que la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire inflige une peine totalement disproportionnée dans le cas de certaines personnes, de sorte qu’elle contreviendrait à l’art. 12. La notion de « situations hypothétiques raisonnables » peut être utile à cet égard, mais la principale question demeure celle de savoir si la peine considérée serait totalement disproportionnée dans des cas raisonnablement prévisibles. La démarche équivaut fondamentalement à appliquer des principes bien établis d’interprétation juridique et constitutionnelle.

[58] J’arrive à la conclusion que la jurisprudence sur le contrôle au regard de la *Charte* en général et sur le contrôle au regard de l’art. 12 d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire permet au tribunal de se pencher non seulement sur la situation du délinquant, mais aussi sur toute autre situation raisonnablement prévisible à laquelle la disposition pourrait s’appliquer. Je ne vois aucune raison de revenir sur ce principe établi.

[59] I add this. This Court does not and should not lightly overrule its prior decisions, particularly when they have been elaborated consistently over a number of years and when they represent the considered view of firm majorities: see, e.g., *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 56-57; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27. Deciding whether to do so requires us to balance correctness against certainty: *Craig*, at para. 27; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47. We must be especially careful before reversing a precedent where the effect is — as it would be here — to diminish *Charter* protection: *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609, at para. 44.

[60] The Attorney General of Ontario raises a second argument for abandoning the s. 12 jurisprudence — that it is “unworkable” and leads to uncertainty. This contention rests on the debate about reasonable hypotheticals. As just discussed, the term “reasonable hypothetical” simply means that the court must look at reasonably foreseeable applications of the mandatory minimum at issue, and ask whether these would be grossly disproportionate and thus impose cruel and unusual punishment. This is the sort of inquiry judges have consistently conducted in *Charter* review. It is an inquiry into the range or scope of the law — into what Dickson J. in *Big M* referred to as the “nature of the law”.

[61] To be sure, the language of “reasonable hypotheticals” in the context of mandatory minimum sentences and the exaggerated debate that has surrounded the term has led some to fear that the potential for finding a law inconsistent with the *Charter* is limited only by the bounds of a particular judge’s imagination. This fear is misplaced. Determining the reasonable reach of a law is essentially a question of statutory interpretation. At bottom, the court is simply asking: What is the reach of the law? What kind of conduct may the law reasonably be expected to catch? What is the law’s reasonably foreseeable

[59] Ajoutons que la Cour ne revient pas à la légère sur ses précédents — et qu’elle ne doit pas le faire —, spécialement lorsqu’ils ont été établis avec cohérence pendant un certain nombre d’années et qu’ils représentent l’opinion réfléchie de formations nettement majoritaires (voir p. ex. *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 56-57; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). La décision de revenir sur un précédent exige au préalable la mise en balance de la justesse et de la certitude (*Craig*, par. 27; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Il nous faut faire preuve d’une grande prudence lorsqu’il s’agit de revenir sur un précédent et que le revirement aurait pour effet — comme en l’espèce — d’affaiblir une protection offerte par la *Charte* (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 44).

[60] La procureure générale de l’Ontario prétend en deuxième lieu qu’il convient de rompre avec les précédents relatifs à l’art. 12 parce qu’ils sont [TRADUCTION] « inapplicables » et sources d’incertitude. Sa prétention prend appui sur le débat qui entoure la définition des situations hypothétiques raisonnables. Or, je le répète, il faut y voir seulement les applications raisonnablement prévisibles de la peine minimale obligatoire en cause et se demander s’il en résulte l’infliction de peines totalement disproportionnées et, de ce fait, cruelles et inusitées. Telle a été la démarche constante des tribunaux lors d’un contrôle constitutionnel. Elle vise à déterminer la portée de la disposition ou son champ d’application, ce que le juge Dickson appelle la « nature de la loi » dans l’arrêt *Big M*.

[61] Dans le contexte des peines minimales obligatoires d’emprisonnement et du débat aux proportions exagérées qu’a suscité l’expression « situations hypothétiques raisonnables », d’aucuns ont certainement craint que seule l’imagination du juge saisi ne limite la possibilité d’une déclaration d’inconstitutionnalité. Cette crainte n’est pas fondée. Déterminer la portée raisonnable d’une loi relève essentiellement de l’interprétation législative. Au fond, le tribunal se demande seulement ce qui suit. Quelle est la portée de la loi? Quels actes pourraient raisonnablement tomber sous le coup de la loi? Quelle



impact? Courts have always asked these questions in construing the scope of offences and in determining their constitutionality.

[62] The inquiry into cases that the mandatory minimum provision may reasonably be expected to capture must be grounded in judicial experience and common sense. The judge may wish to start with cases that have actually arisen (I will address the usefulness of reported cases later), and make reasonable inferences from those cases to deduce what other cases are reasonably foreseeable. Fanciful or remote situations must be excluded: *Goltz*, at p. 506. To repeat, the exercise must be grounded in experience and common sense. Laws should not be set aside on the basis of mere speculation.

[63] Not only is looking at the law's impact on persons whom it is reasonably foreseeable the law may catch workable — it is essential to effective constitutional review. Refusing to consider reasonably foreseeable impacts of an impugned law would dramatically curtail the reach of the *Charter* and the ability of the courts to discharge their duty to scrutinize the constitutionality of legislation and maintain the integrity of the constitutional order. The protection of individuals' rights demands constitutional review that looks not only to the situation of the offender before the court, but beyond that to the reasonably foreseeable reach of the law. Testing the law against reasonably foreseeable applications will prevent people from suffering cruel and unusual punishment in the interim until the mandatory minimum is found to be unconstitutional in a particular case.

[64] Refusing to consider an impugned law's impact on third parties would also undermine the prospect of bringing certainty to the constitutionality

est l'incidence raisonnablement prévisible de la loi? Telles sont les questions que les tribunaux se posent toujours pour délimiter la portée d'une disposition créant une infraction et se prononcer sur sa constitutionnalité.

[62] L'examen des situations dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elles tombent sous le coup de la disposition prévoyant une peine minimale obligatoire doit s'appuyer sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Le tribunal peut d'abord considérer les situations qui se sont présentées (je me penche plus loin sur l'utilité des cas répertoriés) et déterminer au moyen d'inférences raisonnables quelles autres situations sont raisonnablement prévisibles. Les hypothèses fantaisistes ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce doivent être écartées (*Goltz*, p. 506). Faut-il le rappeler, l'entreprise doit prendre appui sur l'expérience judiciaire et le bon sens. Une loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures.

[63] Non seulement il est possible d'examiner l'effet de la loi sur les personnes auxquelles il est raisonnablement prévisible qu'elle s'applique, mais cela est essentiel au contrôle constitutionnel véritable. Refuser de prendre en compte les répercussions raisonnablement prévisibles de la loi contestée réduirait radicalement la portée de la *Charte* et la faculté qu'ont les tribunaux de s'acquitter de leur obligation de s'assurer de la constitutionnalité des lois et de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel. La protection des droits individuels commande un contrôle constitutionnel qui s'intéresse non seulement à la situation du délinquant qui saisit le tribunal, mais également à celle de toute personne dont il est raisonnablement prévisible qu'elle tombe sous le coup de la loi en cause. Contrôler la loi au regard d'applications raisonnablement prévisibles permet d'éviter que des justiciables ne soient condamnés à des peines cruelles et inusitées avant que la peine minimale obligatoire ne soit déclarée inconstitutionnelle dans un cas donné.

[64] L'omission de se pencher sur l'effet de la loi contestée sur des tiers compromettrait en outre l'éventualité que la constitutionnalité d'une loi ne

of legislation, condemning constitutional jurisprudence to a wilderness of single instances. Citizens, the police and government are entitled — and indeed obliged — to know what the criminal law is and whether it is constitutional. Looking at whether the mandatory minimum has an unconstitutional impact on others avoids the chilling effect of unconstitutional laws remaining on the statute books.

[65] I conclude that a mandatory minimum sentence may be challenged on the ground that it would impose a grossly disproportionate sentence either on the offender or on other persons in reasonably foreseeable situations. The constant jurisprudence of this Court and effective constitutional review demand no less. In the result, a mandatory minimum sentencing provision may be challenged on the basis that it imposes cruel and unusual punishment (i.e. a grossly disproportionate sentence) on the particular offender before the court, or failing this, on the basis that it is reasonably foreseeable that it will impose cruel and unusual punishment on other persons.

[66] I turn now to some of the ancillary debates surrounding how a court should proceed where mandatory minimum sentencing laws are challenged under s. 12 on the basis of their reasonably foreseeable application to others.

[67] The first debate concerns the degree of “likelihood” required to satisfy the reasonable foreseeability test. The Attorney General of Ontario argues that the s. 12 question is whether it is *likely* that the *general application* of the offence would result in the imposition of a grossly disproportionate sentence amounting to cruel and unusual punishment: A.F. (Nur), at para. 66. She says the Court of Appeal erred by failing to confine itself to common instances of conduct caught by the provision and basing its decision on unlikely scenarios: para. 68-73. These instances create a presumption of constitutionality that can be defeated only by showing

devienne certaine, de sorte qu’il faudrait s’en remettre à d’innombrables instances engagées individuellement pour constituer une jurisprudence sur ce point. Les citoyens, la police et l’État ont le droit — et même l’obligation — de connaître la teneur du droit criminel et de savoir s’il est constitutionnel. Se demander si une peine minimale obligatoire se révèle inconstitutionnelle pour d’autres personnes permet d’éviter que des dispositions inconstitutionnelles ne demeurent malencontreusement en vigueur.

[65] J’estime qu’une peine minimale obligatoire peut être contestée pour le motif qu’elle inflige une peine totalement disproportionnée au délinquant ou à d’autres personnes se trouvant dans des situations raisonnablement prévisibles. La jurisprudence constante de la Cour et le contrôle constitutionnel véritable n’exigent rien de moins. Dès lors, la disposition qui prévoit une telle peine peut être invalidée parce qu’elle inflige une peine cruelle et inusitée (c’est-à-dire, totalement disproportionnée) au délinquant poursuivi ou, sinon, parce qu’il est raisonnablement prévisible qu’elle inflige à d’autres personnes une peine cruelle et inusitée.

[66] Passons maintenant aux débats connexes que suscite la question de savoir quelle doit être la démarche du tribunal appelé à statuer sur la constitutionnalité d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire, au regard de l’art. 12 et en fonction de son application raisonnablement prévisible à des tiers.

[67] Le premier sujet de débat touche le degré de « vraisemblance » requis pour satisfaire au critère de la prévisibilité raisonnable. La procureure générale de l’Ontario soutient que, pour l’application de l’art. 12, il faut se demander s’il est *vraisemblable* que l’*application générale* de la disposition emporte l’infliction d’une peine totalement disproportionnée équivalant à une peine cruelle et inusitée (m.a. (Nur), par. 66). À son avis, la Cour d’appel a eu tort de ne pas s’en tenir aux situations courantes auxquelles s’applique la disposition et de se prononcer en fonction de scénarios invraisemblables (par. 68-73). Ces situations courantes établissent selon elle

that the offender before the court would suffer cruel and unusual punishment: para. 68.

[68] The reasonable foreseeability test is not confined to situations that are likely to arise in the general day-to-day application of the law. Rather, it asks what situations may reasonably arise. It targets circumstances that are foreseeably captured by the minimum conduct caught by the offence. Only situations that are “remote” or “far-fetched” are excluded: *Goltz*, at p. 515. Contrary to what the Attorney General of Ontario suggests there is a difference between what is foreseeable although “unlikely to arise” and what is “remote [and] far-fetched”: A.F. (Nur), at para. 66. Moreover, adoption of the likelihood standard would constitute a new and radically narrower approach to constitutional review of legislation than that consistently adhered to since *Big M*. The Court has never asked itself whether a projected application of an impugned law is common or “likely” in deciding whether a law violates a provision of the *Charter*. To set the threshold for constitutional review at common or likely instances would be to allow bad laws to stay on the books.

[69] The Attorney General of Ontario urges that the approach she proposes is necessary to prevent uncertainty in the law. A presumption of constitutionality arising from the appropriateness of the mandatory minimum (having regard to the purpose and gravity of the offence) in common or likely cases, she asserts, will set a constant standard that can only exceptionally be rebutted by a finding that the mandatory minimum is grossly disproportionate as applied to a particular offender. This, she argues, will provide certainty.

une présomption de constitutionnalité qui ne peut-être réfutée que par la preuve que le délinquant en cause se verrait infliger une peine cruelle et inusitée (par. 68).

[68] Le critère de la prévisibilité raisonnable ne s’applique pas uniquement aux situations qui se présenteront vraisemblablement dans le cadre de l’application générale et habituelle de la loi. Il requiert plutôt qu’on se demande quelles situations sont raisonnablement susceptibles de se présenter. Il vise les cas dont il est prévisible qu’ils tombent sous le coup des conditions minimales de perpétration de l’infraction. Seules sont écartées les situations « invraisemblables » ou « n’ayant qu’un faible rapport avec l’espèce » (*Goltz*, p. 515). Contrairement à ce que laisse entendre la procureure générale de l’Ontario, il faut distinguer ce qui est prévisible bien que [TRADUCTION] « peu susceptible de se présenter » de ce qui est « invraisemblable [et] n’a qu’un faible rapport avec l’espèce » (m.a. (Nur), par. 66). De plus, l’application d’un critère de vraisemblance donnerait lieu à une approche nouvelle dont la portée serait radicalement réduite par rapport à celle constamment retenue depuis l’arrêt *Big M* pour le contrôle constitutionnel d’un texte législatif. Pour décider si une loi contrevient à une disposition de la *Charte*, la Cour ne s’est jamais demandé si l’application projetée de la loi contestée était courante ou « vraisemblable ». Si on ne tenait compte que des situations courantes ou vraisemblables pour statuer sur la constitutionnalité, on permettrait à des lois invalides de demeurer en vigueur.

[69] La procureure générale de l’Ontario fait valoir que l’approche qu’elle préconise s’impose pour prévenir l’incertitude du droit. Une présomption de constitutionnalité découlant du caractère approprié de la peine minimale obligatoire (eu égard à la raison d’être de la disposition et à la gravité des actes réprimés) dans des situations courantes ou vraisemblables établira selon elle une norme constante qui ne pourra être écartée qu’à titre exceptionnel par la conclusion selon laquelle, dans le cas d’un délinquant en particulier, la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée. Il s’agit à son sens d’une approche qui est de nature à assurer la certitude.

[70] I am not persuaded by this argument. In essence, it would make the sentencing range for common occurrences of the offence the constitutional norm. This is problematic for two reasons. Appropriate sentencing ranges are themselves subject to debate and, more importantly, any gain in clarity would come at the price of appropriate constitutional review and unconstitutional applications of the law. The question is, certainty for whom? The Attorney General of Ontario's test provides a degree of certainty for offenders in situations that commonly occur. But it provides no certainty for offenders outside that category. They — and their prosecutors and judges — are left to wonder whether the mandatory minimum will be unconstitutional in their situation. Finally, as discussed below, the reasonably foreseeable test, applied in accordance with the principle of *stare decisis*, will provide sufficient certainty in the law.

[71] This brings us to the second ancillary question — the effect of a ruling that a particular mandatory minimum provision does not violate s. 12. Two questions arise. First, can a particular offender argue in a future case that the provision violates s. 12 because it imposes cruel and unusual punishment on him or her? The answer, all agree, must be yes. If the offender can establish new circumstances or evidence, including mitigating factors specific to the offender, it is open to a court to reconsider the constitutionality of the law. Second, can the offender in a future case argue that the provision as applied to others violates s. 12? The answer to this question is that it depends. Once a law is held not to violate s. 12, *stare decisis* prevents an offender in a later case from simply rearguing what constitutes a reasonably foreseeable range of the law. But *stare decisis* does not prevent a court from looking at different circumstances and new evidence that was not considered in the preceding case. A court's conclusion based on its review of the provision's reasonably foreseeable applications does not foreclose consideration in future of different reasonable applications: *Morrisey*, at para. 89, per Arbour J. That said, the threshold for revisiting the constitutionality of a mandatory minimum is high and requires

[70] Cette thèse ne me convainc pas. Elle revient essentiellement à faire de la fourchette des peines prévues pour les modes courants de perpétration de l'infraction la norme constitutionnelle applicable, ce qui est problématique pour deux raisons. D'abord, les fourchettes des peines appropriées font elles-mêmes débat et, surtout, un gain de clarté serait obtenu au détriment d'un contrôle constitutionnel approprié et se traduirait par des applications inconstitutionnelles de la loi. La question est de savoir à qui doit bénéficier la clarté. Le critère préconisé par la procureure générale de l'Ontario établit un degré de certitude pour le délinquant dont la situation se présente couramment. Les autres délinquants n'ont pas droit à la certitude, si bien que, tout comme leurs poursuivants et leurs juges, ils en sont réduits à se demander si la peine minimale obligatoire sera inconstitutionnelle dans leurs cas. Enfin, le critère de la prévisibilité raisonnable, appliqué en conformité avec le principe du *stare decisis*, assurera suffisamment la certitude du droit. J'y reviendrai.

[71] Passons maintenant au deuxième sujet de débat, à savoir l'effet d'une décision selon laquelle une disposition donnée prévoyant une peine minimale obligatoire ne contrevient pas à l'art. 12. Il appelle deux questions. D'abord, un délinquant peut-il ultérieurement soutenir que la disposition viole l'art. 12 en ce qu'elle lui inflige une peine cruelle et inusitée? Tous conviennent que la réponse doit être affirmative. Lorsque le délinquant peut démontrer l'existence d'une situation nouvelle ou d'un élément de preuve nouveau, y compris des circonstances atténuantes qui lui sont propres, la constitutionnalité de la loi peut être réexaminée. Ensuite, le délinquant peut-il ultérieurement soutenir que, dans son application à d'autres personnes, la disposition viole l'art. 12? La réponse est alors moins claire. Dès qu'il est établi que la disposition ne porte pas atteinte à la protection prévue à l'art. 12, le principe du *stare decisis* empêche le délinquant, dans une instance ultérieure, de simplement avancer à nouveau ce qui constitue selon lui un champ d'application de la loi raisonnablement prévisible. Le *stare decisis* n'empêche cependant pas le tribunal de considérer une situation nouvelle ou un élément de preuve nouveau qui ne l'a pas été dans l'instance précédente. La conclusion fondée sur son appréciation des applications raisonnablement

a significant change in the reasonably foreseeable applications of the law. In a nutshell, the normal rules of *stare decisis* answer the concern raised by the Attorney General of Ontario that “each subsequent trial court [will be asked] to duplicate the analysis”: A.F. (Nur), at para. 39.

[72] A third ancillary question is whether reported cases should be considered in determining whether it is reasonably foreseeable that a mandatory minimum sentencing provision will result in cruel and unusual punishment, contrary to the s. 12 guarantee. The majority in *Morrisey* said reported cases should be excluded if the court considers them “marginal”, and the minority, without qualification, said they may be considered. In my view, they can. Reported cases illustrate the range of real-life conduct captured by the offence. I see no principled reason to exclude them on the basis that they represent an uncommon application of the offence, provided that the relevant facts are sufficiently reported. Not only is the situation in a reported case reasonably foreseeable, it has happened. Reported cases allow us to know what conduct the offence captures in real life. However, they do not prevent the judge from having regard to other scenarios that are reasonably foreseeable: see *Morrisey*, at para. 33.

[73] A fourth ancillary question concerns the personal characteristics of hypothetical offenders that should be considered. Some have suggested that the consideration must be generalized to the point where all personal characteristics are excluded, while others assert that any and all characteristics should be included. This debate is largely the result

prévisibles de la disposition en cause n’empêche pas le tribunal de se pencher ultérieurement sur d’autres applications raisonnables (*Morrisey*, par. 89, la juge Arbour). Cela dit, les conditions auxquelles il peut y avoir réexamen de la constitutionnalité d’une peine minimale obligatoire sont strictes, et il doit s’être produit une modification substantielle des applications raisonnablement prévisibles de la disposition en cause. En somme, les règles habituelles du *stare decisis* permettent d’apaiser la crainte de la procureure générale de l’Ontario que, [TRADUCTION] « dans chacun des procès subséquents, le juge [soit appelé] à reprendre la même analyse » (m.a. (Nur), par. 39).

[72] Le troisième sujet de débat correspond aux cas répertoriés : doivent-ils être pris en considération pour déterminer s’il est raisonnablement prévisible que l’application d’une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire emporte l’infliction d’une peine cruelle et inusitée contrairement à l’art. 12? Dans l’arrêt *Morrisey*, les juges majoritaires opinent que ces cas doivent être écartés lorsque, selon le tribunal, il s’agit de cas « limites »; les juges minoritaires affirment d’emblée qu’ils peuvent être pris en compte. J’estime qu’ils le peuvent. Les cas répertoriés montrent toute l’étendue des actes susceptibles de tomber concrètement sous le coup de la disposition. Je ne vois aucun motif rationnel de les écarter parce qu’ils correspondent à des applications peu fréquentes de la disposition créant l’infraction, à condition que les faits en cause soient suffisamment exposés. Non seulement les situations en cause sont raisonnablement prévisibles, mais elles se sont présentées. Les décisions rendues à leur sujet permettent de savoir comment la disposition s’applique dans la vraie vie. Elles n’empêchent toutefois pas le tribunal d’envisager d’autres scénarios qui sont raisonnablement prévisibles (voir *Morrisey*, par. 33).

[73] Le quatrième sujet de débat concerne les caractéristiques personnelles des délinquants hypothétiques qu’il faudrait considérer. D’aucuns ont laissé entendre qu’il fallait généraliser l’analyse au point d’exclure toute caractéristique personnelle, alors que d’autres ont préconisé la prise en considération de toutes les caractéristiques. Le débat est

of the reification of the notion of the reasonable hypothetical discussed earlier. It is answered by recognizing two aspects of the reasonably foreseeable application test.

[74] First, what is reasonably foreseeable necessarily requires consideration of the sort of situations that may reasonably be expected to be caught by the mandatory minimum, based on experience and common sense. This means that personal characteristics cannot be entirely excluded. For example, as we will see in applying the test to this case, it may be relevant to look at the fact that an offender at the licensing end of the spectrum caught by the mandatory minimum might come into innocent possession of the prohibited or restricted firearm, or be mistaken as to the scope of the prohibition.

[75] Second, cutting the other way, is the admonition of *Goltz* that far-fetched or remotely imaginable examples should be excluded from consideration. This excludes using personal features to construct the most innocent and sympathetic case imaginable — on that basis almost any mandatory minimum could be argued to violate s. 12 and lawyerly ingenuity would be the only limit to findings of unconstitutionality. To repeat, the inquiry must be grounded in common sense and experience.

[76] Thus, the inquiry into reasonably foreseeable situations the law may capture may take into account personal characteristics relevant to people who may be caught by the mandatory minimum, but must avoid characteristics that would produce remote or far-fetched examples.

[77] In summary, when a mandatory minimum sentencing provision is challenged, two questions arise. The first is whether the provision results in a grossly disproportionate sentence on the individual before the court. If the answer is no, the second

en grande partie attribuable à la réification de la notion de situation hypothétique raisonnable examinée précédemment. Reconnaître deux volets au critère d'application de la prévisibilité raisonnable permet de rallier les uns et les autres.

[74] Premièrement, il faut nécessairement tenir compte, à partir de l'expérience et du bon sens, du genre de situation qui est raisonnablement susceptible de tomber sous le coup de la peine minimale obligatoire. Dès lors, les caractéristiques personnelles ne peuvent être totalement écartées. Nous verrons par exemple que, en appliquant le critère à la présente espèce, il peut être pertinent de tenir compte du fait que le délinquant qui a commis une infraction réglementaire et qui tombe sous le coup de la peine minimale obligatoire a pu se trouver en possession de l'arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte sans dessein criminel ou se méprendre sur la portée de l'interdiction.

[75] Deuxièmement, dans l'arrêt *Goltz*, la Cour met cependant les tribunaux en garde contre la prise en compte d'exemples invraisemblables ou difficilement imaginables. Ainsi, les caractéristiques personnelles ne sauraient servir à constituer un dossier qui, par sa bénignité, inspirerait la plus grande sympathie possible (sur ce fondement, on pourrait en effet prétendre de presque toute peine minimale obligatoire qu'elle contrevient à l'art. 12, et la constitutionnalité d'une disposition ne tiendrait qu'aux aptitudes du plaideur). Je le répète, l'examen doit avoir pour assises le bon sens et l'expérience.

[76] En somme, l'examen des situations dont il est raisonnablement prévisible qu'elles tombent sous le coup de la loi peut tenir compte des caractéristiques personnelles des personnes auxquelles pourrait s'appliquer la peine minimale obligatoire, mais il doit écarter celles qui seraient propres à des situations invraisemblables ou n'ayant qu'un faible rapport avec l'espèce.

[77] En résumé, lorsqu'une disposition prévoyant une peine minimale obligatoire est contestée, deux questions se posent. Premièrement, la disposition a-t-elle pour effet d'infliger une peine totalement disproportionnée à l'accusé? Si la réponse est négative,

question is whether the provision's reasonably foreseeable applications will impose grossly disproportionate sentences on others. This is consistent with the settled jurisprudence on constitutional review and rules of constitutional interpretation, which seek to determine the potential reach of a law; is workable; and provides sufficient certainty.

(3) Application to Nur

[78] Nur does not argue that the mandatory minimum in s. 95(2)(a)(i) results in a grossly disproportionate sentence in his case. Rather, he argues it violates s. 12 in its reasonably foreseeable application to some other offenders. The question is whether the three-year minimum sentence imposed by s. 95(2)(a)(i) will result in grossly disproportionate sentences in reasonably foreseeable cases.

[79] I would answer this question in the affirmative. The Court of Appeal, using the language of "reasonable hypotheticals", described a situation at the licensing end of the spectrum of conduct caught by s. 95(1) for which a three-year sentence would be grossly disproportionate — where a person who has a valid licence for an unloaded restricted firearm at one residence, safely stores it with ammunition in another residence, e.g. at her cottage rather than her dwelling house.

[80] The Attorney General of Ontario objects that this is a speculative scenario. On the contrary, occurrences such as this are reasonably foreseeable. In *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, this Court was concerned with a charge against a gun owner who, unaware that his licence was confined to his Calgary residence, had it in his possession at his Halifax residence. The Court (contrary to what the Ontario Court of Appeal assumed

il faut se demander en deuxième lieu si les applications raisonnablement prévisibles de la disposition infligeront à d'autres personnes des peines totalement disproportionnées. La démarche s'harmonise avec la jurisprudence établie sur le contrôle constitutionnel, ainsi qu'avec les règles d'interprétation constitutionnelle, dont l'objet est de circonscrire la portée éventuelle d'une disposition; elle est applicable et elle assure une certitude suffisante.

(3) Application au dossier Nur

[78] M. Nur ne soutient pas que la peine minimale obligatoire prévue au sous-al. 95(2)a(i) se traduit par une peine totalement disproportionnée en ce qui le concerne, mais bien que la disposition viole l'art. 12 dans son application raisonnablement prévisible à certains autres délinquants. La question qui se pose est celle de savoir si la peine minimale de trois ans d'emprisonnement que prévoit le sous-al. 95(2)a(i) emportera l'infliction de peines totalement disproportionnées dans des situations raisonnablement prévisibles.

[79] Je réponds par l'affirmative. La Cour d'appel renvoie à une [TRADUCTION] « situation hypothétique raisonnable » où l'acte réprimé s'entend d'une infraction réglementaire tombant sous le coup du par. 95(1), une infraction pour laquelle une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. La situation considérée est celle d'une personne qui détient un permis valide pour la possession d'une arme à feu à autorisation restreinte non chargée dans un lieu de résidence et qui l'entrepone de façon sécuritaire avec des munitions dans un autre (p. ex. à son chalet plutôt qu'à sa résidence principale).

[80] La procureure générale de l'Ontario reproche au scénario son caractère conjectural. Or, une telle situation est au contraire raisonnablement prévisible. Dans l'arrêt *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, la Cour devait se prononcer sur une accusation portée contre le propriétaire d'un pistolet qui ignorait que son permis ne valait que pour sa résidence de Calgary et qui avait eu l'arme en sa possession à sa résidence d'Halifax.

in its example) took a broad view of the offence, holding that the Crown is not required to prove that the accused knew that possession in the place in question was unauthorized (para. 55), and upheld Mr. MacDonald's conviction. The Court commented that, "in ordinary circumstances, his mistake of law would be a mitigating factor to be considered in fashioning a sentence that is proportionate to his crime": para. 61.

[81] The Attorney General of Ontario argues that the scenarios posited by the Court of Appeal are uncommon, and that few s. 95 cases do not warrant at least a three-year sentence: A.F. (Nur), at para. 72. But as discussed above, the test is not whether prosecutions at the lower end of the spectrum are common. Rather, the question is whether the provision would reasonably be expected to capture the conduct. The answer to this question is yes.

[82] Section 95(1) casts its net over a wide range of potential conduct. Most cases within the range may well merit a sentence of three years or more, but conduct at the far end of the range may not. At one end of the range, as Doherty J.A. observed, "stands the outlaw who carries a loaded prohibited or restricted firearm in public places as a tool of his or her criminal trade. . . . [T]his person is engaged in truly criminal conduct and poses a real and immediate danger to the public": para. 51. At this end of the range — indeed for the vast majority of offences — a three-year sentence may be appropriate. A little further along the spectrum stands the person whose conduct is less serious and poses less danger; for these offenders three years' imprisonment may be disproportionate, but not grossly so. At the far end of the range, stands the licensed and responsible gun owner who stores his unloaded firearm safely with ammunition nearby, but makes a mistake as to where it can be stored. For this offender, a three-year sentence is grossly disproportionate to the sentence the conduct would otherwise

Contrairement à ce que la Cour d'appel de l'Ontario avait tenu pour acquis dans son exemple, la Cour a interprété largement l'infraction, elle a estimé que le ministère public n'avait pas à prouver que l'accusé savait que la possession de l'arme dans le lieu en question n'était pas autorisée (par. 55) et elle a confirmé la déclaration de culpabilité de M. MacDonald. La Cour a ajouté que « son erreur de droit [celle de l'accusé] constituerait, dans des circonstances ordinaires, un facteur atténuant au moment de déterminer une peine proportionnelle à la gravité de son crime » (par. 61).

[81] Selon la procureure générale de l'Ontario, les scénarios avancés par la Cour d'appel se présentent rarement, et peu fréquentes sont les accusations fondées sur l'art. 95 qui ne justifient pas une peine d'au moins trois ans (m.a. (Nur), par. 72). Or, je le rappelle, la question n'est pas celle de savoir si les poursuites pour une infraction située à l'extrémité inférieure du continuum d'application sont fréquentes, mais bien si on peut raisonnablement s'attendre à ce que le comportement tombe sous le coup de la disposition. Je réponds par l'affirmative.

[82] Le paragraphe 95(1) s'applique à une vaste gamme de comportements potentiels, dont la plupart peuvent fort bien justifier l'infliction d'une peine d'au moins trois ans, mais ce n'est peut-être pas le cas de comportements qui se situent à l'une des extrémités du continuum d'application. Ainsi que le fait observer le juge Doherty, on retrouve à l'une de ces extrémités [TRADUCTION] « le hors-la-loi qui, dans le cadre de ses activités criminelles, se rend dans un lieu public muni d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte chargée. [. . .] [S]on comportement est véritablement criminel et expose le public à un danger réel et immédiat » (par. 51). À cette extrémité — et pour la plupart des infractions d'ailleurs —, une peine carcérale de trois ans peut être indiquée. Un peu plus loin dans le continuum, on retrouve la personne dont les actes sont moins graves et qui expose ses concitoyens à un danger moins grand; pour elle, une peine carcérale de trois ans peut être disproportionnée sans l'être totalement. À l'autre extrémité du continuum, il y a le propriétaire responsable d'une arme, titulaire



merit under the sentencing provisions of the *Criminal Code*.

[83] Given the minimal blameworthiness of the offender in this situation and the absence of any harm or real risk of harm flowing from the conduct (i.e. having the gun in one residence as opposed to another), a three-year sentence would be grossly disproportionate. Similar examples can be envisaged. A person inherits a firearm and before she can apprise herself of the licence requirements commits an offence. A spouse finds herself in possession of her husband's firearm and breaches the regulation. We need not focus on a particular hypothetical. The bottom line is that s. 95(1) foreseeably catches licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public. For these offences three years' imprisonment is grossly disproportionate to a fit and fair sentence. Firearms are inherently dangerous and the state is entitled to use sanctions to signal its disapproval of careless practices and to discourage gun owners from making mistakes, to be sure. But a three-year term of imprisonment for a person who has essentially committed a licensing infraction is totally out of sync with the norms of criminal sentencing set out in the s. 718 of the *Criminal Code* and legitimate expectations in a free and democratic society. As the Court of Appeal concluded, there exists a "cavernous disconnect" between the severity of the licensing-type offence and the mandatory minimum three-year term of imprisonment: para. 176. Consequently, I conclude that s. 95(2)(a)(i) breaches s. 12 of the *Charter*.

[84] It may be noted that the offence in s. 95(1) captures less serious conduct than other gun-related crimes that attract mandatory minimum terms of

d'un permis, qui entrepose son arme à feu non chargée de façon sécuritaire avec des munitions à proximité, mais qui se méprend sur le lieu d'entreposage autorisé. Pour ce délinquant, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à la peine qui serait infligée conformément aux dispositions du *Code criminel* sur la détermination de la peine.

[83] Vu la faible culpabilité morale du délinquant dans cette situation et l'absence de préjudice ou de risque réel qu'un préjudice découle du comportement (l'entreposage de l'arme à feu dans un lieu de résidence plutôt qu'un autre), une peine carcérale de trois ans serait totalement disproportionnée. D'autres cas semblables peuvent être envisagés. Une personne peut hériter d'une arme à feu et commettre une infraction avant qu'elle ne prenne connaissance des exigences en matière de permis. Une épouse peut se trouver en possession de l'arme à feu de son époux et enfreindre le règlement. Il n'est pas nécessaire de s'en tenir à une hypothèse en particulier. Essentiellement, on peut prévoir que le par. 95(1) s'applique à des infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minimale, voire nulle, et qui n'exposent le public à aucun danger ou presque. Dans le cas de ces infractions, une peine carcérale de trois ans est totalement disproportionnée à une peine juste et appropriée. Certes, les armes à feu sont foncièrement dangereuses, et l'État peut recourir à des sanctions pour signaler sa désapprobation des pratiques négligentes et décourager la méprise chez les propriétaires d'armes à feu. Or, infliger une peine de trois ans d'emprisonnement à une personne qui a essentiellement commis une infraction réglementaire déroge totalement aux normes de détermination de la peine énoncées à l'art. 718 du *Code criminel* et aux attentes légitimes des citoyens dans une société libre et démocratique. Comme le conclut la Cour d'appel, il y a [TRADUCTION] « discordance totale » entre la gravité de l'infraction de type réglementaire et la peine minimale obligatoire de trois ans d'emprisonnement (par. 176). Par conséquent, je conclus que le sous-al. 95(2)a)(i) contrevient à l'art. 12 de la *Charte*.

[84] Signalons que l'infraction créée au par. 95(1) réprime des actes moins graves par rapport à d'autres crimes liés aux armes à feu qui appellent

imprisonment. For example, in *Morrisey*, the Court upheld a four-year mandatory minimum term of imprisonment for the offence of criminal negligence causing death with a firearm. Unlike the offence of criminal negligence causing death with a firearm, s. 95(1) does not require proof of harm — it is a simple possession offence.

[85] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the Court of Appeal erred by not taking into account the Crown's ability to elect to proceed summarily and thereby avoid the mandatory minimum sentence in the indictable offence. They argue that the hybrid nature of the offence should be taken into account as a factor when assessing the likelihood that a general application of the offence would result in a grossly disproportionate sentence being imposed. Put differently, they contend that the Crown's election to proceed summarily and thereby avoid a mandatory minimum prevents s. 95 from being grossly disproportionate when the conduct is at the less serious end of the spectrum.

[86] I cannot agree. To accept this argument would result in replacing a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor, who is in an adversarial role to the accused.

[87] Sentencing is inherently a judicial function. It is the courts that are directed by Parliament to impose a mandatory minimum term of imprisonment, and it is the duty of the courts to scrutinize the constitutionality of the provision. The Crown's submission is in effect an invitation to delegate the courts' constitutional obligation to the prosecutors employed by the state, leaving the threat of a grossly disproportionate sentence hanging over an accused's head.

l'imposition d'une peine minimale obligatoire. Par exemple, dans l'arrêt *Morrisey*, la Cour a confirmé une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement pour l'infraction de négligence criminelle causant la mort par suite de l'usage d'une arme à feu. Contrairement à la disposition qui crée cette infraction, le par. 95(1) n'exige pas la preuve d'un préjudice, car l'infraction créée s'entend de la seule possession.

[85] Les procureurs généraux du Canada et de l'Ontario soutiennent que la Cour d'appel a tort de ne pas tenir compte de la faculté du ministère public d'opter pour la procédure sommaire et d'écarter ainsi la peine minimale obligatoire applicable sur mise en accusation. Ils font valoir que la nature mixte de l'infraction constitue un élément à considérer pour apprécier le risque que l'application générale de la disposition donne lieu à l'infliction d'une peine totalement disproportionnée. En d'autres termes, ils prétendent que le fait que le ministère public opte pour la procédure sommaire et écarte du coup la peine minimale obligatoire empêche que soit infligée, en application de l'art. 95, une peine totalement disproportionnée lorsque le comportement se situe à l'extrémité du continuum qui correspond aux infractions les moins graves.

[86] Je ne peux être d'accord. Faire droit à cette thèse revient à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d'une audience publique sur la constitutionnalité de l'art. 95 la décision discrétionnaire d'un poursuivant dont les intérêts sont opposés à ceux de l'accusé.

[87] La détermination de la peine relève foncièrement du pouvoir judiciaire. C'est aux tribunaux que le législateur dicte l'imposition d'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement, et c'est à eux qu'il incombe d'examiner attentivement la constitutionnalité de la disposition. La prétention du ministère public invite en fait à déléguer l'obligation constitutionnelle des tribunaux aux poursuivants — des salariés de l'État —, ce qui ne soustrait pas l'accusé au risque de se voir infliger une peine totalement disproportionnée.

[88] Lamer J., for the majority of the Court, firmly rejected this argument in *Smith*, at p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. [Emphasis added.]

[89] This Court recently considered the distinction between the prosecution's function in exercising its discretion to proceed summarily or by way of indictment and the courts' sentencing function in *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167. The Court emphasized that sentencing is a judicial function, and opined that the fact a mandatory regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial. As Moldaver J. explained for a unanimous Court:

Mr. Anderson's argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is *the judge's* responsibility to impose sentence; likewise, it is *the judge's* responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged. [Underlining added; para. 25.]

[90] This is not to say that the Crown election to proceed summarily is in itself problematic. It is entirely appropriate that the Crown should exercise its discretion in order to screen out some offences at the lower end of the spectrum captured by s. 95(1). Hybrid offences allow the Crown to take into account the variation that exists between cases. They recognize that the same offence can be committed in more and less serious ways, and allows

[88] Dans l'arrêt *Smith*, le juge Lamer, au nom des juges majoritaires de la Cour, rejette fermement la thèse avancée :

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvegardé en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. [Je souligne; p. 1078.]

[89] Récemment, dans l'arrêt *R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, la Cour examinait la distinction entre la fonction du poursuivant qui exerce son pouvoir discrétionnaire d'opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation et la fonction du tribunal qui consiste à déterminer la peine. Elle a souligné que la détermination de la peine relève du judiciaire et affirmé que l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite. Voici les explications du juge Moldaver, au nom des juges unanimes de la Cour :

L'argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d'assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient au juge d'infliger la peine; il lui appartient également d'établir une peine proportionnée, sans s'écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime. [Je souligne; par. 25.]

[90] Pour autant, la décision du poursuivant d'opter pour la procédure sommaire n'est pas problématique en soi. Il est tout à fait indiqué d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui permet de ne pas poursuivre les auteurs de certaines infractions qui se situent à l'extrémité inférieure du continuum d'application du par. 95(1). Dans le cas d'une infraction mixte, le poursuivant peut tenir compte de ce qui distingue une affaire d'une autre. C'est reconnaître

the Crown to take the specific circumstances of each case into account. As the trial judge noted in *Nur*, the “state interest, in enacting a hybrid offence, is to provide flexibility so that Crown prosecutors can adapt available procedures and sentences to the needs of a particular case”: para. 126.

[91] The argument of the Attorneys General of Canada and Ontario, however, goes further. They seek to insulate otherwise unconstitutional laws through the exercise of prosecutorial discretion as to when and to whom the laws apply. But unconstitutional laws are null and void under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The Attorneys General’s argument is essentially the converse of a constitutional exemption. As I observed on behalf of a unanimous Court in *Ferguson*, “[t]he divergence between the law on the books and the law as applied — and the uncertainty and unpredictability that result — exacts a price paid in the coin of injustice”: para. 72. It deprives citizens of the right to know what the law is in advance and to govern their conduct accordingly, and it encourages the uneven and unequal application of the law. To paraphrase *Ferguson*, bad law, fixed up on a case-by-case basis by prosecutors, does not accord with the role and responsibility of Parliament to enact constitutional laws for the people of Canada: paras. 72-73.

[92] Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the reasons of my colleague, Justice Moldaver, who concludes that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter* essentially on the ground that the prosecution may elect to proceed by summary conviction where the conduct at issue is such that imposing the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. I do not agree that *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the rule that a mandatory minimum law that imposes grossly disproportionate sentences in foreseeable cases may be saved from

qu’une même infraction peut être commise d’une manière plus ou moins grave et permettre au poursuivant de tenir compte des circonstances propres à chacune des affaires. Comme le signale le juge du procès dans le dossier *Nur*, [TRADUCTION] « en créant une infraction mixte, l’État veut donner de la souplesse aux avocats du ministère public afin qu’ils adaptent les procédures et les peines prévues aux besoins d’une affaire donnée » (par. 126).

[91] La thèse des procureurs généraux du Canada et de l’Ontario va toutefois plus loin. Afin de protéger des dispositions qui sont par ailleurs inconstitutionnelles, ils invoquent le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de choisir dans quelles circonstances et à quelles personnes les appliquer. Or, l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dispose qu’une loi inconstitutionnelle est inopérante. Les procureurs généraux préconisent essentiellement l’inverse d’une exemption constitutionnelle. Comme je le fais observer au nom des juges unanimes de la Cour dans l’arrêt *Ferguson*, « [l]a divergence entre la disposition figurant dans le corpus législatif et la règle de droit appliquée — ainsi que l’incertitude et l’imprévisibilité qui en découlent — a pour conséquence de créer l’injustice » (par. 72). Elle prive les citoyens du droit de savoir d’avance ce que prévoit la loi et de la possibilité de se comporter en conséquence et elle invite à l’application inégale de la loi. Pour paraphraser l’arrêt *Ferguson*, l’existence d’une loi invalide dont le poursuivant corrige ponctuellement les défauts n’est pas compatible avec le rôle et la responsabilité du législateur d’édicter des règles législatives constitutionnelles pour le peuple canadien (par. 72-73).

[92] Depuis la rédaction initiale des présents motifs, j’ai eu l’occasion de prendre connaissance de l’opinion de mon collègue le juge Moldaver. Il conclut que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte* parce que, essentiellement, le poursuivant peut opter pour la procédure sommaire lorsque la nature du comportement reproché fait en sorte que l’infliction de la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Je disconviens que l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, appuie la thèse selon laquelle la disposition qui prévoit une peine minimale obligatoire et

unconstitutionality by prosecutorial discretion to proceed by another route.

[93] *PHS* was concerned with the federal Minister of Health's decision not to grant a medical exemption to a safe-injection site from the application of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. This was an administrative decision under a statutory exemption that was designed to promote public health. The essence of the challenge before the Court in *PHS* was whether the Minister's administrative law decision was compliant with the *Charter*. But the scenario in *PHS* is a far cry from the proposition advanced by the Attorneys General in the present appeals — that the exercise of a prosecutor's discretion as to whether to invoke the mandatory minimum sentence in an adversarial criminal trial can effectively insulate a legislated mandatory minimum term of imprisonment from review under s. 12 of the *Charter*.

[94] I add this about my colleague's proposed framework. The protection it offers against grossly disproportionate punishment is illusory: in practice it would create a situation where the exercise of the prosecutor's discretion is effectively immune from meaningful review. The abuse of discretion standard is a notoriously high bar and has no place in this Court's jurisprudence under s. 12 of the *Charter*. The proposed framework would be a radical departure from the constitutional framework in these cases, and offers scant protection from grossly disproportionate sentences being imposed on offenders.

[95] Two further objections may be raised against the argument that prosecutorial discretion can cure a sentencing provision that violates s. 12 of the *Charter*. The first is that one cannot be certain that the discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result. Nor can the constitutionality of a statutory provision rest

dont l'application entraîne l'imposition d'une peine totalement disproportionnée dans certains cas prévisibles peut échapper à l'inconstitutionnalité grâce au pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant d'opter pour un autre mode de poursuite.

[93] Dans cette affaire, le ministre fédéral de la Santé avait refusé à un centre d'injection supervisé une exemption de l'application de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. Il s'agissait d'une décision fondée sur le pouvoir légal d'accorder une exemption dans l'intérêt de la santé publique. La question en litige que la Cour devait trancher était celle de savoir si la décision du ministre relevant du droit administratif respectait la *Charte*. La situation alors considérée diffère toutefois considérablement de celle qui sous-tend la thèse avancée par les procureurs généraux dans les présents pourvois, à savoir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de ne pas requérir la peine minimale obligatoire dans une instance criminelle contradictoire peut de fait soustraire au contrôle constitutionnel fondé sur l'art. 12 de la *Charte* la peine minimale obligatoire d'emprisonnement établie par la loi.

[94] J'ajoute ce qui suit concernant le cadre d'analyse proposé par mon collègue. La protection qu'il offre contre la peine totalement disproportionnée est illusoire; dans les faits, il créerait une situation où l'exercice du pouvoir discrétionnaire du poursuivant serait en fait à l'abri de tout contrôle véritable. Il est bien connu que la norme applicable à l'abus du pouvoir discrétionnaire est très stricte, et la Cour ne saurait y avoir recours pour statuer sur l'application de l'art. 12 de la *Charte*. Le cadre d'analyse proposé s'éloigne radicalement du cadre d'analyse constitutionnelle retenu dans ces décisions et il protège insuffisamment contre l'infliction de peines totalement disproportionnées.

[95] Deux autres points peuvent être opposés à l'idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu'une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité

on an expectation that the Crown will act properly: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 45. As Cory J., for the majority, stated in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, at pp. 103-4:

Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed.

[96] This leads to a related concern that vesting that much power in the hands of prosecutors endangers the fairness of the criminal process. It gives prosecutors a trump card in plea negotiations, which leads to an unfair power imbalance with the accused and creates an almost irresistible incentive for the accused to plead to a lesser sentence in order to avoid the prospect of a lengthy mandatory minimum term of imprisonment. As a result, the “determination of a fit and appropriate sentence, having regard to all of the circumstances of the offence and offender, may be determined in plea discussions outside of the courtroom by a party to the litigation”: R. M. Pomerance, “The New Approach to Sentencing in Canada: Reflections of a Trial Judge” (2013), 17 *Can. Crim. L.R.* 305, at p. 313. We cannot ignore the increased possibility that wrongful convictions could occur under such conditions.

[97] Second, as noted by Doherty J.A. in the Court of Appeal below, the exercise of discretion typically occurs before the facts are fully known. An analysis that upholds s. 95(2) on the basis of the summary conviction option “does not come to grips with the timing of the Crown election and the factual basis upon which that election is made”: para. 163. The existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim.

d’une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu’on peut avoir que le ministre public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l’arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, p. 103-104 :

Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministre public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l’occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l’égard du comportement exemplaire permanent du ministre public, chose qu’il n’est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

[96] Cette considération en appelle une autre, connexe, à savoir que l’octroi d’un tel pouvoir au poursuivant compromet l’équité de la procédure criminelle. Le poursuivant dispose dès lors d’un atout dans la négociation d’un plaidoyer, ce qui entraîne un déséquilibre inéquitable entre le pouvoir du poursuivant et celui de l’accusé et incite presque irrésistiblement ce dernier à reconnaître sa culpabilité à une infraction pour laquelle il encourt une peine moins lourde afin d’échapper à une longue peine minimale obligatoire. Il s’ensuit alors [TRADUCTION] « qu’une peine juste et appropriée tenant compte des circonstances de l’infraction et de la situation du délinquant peut être déterminée dans le cadre de la négociation d’un plaidoyer, hors de la salle d’audience, par l’une des parties à l’instance » (R. M. Pomerance, « The New Approach to Sentencing in Canada : Reflections of a Trial Judge » (2013), 17 *Rev. can. D.P.* 305, p. 313). Nous ne pouvons faire abstraction du risque alors accru de déclarations de culpabilité injustifiées.

[97] Deuxièmement, comme le signale en l’espèce le juge Doherty de la Cour d’appel, l’exercice du pouvoir discrétionnaire intervient généralement avant que tous les faits de l’affaire soient exposés. L’approche qui confirme la constitutionnalité du par. 95(2) sur la foi du choix éventuel de la procédure sommaire [TRADUCTION] « méconnaît le problème du moment auquel le poursuivant fait son choix et le fondement factuel à partir duquel il fait

As stated in *R. v. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, at para. 110:

The Crown discretion is exercised at an early stage when all of the facts, particularly those favourable to the defence, are often not known. Often, the full facts will not be known until the trial judge delivers his or her reasons or the jury delivers a verdict.

[98] Finally, the Attorney General of Canada, relying on *Morrisey*, argues that parole eligibility reduces the actual impact of the three-year mandatory minimum penalty for an offence. We simply cannot know whether that is in fact the case. Nur correctly argues that parole is a statutory privilege rather than a right. The discretionary decision of the parole board is no substitute for a constitutional law. Canada's submission also misunderstands the role of the parole board — which is to ensure that an offender is safely released into the community, not to ensure that an offender serves a proportionate sentence. That is the function of one person alone — the sentencing judge.

(4) Application to Charles

[99] In *Charles*, the Court of Appeal modified the reasonably foreseeable application of the offence to take into account that it would be a second offence following a conviction under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[100] Prohibition orders seek to protect the public by prohibiting a person from possessing certain weapons, firearms, ammunition or explosive substances. They are made by the courts in a number of situations, including as part of the conditions of bail

ce choix » (par. 163). La possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l'allégation des intimés fondée sur l'art. 12. Comme le tribunal l'a affirmé dans *R. c. Smickle*, 2012 ONSC 602, 110 O.R. (3d) 25, par. 110 :

[TRADUCTION] Le poursuivant exerce son pouvoir discrétionnaire en amont dans le processus, à un moment où tous les faits, en particulier ceux qui sont favorables à la défense, ne sont souvent pas connus. Il arrivera fréquemment que la totalité des faits ne sera connue que lorsque le juge du procès ou le jury se prononcera.

[98] Enfin, le procureur général du Canada invoque l'arrêt *Morrisey* pour faire valoir que l'admissibilité à la libération conditionnelle réduit l'effet réel de la peine minimale obligatoire de trois ans infligée pour une première infraction. Nous ne pouvons tout simplement pas savoir si tel est bien le cas. M. Nur soutient à raison que la libération conditionnelle est un privilège d'origine législative et non un droit. La décision discrétionnaire de la commission des libérations conditionnelles ne saurait se substituer à une loi constitutionnelle. Le procureur général du Canada se méprend aussi sur la fonction de la commission des libérations conditionnelles — qui est d'assurer la mise en liberté sécuritaire du délinquant dans la collectivité, non de veiller à ce que le délinquant purge une peine proportionnée. Cette dernière fonction n'incombe qu'à une seule personne, à savoir le juge qui détermine la peine.

(4) Application au dossier Charles

[99] Dans le dossier *Charles*, la Cour d'appel modifie l'application raisonnablement prévisible de la disposition en cause pour considérer le cas d'une récidive attribuable à une déclaration de culpabilité antérieure fondée sur le par. 117.01(1) du *Code criminel* pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[100] L'ordonnance d'interdiction vise à protéger le public en interdisant à une personne d'avoir en sa possession certaines armes, armes à feu, munitions ou substances explosives. Le tribunal la rend dans un certain nombre de situations, notamment en

(s. 515(4.1)); they can be obtained preventatively (s. 111); they can be made following the conviction of an offender for certain offences (ss. 109 and 110); and they can also be made as part of the conditions of probation (s. 732.1), of a conditional sentence (s. 742.3), or of a peace bond (s. 810(3.1)). Some are mandatory and others discretionary.

[101] The Court of Appeal acknowledged that the moral culpability of a repeat offender under s. 95(2)(a)(ii) is higher than that of a first-time offender. Even so, the Court of Appeal concluded that the five-year mandatory minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for a conviction under s. 95(1) where an offender was previously convicted and sentenced under s. 117.01(1) of the *Criminal Code* for a breach of a prohibition order.

[102] The Attorney General of Ontario argues that the Court of Appeal erred in formulating a licensing offence under s. 95(1) where the offender had a prior conviction under s. 117.01(1) because such a prior conviction would trigger an automatic lifetime prohibition in relation to prohibited or restricted firearms under s. 109 of the *Criminal Code*. In Ontario's submission, this makes it virtually impossible that an offender convicted under s. 117.01(1) could have a licence and registration for a prohibited or restricted firearm. The prohibition order can be lifted under s. 113 of the *Criminal Code*, but only for sustenance or employment purposes, and a prohibited and restricted firearm, it is argued, will never be needed for hunting or trapping to sustain one's family.

[103] I agree that the Court of Appeal erred in concluding that it was reasonably foreseeable that a repeat offender could be a licensed owner of a prohibited or restricted firearm. This does not end the

l'intégrant aux conditions d'une mise en liberté sous caution (par. 515(4.1)), à titre préventif (art. 111) ou après qu'un délinquant a été reconnu coupable de certaines infractions (art. 109 et 110). Il peut aussi l'intégrer aux conditions d'une ordonnance de probation (art. 732.1), à une peine d'emprisonnement avec sursis (art. 742.3) ou à un engagement de ne pas troubler l'ordre public (par. 810(3.1)). L'ordonnance est soit obligatoire, soit discrétionnaire.

[101] La Cour d'appel reconnaît que la culpabilité morale du récidiviste visé au sous-al. 95(2)a(ii) est plus grande que celle du délinquant déclaré coupable d'une première infraction. Elle conclut néanmoins que la peine minimale obligatoire de cinq ans d'emprisonnement est totalement disproportionnée dans le cas du délinquant qui est déclaré coupable sur le fondement du par. 95(1) après l'avoir été sous le régime du par. 117.01(1) du *Code criminel* — et condamné en conséquence — pour le non-respect d'une ordonnance d'interdiction.

[102] La procureure générale de l'Ontario fait valoir que la Cour d'appel considère à tort le cas de l'auteur d'une infraction réglementaire visée au par. 95(1) qui a auparavant été reconnu coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1), car la déclaration de culpabilité antérieure aurait automatiquement emporté une interdiction perpétuelle d'avoir en sa possession une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte (art. 109 du *Code criminel*). Selon sa thèse, il serait alors presque impossible à un délinquant déclaré coupable de l'infraction prévue au par. 117.01(1) d'obtenir un permis et un certificat d'enregistrement pour une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte. L'interdiction pourrait être levée suivant l'art. 113 du *Code criminel*, mais uniquement à des fins de subsistance ou pour le travail. On fait valoir que nul ne saurait établir la nécessité de posséder une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte pour la chasse ou le piégeage visant à assurer la subsistance de sa famille.

[103] Je conviens que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il est raisonnablement prévisible qu'un récidiviste soit titulaire d'un permis de possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte.



analysis, however. The court must test the reasonably foreseeable applications of s. 95(2)(a)(ii). Under the impugned mandatory minimum, a five-year term of imprisonment could be imposed on an individual who breached a prohibition order imposed while on bail and who, some years later, innocently came into possession of a restricted or prohibited firearm without an authorization or a licence together with usable ammunition that he stored nearby and which was readily accessible.

[104] A five-year minimum term of imprisonment for offenders such as these would be draconian. It goes far beyond what is necessary in order to protect the public, far beyond what is necessary to express moral condemnation of the offender, and far beyond what is necessary to discourage others from engaging in such conduct. In a phrase, such a sentence would be grossly disproportionate. An offender in these circumstances has not caused any harm, nor is there a real risk of harm to the public. Such an offender is not engaged in any criminal activity.

[105] There is little doubt that in many cases those who commit second or subsequent offences for the purpose of s. 95(2)(a)(ii) should be sentenced to terms of imprisonment, and some for lengthy terms of imprisonment. The seven-year term of imprisonment imposed on Charles is an example. But the five-year minimum term of imprisonment would be grossly disproportionate for less serious offenders captured by the provision.

[106] It follows that s. 95(2)(a)(ii) violates the guarantee against grossly disproportionate punishment in s. 12 of the *Charter*.

B. *Does the Mandatory Minimum Infringe Section 7 of the Charter?*

[107] In addition to their challenges under s. 12, Nur and Charles also challenge s. 95(2)(a)(i) and

L'analyse ne prend pas fin pour autant. Le tribunal doit mettre à l'épreuve les applications raisonnablement prévisibles du sous-al. 95(2)a(ii). Suivant la disposition qui prévoit la peine minimale obligatoire contestée, une peine carcérale de cinq ans pourrait être infligée à la personne qui contrevient à l'ordonnance d'interdiction dont est assortie sa mise en liberté sous caution et qui, quelques années plus tard, sans dessein criminel, mais sans avoir obtenu au préalable une autorisation ou un permis, entre en possession d'une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte et de munitions facilement accessibles qu'il entrepose à proximité.

[104] Dans ce cas, cinq ans d'emprisonnement constitueraient une peine draconienne, une peine qui dépasse largement ce qu'exigent la protection du public, la réprobation morale du délinquant et la dissuasion d'autrui de faire de même. En bref, la peine serait totalement disproportionnée. Le délinquant n'a causé aucun préjudice ni exposé le public à un risque réel de préjudice. Le délinquant ne s'est livré à aucune activité criminelle.

[105] Il ne fait aucun doute que, dans bien des cas, le délinquant qui récidive au sens du sous-al. 95(2)a(ii) doit être condamné à une peine carcérale et que, parfois, il faut lui infliger une peine de longue durée. La peine de sept ans d'emprisonnement infligée à M. Charles constitue un bon exemple. Toutefois, il serait totalement disproportionné d'infliger une peine minimale de cinq ans d'emprisonnement à l'auteur d'une infraction de moindre gravité qui tombe sous le coup de la disposition.

[106] Dès lors, le sous-al. 95(2)a(ii) viole l'art. 12 de la *Charte* qui garantit la protection contre les peines totalement disproportionnées.

B. *La peine minimale obligatoire contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte?*

[107] MM. Nur et Charles contestent les sous-al. 95(2)a(i) et (ii) sur le fondement non seulement

(ii) under s. 7 of the *Charter*. Section 7 guarantees everyone “the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice”. Two principles of fundamental justice are invoked by Nur and Charles: the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be arbitrary — where there is no connection between the effect and the object of the law — and the principle that a law which deprives a person of his liberty cannot be overbroad — where the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective.

[108] Nur argues that the two-year gap between the one-year maximum sentence when the Crown proceeds summarily and the mandatory minimum of three years when the Crown proceeds by way of indictment is arbitrary, contrary to s. 7 of the *Charter*, because it frustrates the flexibility of the hybrid scheme by eliminating an entire two-year range of sentence if the Crown proceeds summarily. He argues that the two-year gap is not related to any legislative objective.

[109] Charles argues that s. 95(2)(a)(ii) includes less serious and non-firearm-related offences among the definition of “second or subsequent offence” in s. 84(5) and thus is arbitrary and overbroad, contrary to s. 7 of the *Charter*. He also argues that s. 84(6) — which provides that only the order of convictions, and not the order in which the offences were committed, is relevant to whether a person has committed a “second or subsequent offence” under s. 95(2)(a)(ii) — violates s. 7 of the *Charter* because it is arbitrary.

[110] I do not rule out the possibility that despite the detailed sentencing jurisprudence that has developed under s. 12 of the *Charter*, situations may arise requiring recourse to s. 7 of the *Charter*. In this case, having concluded that the impugned provisions fail under s. 12 of the *Charter*, it

de l’art. 12 de la *Charte*, mais aussi de son art. 7. L’article 7 garantit à chacun le « droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale ». MM. Nur et Charles invoquent deux principes de justice fondamentale : la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas être arbitraire (il doit exister un lien entre son effet et son objet) et la loi qui prive une personne de sa liberté ne doit pas avoir une portée excessive (sa portée ne doit pas être trop grande et faire ainsi obstacle à un comportement qui n’a aucun lien avec son objectif).

[108] Selon M. Nur, l’écart de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être infligée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire et la peine minimale obligatoire de trois ans infligée lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation est arbitraire, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*, parce qu’il nuit à la souplesse du régime mixte en supprimant une fourchette de deux années entières au titre de la peine lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. M. Nur fait valoir que l’écart de deux ans n’est lié à aucun objectif législatif.

[109] M. Charles soutient que le sous-al. 95(2) a)(ii) inclut des infractions moins graves et non liées aux armes à feu dans la définition de la « récidive » au par. 84(5), de sorte qu’il est arbitraire et que sa portée est excessive, contrairement à l’art. 7 de la *Charte*. Il fait également valoir que le par. 84(6) — selon lequel il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité, et non de l’ordre de perpétration des infractions, pour déterminer s’il y a « récidive » ou non pour les besoins du sous-al. 95(2) a)(ii) — viole l’art. 7 de la *Charte* parce qu’il est arbitraire.

[110] Je n’écarte pas la possibilité que, malgré l’existence d’une jurisprudence détaillée sur l’application de l’art. 12 de la *Charte* à la détermination de la peine, certaines situations puissent justifier le recours à l’application de l’art. 7 de la *Charte*. En l’espèce, puisque je conclus que les dispositions

is unnecessary to consider whether they also violate s. 7 of the *Charter*.

C. *Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

[111] In order to justify the infringement of the respondents' s. 12 rights under s. 1 of the *Charter*, the Attorney General of Ontario must show that the law has a pressing and substantial objective and that the means chosen are proportional to that objective. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It will be difficult to show that a mandatory minimum sentence that has been found to be grossly disproportionate under s. 12 is proportionate as between the deleterious and salutary effects of the law under s. 1.

(1) Rational Connection

[112] The state bears the burden of showing that the mandatory minimum sentences of imprisonment found to violate s. 12 of the *Charter* are rationally connected to the goals of denunciation, deterrence, and retribution. To do so, the government must establish that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought "on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153. Viewed thus, are the means the law adopts a rational way for Parliament to pursue its objective?

[113] The government has not established that mandatory minimum terms of imprisonment act as a deterrent against gun-related crimes. Doubts concerning the effectiveness of incarceration as a deterrent have been longstanding. *Sentencing Reform: A Canadian Approach — Report of The Canadian*

attaquées contreviennent à l'art. 12 de la *Charte* et sont donc inconstitutionnelles, point n'est besoin d'examiner s'il y a également violation de l'art. 7 de la *Charte*.

C. *L'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte?*

[111] Pour que l'atteinte aux droits des intimés garantis par l'art. 12 soit justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la procureure générale de l'Ontario doit démontrer que la loi a un objectif réel et urgent et que le moyen choisi est proportionnel à cet objectif. Une loi est proportionnelle (1) lorsqu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, (2) que le moyen choisi est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et (3) qu'il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables de ses dispositions et leurs effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103). Il sera difficile de démontrer qu'une peine minimale obligatoire jugée totalement disproportionnée sur le fondement de l'art. 12 est proportionnelle pour ce qui est de ses effets préjudiciables et de ses effets bénéfiques aux fins de l'article premier.

(1) Le lien rationnel

[112] C'est à l'État qu'il incombe de démontrer qu'une peine minimale obligatoire d'emprisonnement jugée contraire à l'art. 12 de la *Charte* a un lien rationnel avec les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de châtement. Pour y arriver, il doit établir l'existence d'un lien causal « fondé sur la raison ou la logique » entre la violation et l'avantage recherché (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153). Sous cet angle, la mesure choisie par le législateur constitue-t-elle un moyen rationnel de poursuivre son objectif?

[113] L'État n'a pas établi que les peines minimales obligatoires d'emprisonnement décourageaient la perpétration de crimes liés aux armes à feu. On doute depuis longtemps de l'efficacité de l'incarcération à cet égard. Le rapport intitulé *Réformer la sentence : une approche canadienne — Rapport de*

*Sentencing Commission* (1987), concludes as follows:

- a) Even if there seems to be little empirical foundation to the deterrent efficacy of legal sanctions, the assertion that the presence of some level of legal sanctions has no deterrent effects whatsoever, has no justification. The weight of the evidence and the exercise of common sense favour the assertion that, taken together, legal sanctions have an overall deterrent effect which is difficult to evaluate precisely.
- b) The proper level at which to express strong reservations about the deterrence efficacy of legal sanctions is in their usage to produce particular effects with regard to a specific offence. For instance, in a recent report on impaired driving published by the Department of Justice, Donelson asserts that “law-based, punitive measures alone cannot produce large, sustained reductions in the magnitude of the problem” (Donelson, 1985; 221-222). Similarly, it is extremely doubtful that an exemplary sentence imposed in a particular case can have any perceptible effect in deterring potential offenders.
- c) The old principle that it is more the certainty than the severity of punishment which is likely to produce a deterrent effect has not been invalidated by empirical research. In his extensive review of studies on deterrence, Beyleveld (1980; 306) concluded that “recorded offence rates do not vary inversely with the severity of penalties (usually measured by the length of imprisonment)” and that “inverse relations between crime and severity (when found) are usually smaller than inverse crime-certainty relations”. [Emphasis added; pp. 136-37.]

[114] Empirical evidence suggests that mandatory minimum sentences do not, in fact, deter crimes: see, e.g., A. N. Doob and C. M. Webster, “Sentence Severity and Crime: Accepting the Null Hypothesis” (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, “The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties: Two Centuries of Consistent Findings” (2009), 38 *Crime & Just.* 65. The empirical evidence “is clear: mandatory minimum sentences do not deter more than less harsh, proportionate, sentences” (A. N. Doob and C. Cesaroni, “The Political Attractiveness of

*la Commission canadienne sur la détermination de la peine* (1987) conclut ce qui suit :

- a) S’il est vrai qu’il existe peu de fondement empirique à l’appui de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales, il ne serait pas justifié de dire que la présence d’un certain niveau de sanctions pénales n’a aucun effet dissuasif. Les preuves obtenues et le bon sens permettent de penser que, dans leur ensemble, les sanctions pénales ont un effet dissuasif global, qu’il est difficile de mesurer avec précision.
- b) S’il y a un aspect de l’efficacité dissuasive des sanctions pénales qui justifie de sérieuses réserves, c’est celui de vouloir les utiliser pour produire des effets précis au sujet d’une infraction particulière. Ainsi, dans un rapport récent du ministère de la Justice sur la conduite en état d’ivresse, Donelson affirme que « les mesures punitives légales prévues par la loi ne sauraient à elles seules produire de réduction importante et durable de l’ampleur du problème » (1985, p. 221-222). De même, il est extrêmement douteux qu’une sentence exemplaire imposée dans une affaire particulière puisse avoir un effet dissuasif perceptible sur les contrevenants potentiels.
- c) Le vieux principe selon lequel la certitude d’être puni est davantage susceptible d’avoir un effet dissuasif que la sévérité de la sanction n’a pas été contredit par les recherches empiriques. Dans son vaste examen des rapports sur la dissuasion, Beyleveld (1980, p. 306) conclut que « les taux d’infraction enregistrés ne sont pas inversement proportionnels à la sévérité des peines (généralement mesurée par la durée d’incarcération) » et que « le rapport inverse entre la criminalité et la sévérité des sanctions (lorsqu’il existe) est généralement plus petit que le rapport inverse entre la criminalité et la certitude d’être puni ». [Je souligne; p. 150.]

[114] La preuve empirique indique que, dans les faits, les peines minimales obligatoires ne sont pas dissuasives (voir p. ex. A. N. Doob et C. M. Webster, « Sentence Severity and Crime : Accepting the Null Hypothesis » (2003), 30 *Crime & Just.* 143; M. Tonry, « The Mostly Unintended Effects of Mandatory Penalties : Two Centuries of Consistent Findings » (2009), 38 *Crime & Just.* 65). La preuve empirique [TRADUCTION] « est claire : les peines minimales obligatoires d’emprisonnement ne sont pas plus dissuasives que les peines moins sévères, proportionnées »

Mandatory Minimum Sentences” (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, at p. 291).

[115] Despite the frailty of the connection between deterrence and mandatory minimum sentence provisions, a rational connection exists between mandatory minimum terms of imprisonment and the goals of denunciation and retribution. Therefore, this requirement of the s. 1 test is met.

### (2) Minimal Impairment

[116] The question at this stage is whether the limit on the right is reasonably tailored to the objective. A court asks “whether there are less harmful means of achieving the legislative goal”: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 53. The government must show the absence of less drastic means of achieving the objective “in a real and substantial manner”: para. 55. The impingement on the *Charter* right must be no more than what is reasonably necessary to achieve the state’s objective.

[117] Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum, rather than a sweeping law that includes in its ambit conduct attracting less blameworthiness for which the mandatory minimum sentence would be grossly disproportionate. The government has not discharged its burden on this branch of the *Oakes* test. There are less harmful means of achieving the legislative goal.

### (3) Proportionality

[118] This stage of the analysis weighs the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public

(A. N. Doob et C. Cesaroni, « The Political Attractiveness of Mandatory Minimum Sentences » (2001), 39 *Osgoode Hall L.J.* 287, p. 291).

[115] Malgré la fragilité du lien entre la dissuasion et les dispositions qui établissent des peines minimales obligatoires, il existe un lien rationnel entre les peines minimales obligatoires d’emprisonnement et les objectifs de dénonciation et de châtement. Cette exigence de l’article premier est donc remplie.

### (2) L’atteinte minimale

[116] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si la restriction du droit est raisonnablement bien adaptée à l’objectif. Le tribunal doit se demander s’il « exist[e] des moyens moins préjudiciables de réaliser l’objectif législatif » (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 53). L’État doit démontrer qu’il n’existe pas un autre moyen moins attentatoire d’atteindre l’objectif « de façon réelle et substantielle » (par. 55). L’atteinte au droit garanti par la *Charte* ne doit pas aller au delà de ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l’objectif législatif.

[117] Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale obligatoire, au lieu d’une infraction qui ratisse large et qui englobe le comportement moins empreint de culpabilité morale et pour lequel la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. L’État ne s’est pas acquitté de son fardeau de preuve relativement à ce volet du critère de l’arrêt *Oakes*. Il existe des moyens moins préjudiciables d’atteindre l’objectif législatif.

### (3) Proportionnalité

[118] À ce stade de l’analyse, on soupèse l’incidence de la loi sur les droits garantis et son effet bénéfique sur l’intérêt supérieur du public. Vu la

good. In light of the conclusion that the mandatory minimum terms of imprisonment in s. 95 when the Crown proceeds by indictment are grossly disproportionate, I do not find that the limits are a proportionate justification under s. 1.

## VI. Conclusion

[119] I would dismiss the appeals. The mandatory minimum sentences imposed by s. 95(2)(a) are inconsistent with s. 12 of the *Charter* and are therefore declared of no force or effect under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

[120] It remains appropriate for judges to continue to impose weighty sentences in other circumstances, such as those in the cases at bar. For this reason, I would decline to interfere with the sentences that the trial judges imposed on Nur and Charles.

The reasons of Rothstein, Moldaver and Wagner JJ. were delivered by

MOLDAVER J. (dissenting) —

### I. Overview

[121] The Chief Justice observes that gun crimes pose a “grave danger to Canadians” (para. 1). She notes that Parliament, through a combination of regulatory provisions under the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, and criminal prohibitions under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, “has sought to protect the public from firearm-related injuries and to deter crimes involving firearms” (para. 6). To advance these goals, Parliament has enacted strict penalties for gun crimes. These include the mandatory minimum sentences under s. 95(2) of the *Criminal Code* for unlawful possession of loaded or readily loaded prohibited or restricted firearms — primarily handguns, machine guns, and sawed-off rifles and shotguns. These weapons have few legitimate purposes and are commonly used by criminals to devastating effect. Yet, despite Parliament’s valid and important objectives, the majority would declare

conclusion selon laquelle les peines minimales obligatoires d’emprisonnement prévues à l’art. 95 lorsque le ministère public opte pour la mise en accusation sont totalement disproportionnées, je ne crois pas que la restriction puisse se justifier sur le fondement de la proportionnalité pour les besoins de l’article premier.

## VI. Conclusion

[119] Je suis d’avis de rejeter les pourvois. Les peines minimales obligatoires prévues à l’al. 95(2)a) sont incompatibles avec l’art. 12 de la *Charte*. Je les déclare donc inopérantes en vertu de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[120] Il demeure approprié que les tribunaux continuent d’infliger de lourdes peines dans d’autres circonstances, comme celles des dossiers considérés en l’espèce. C’est pourquoi je m’abstiens de modifier les peines infligées par les juges du procès dans les dossiers de MM. Nur et Charles.

Version française des motifs des juges Rothstein, Moldaver et Wagner rendus par

LE JUGE MOLDAVER (dissident) —

### I. Aperçu

[121] La Juge en chef fait observer que les crimes liés aux armes à feu « exposent les Canadiennes et les Canadiens à de graves dangers » (par. 1). Elle ajoute que, par l’adoption de dispositions réglementaires en vertu de la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, c. 39, et par l’établissement d’interdictions dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le législateur « a voulu protéger la population contre les blessures par balle et décourager la perpétration de tel[s] [crimes] » (par. 6). En vue d’atteindre ces objectifs, il a prévu l’infliction de lourdes peines aux auteurs de crimes liés aux armes à feu. Au nombre de ces sanctions figurent les peines minimales obligatoires que prévoit le par. 95(2) du *Code criminel* pour la possession illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, soit principalement des armes de poing, des mitrailleuses, ainsi que des carabines ou des fusils de

these mandatory minimums unconstitutional on the basis that, in “reasonably foreseeable” cases, they could lead to grossly disproportionate sentences in violation of s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[122] With respect, I disagree. Parliament has crafted s. 95 as a hybrid offence. As such, it provides for mandatory minimum sentences when the Crown proceeds by way of indictment, but no mandatory minimum when the Crown proceeds summarily. In my view, this demonstrates Parliament’s recognition that s. 95 captures a wide array of conduct, ranging from the “true crime” end of the spectrum to conduct that resembles a licensing infraction. I readily agree with the majority that the latter, least serious instances of the offence “involve little or no moral fault and little or no danger to the public”, and manifestly do not warrant a lengthy term of incarceration (para. 83). However, in my view, allowing for summary proceedings under s. 95 all but ensures that the least serious instances of the offence referred to by the majority (“licensing-type offences”) will *not* attract a mandatory minimum sentence. I address this issue in the first part of my reasons, at paras. 125-45. In short, I conclude that it is not reasonably foreseeable that the licensing-type offences about which the majority is concerned — to the point of striking down otherwise validly enacted legislation — would ever be prosecuted by way of indictment.

[123] In any event, as I will explain in the second part of my reasons, at paras. 146-88, the reasonable hypothetical approach is redundant in the context of hybrid sentencing schemes. I would adopt a different framework that is, in my view, better suited

chasse sciés. Ces armes sont rarement détenues à des fins légitimes, et leur utilisation fréquente par les criminels a des effets effroyables. Or, malgré des objectifs législatifs à la fois valables et importants, les juges majoritaires sont d’avis de déclarer ces peines minimales obligatoires inconstitutionnelles au motif que, dans certains cas « raisonnablement prévisibles », leur application pourrait mener à l’infliction de peines totalement disproportionnées, contrairement à l’art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[122] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. L’infraction créée à l’art. 95 est mixte. Il y a donc peines minimales obligatoires lorsque le poursuivant opte pour la mise en accusation, mais il n’y en a pas lorsqu’il opte pour la procédure sommaire. Selon moi, le législateur reconnaît que l’art. 95 vise une gamme étendue de comportements qui vont du « vrai crime », à l’extrémité supérieure du continuum, à ce qui s’apparente à l’infraction réglementaire, à l’extrémité inférieure. Je conviens d’emblée avec mes collègues que ce dernier type d’infraction, qui correspond au mode le moins grave de perpétration de l’infraction, « comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et [. . .] n’expos[e] le public à aucun danger ou presque », et ne justifie manifestement pas l’imposition d’une longue peine carcérale (par. 83). J’estime toutefois que l’art. 95, en permettant la poursuite par procédure sommaire, garantit presque que les cas les moins graves de perpétration de l’infraction auxquels renvoient les juges majoritaires (les « infractions de type réglementaire ») n’emporteront *pas* l’infliction d’une peine minimale obligatoire. J’examine ce point dans la première partie de mes motifs (par. 125-145). Je conclus en somme qu’il n’est pas raisonnablement prévisible que l’auteur d’une infraction de type réglementaire — dont se soucient les juges majoritaires au point d’invalider des dispositions par ailleurs validement adoptées — fasse un jour l’objet d’une mise en accusation.

[123] Quoi qu’il en soit, comme je l’explique en deuxième partie (par. 146-188), la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante dans le contexte des infractions mixtes. Je retiens plutôt un autre cadre d’analyse qui, à mon

to that context. In the end, the framework I propose eliminates any theoretical risk of grossly disproportionate sentences.

[124] In sum, whether applying the reasonable hypothetical approach or my proposed framework, I am satisfied that s. 95(2) does not violate s. 12 of the *Charter*. Nor, in my view, does it violate s. 7 of the *Charter*. I would therefore allow the appeals.

## II. Part 1: Section 12 Analysis Under the Reasonable Hypothetical Approach

### A. *The Reasonable Hypothetical Approach Does Not Justify Striking Down Section 95(2)*

[125] In finding s. 95(2) unconstitutional, the majority adopts the “reasonable hypothetical” approach first developed by this Court in *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and subsequently applied in *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, and *R. v. Morrisey*, 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90. Tracing through these authorities, the Chief Justice states that reasonable hypotheticals should be “grounded in . . . experience and common sense” (para. 62). I agree. She then refers to s. 95(2) and expresses concern about imposing lengthy custodial sentences in certain hypothetical cases, namely “licensing offences which involve little or no moral fault and little or no danger to the public” — a concern which I share (para. 83). Where I part company with the majority is in treating these licensing-type cases as *reasonable* hypotheticals. With respect, experience and common sense provide proof positive that they are not.

[126] I start with experience. Section 95 was enacted in 1995 and has been in force for nearly two decades. It has always included a mandatory minimum sentence for cases prosecuted by indictment.

sens, convient mieux dans le cas considéré et qui, au final, écarte tout risque théorique d’une peine totalement disproportionnée.

[124] En résumé, que l’on applique la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ou le cadre d’analyse que je préconise, je suis convaincu que le par. 95(2) ne contrevient pas à l’art. 12 de la *Charte*. Il ne porte pas non plus atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*. Je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois.

## II. Partie 1 : L’analyse au regard de l’art. 12 suivant la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables

### A. *La démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l’invalidation du par. 95(2)*

[125] Pour conclure à l’inconstitutionnalité du par. 95(2), les juges majoritaires reprennent la démarche axée sur les « situations hypothétiques raisonnables » adoptée initialement par la Cour dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, puis appliquée dans les arrêts *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et *R. c. Morrisey*, 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90. Faisant fond sur ces arrêts, la Juge en chef affirme que les situations hypothétiques raisonnables doivent « s’appuyer sur l’expérience [. . .] et le bon sens » (par. 62). J’en conviens. Elle renvoie ensuite au par. 95(2) et dit craindre l’infliction de longues peines carcérales dans certains cas hypothétiques, notamment pour des « infractions réglementaires qui comportent une culpabilité morale minimale, voire nulle, et qui n’exposent le public à aucun danger ou presque » (par. 83). Je partage l’inquiétude des juges majoritaires, mais je crois qu’il n’y a pas lieu de voir dans ces cas hypothétiques des situations hypothétiques *raisonnables*. Avec tout le respect que je dois à mes collègues, l’expérience judiciaire et le bon sens confirment le caractère non raisonnable des situations hypothétiques considérées.

[126] Commençons par l’expérience. Adopté en 1995, l’art. 95 s’applique depuis près de deux décennies. Il a toujours prévu une peine minimale obligatoire lorsque le poursuivant opte pour la mise



Since 2008, it has included the present three-year and five-year mandatory minimums. And yet, the respondents Mr. Nur and Mr. Charles are unable to point to a single licensing-type case over its entire history where a mandatory minimum imposed under s. 95(2) could be regarded as grossly disproportionate. Moreover, they cannot identify a single case where an offender who has committed a “licensing offence . . . involv[ing] little or no moral fault and little or no danger to the public” has been prosecuted by indictment, thus attracting a mandatory minimum (para. 83). In fact, in the only reported licensing-type case raised before this Court, the Crown proceeded summarily: *R. v. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL).<sup>2</sup>

[127] In *Snobelen*, the accused pleaded guilty to an offence under s. 95(1), as well as careless storage of a firearm under s. 86. He admitted to possession of an unregistered semi-automatic handgun with readily accessible ammunition, for which he lacked a valid licence. The gun came into his possession when it was shipped to his home along with other property from his ranch in Oklahoma. He was aware of the gun’s existence and intended to dispose of it — indeed, at the time of his arrest, he believed his wife had done so. Given the circumstances, the Crown elected to proceed summarily and sought a \$750 fine on each count, a weapons prohibition order, and a term of probation. In light of the mitigating factors, the sentencing judge entered an absolute discharge.

en accusation. Depuis 2008, il prévoit les actuelles peines minimales obligatoires de trois et cinq ans. Pourtant, les intimés, MM. Nur et Charles, ne sont pas en mesure d’avancer une seule affaire d’infraction de type réglementaire où, depuis l’entrée en vigueur de la disposition, une peine minimale obligatoire infligée sur le fondement du par. 95(2) peut être tenue pour totalement disproportionnée. Qui plus est, ils ne peuvent citer un seul cas où l’auteur d’une « infractio[n] réglementair[e] qui comport[e] une culpabilité morale minime, voire nulle, et qui n’expos[e] le public à aucun danger ou presque » (par. 83) a été poursuivi par voie de mise en accusation, encourant ainsi une peine minimale obligatoire. En fait, dans la seule décision rendue sur une infraction de ce type et portée à la connaissance de la Cour, le poursuivant a opté pour la procédure sommaire (*R. c. Snobelen*, [2008] O.J. No. 6021 (QL)).<sup>2</sup>

[127] Dans *Snobelen*, l’accusé avait plaidé coupable à l’infraction prévue au par. 95(1), ainsi qu’à celle d’entreposage négligent d’une arme à feu prévue à l’art. 86. Il avait reconnu avoir été en possession d’un pistolet semi-automatique non enregistré et de munitions facilement accessibles sans avoir été titulaire d’un permis valide. L’arme lui était parvenue à sa résidence, avec d’autres biens, en provenance de son ranch en Oklahoma. Il connaissait l’existence de l’arme et comptait s’en départir; de fait, au moment de son arrestation, il croyait que son épouse avait fait le nécessaire pour s’en départir. Le poursuivant a donc opté pour la procédure sommaire et requis une amende de 750 \$ par chef d’accusation, une ordonnance d’interdiction de posséder des armes à feu et une ordonnance de probation. Au vu des circonstances atténuantes, le juge appelé à déterminer la peine a prononcé une absolution inconditionnelle.

<sup>2</sup> The majority, at para. 80, uses *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, as an example that licensing-type cases are reasonably foreseeable. However, *MacDonald* cannot be characterized as a licensing-type case, given the aggravating factors involved. Mr. MacDonald’s conduct went far beyond simply possessing the firearm in a place where he was not authorized to possess it under the terms of his licence. Indeed, the majority of this Court held that the arresting officer had reasonable grounds to believe that he posed an imminent threat to the safety of the public or the police: *MacDonald*, at para. 46.

<sup>2</sup> Au par. 80 de leurs motifs, les juges majoritaires invoquent *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, pour illustrer un cas raisonnablement prévisible d’infraction de type réglementaire. Or, on ne peut y voir l’illustration d’une telle infraction étant donné les circonstances aggravantes en cause. Les actes reprochés à M. MacDonald allaient bien au delà de la possession d’une arme à feu à un autre endroit que celui précisé dans son permis. Les juges majoritaires statuent en effet que le policier qui l’a arrêté avait des motifs raisonnables de croire à l’existence d’une menace imminente pour sa sécurité ou celle du public (*MacDonald*, par. 46).

[128] If licensing-type cases like *Snobelen* are the “experience” on which this sentencing scheme is to be evaluated, I perceive no foreseeable risk, reasonable or otherwise, that grossly disproportionate sentences will result.

[129] I turn to common sense. In this regard, I endorse Code J.’s observation that

as a matter of common sense it is hard to conceive of a “reasonable hypothetical” that depends on the Crown unreasonably electing to proceed by indictment, when the fair, just and appropriate election is to proceed summarily.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (the “*Nur*” sentencing reasons), at para. 110)

The reasonably foreseeable cases advanced by the majority assume that the Crown election is irrelevant. This perspective is at odds with Parliament’s deliberate choice to structure s. 95 as a hybrid offence, recognizing its wide ambit and empowering prosecutors to separate licensing-type cases from instances of more serious misconduct. This legislative choice is hardly controversial — hybrid offences abound in the *Criminal Code*. Crown counsel are granted the discretion to make these elections and do so on a daily basis in accordance with their sworn duty to act in the public interest. With respect, an application of the reasonable hypothetical approach that denies this reality — and indeed assumes the opposite — does not accord with common sense.

[130] I should add that the Crown election under s. 95 differs from the prosecutorial discretion discussed in *Smith*. In that case, the Court rejected the argument that the Crown’s discretion *not to apply the law* — that is, to charge a lesser offence or no offence at all — could salvage the impugned mandatory minimum. Here, the relevant discretion is the Crown election, which has been *purposely integrated into the legislative scheme*. Far from being a

[128] Si les affaires d’infractions de type réglementaire comme *Snobelen* constituent l’« expérience » à partir de laquelle il faut se prononcer sur le régime de détermination de la peine contesté en l’espèce, je ne perçois aucun risque prévisible, raisonnable ou autre, qu’une peine totalement disproportionnée résulte de l’application du régime.

[129] Je passe maintenant au bon sens. Je fais mienne la remarque suivante du juge Code sur ce point :

[TRADUCTION] . . . le bon sens permet difficilement de concevoir une « situation hypothétique raisonnable » où le poursuivant opte de manière déraisonnable pour la mise en accusation, alors qu’il serait juste, équitable et approprié d’opter pour la procédure sommaire.

(2011 ONSC 4874, 241 C.R.R. (2d) 306 (motifs de détermination de la peine dans *Nur*), par. 110)

Les situations hypothétiques raisonnables avancées par les juges majoritaires supposent que le mode de poursuite choisi importe peu. Or, conscient de la grande portée qu’aurait l’art. 95, le législateur a délibérément créé une infraction mixte et permis au poursuivant de distinguer la simple infraction de type réglementaire de l’infraction plus grave. Ce choix législatif prête difficilement à controverse dans la mesure où les infractions mixtes abondent dans *Code criminel*. Le ministère public jouit d’un pouvoir discrétionnaire qui lui permet de faire un tel choix quotidiennement, conformément à son serment d’agir dans l’intérêt public. En tout respect, l’application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables qui nie cette réalité — et suppose en fait le contraire — va à l’encontre du bon sens.

[130] En outre, le choix effectué suivant l’art. 95 diffère du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites examiné dans l’arrêt *Smith*. Dans ce dossier, la Cour rejette la thèse selon laquelle le pouvoir discrétionnaire qui permet au poursuivant de *ne pas appliquer la loi* — soit inculper pour une infraction moindre, soit ne pas inculper du tout — peut sauvegarder la peine minimale obligatoire contestée. Dans la présente affaire, le pouvoir discrétionnaire

discretion not to apply the law, the Crown election is a clear expression of Parliament's intent to confer on prosecutors the ability to divert the least serious cases into summary proceedings. It is a mistake, in my view, to shunt this factor aside when crafting reasonable hypotheticals.

#### B. *Respecting Parliament*

[131] Gun crime is a matter of grave and growing public concern. Successive Parliaments have responded by enacting laws designed to denounce and deter such crime. The mandatory minimums in s. 95(2) were part of a suite of legislative changes put forward as “a direct response to the scourge of handgun crime that plagues our country”: House of Commons, Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 30, 1st Sess., 39th Parl., November 7, 2006, at p. 1. The parliamentary committee studying those changes heard compelling testimony from law enforcement about the devastating impact of gun violence across Canada. Toronto Police Chief William Blair noted a “significant increase in the number of shooting[s]” in Toronto and a rise in gun-related homicides in excess of 85 percent from 2004 to 2005: *ibid.*, No. 34, November 23, 2006, at p. 1. Due to the surge in shootings and gun deaths, 2005 was dubbed by local media as “the year of the gun” (*ibid.*).

[132] This is the context in which Parliament's choice to raise the mandatory minimums in s. 95 must be understood. That choice reflects valid and pressing objectives, and it is not for this Court to frustrate the policy goals of our elected representatives based on questionable assumptions or loose conjecture. As LeBel J. observed in *R. v. Nasogaluak*, 2010

exercé correspond au choix du mode de poursuite, lequel est *délibérément intégré au régime législatif*. Loin d'équivaloir au pouvoir d'appliquer ou non la loi, le choix du mode de poursuite traduit clairement l'intention du législateur de lui permettre de soumettre les cas les moins graves à la procédure sommaire. Il est à mon sens erroné d'écarter cette réalité au moment de concevoir des situations hypothétiques raisonnables.

#### B. *Respect du législateur*

[131] Les crimes liés aux armes à feu constituent de plus en plus un grave sujet d'intérêt public. Les formations successives du Parlement ont agi en adoptant des lois destinées à dénoncer ces crimes et à décourager leur perpétration. L'établissement de peines minimales obligatoires au par. 95(2) s'inscrit dans une série de mesures législatives se voulant « une réponse directe au fléau des actes criminels commis avec des armes de poing avec lequel notre pays est aux prises » (Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 30, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 7 novembre 2006, p. 1). Le comité parlementaire qui s'est penché sur les modifications a entendu les témoignages convaincants de responsables de l'application des lois sur les ravages causés par les crimes liés aux armes à feu à la grandeur du Canada. Le chef de la police de Toronto William Blair a relevé « une hausse considérable du nombre de fusillades » à Toronto, ainsi qu'une augmentation de plus de 85 p. 100 du nombre d'homicides commis à l'aide d'armes à feu de 2004 à 2005 (*ibid.*, n° 34, 23 novembre 2006, p. 1). D'ailleurs, les médias torontois ont qualifié 2005 d'« année de l'arme à feu » en raison de la vague de fusillades et de décès par balles qu'elle a connue (*ibid.*).

[132] C'est dans ce contexte qu'il faut considérer la décision du législateur de relever les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 95, une décision motivée par des objectifs valables et urgents. Il n'appartient pas à la Cour de contrecarrer les objectifs de politique générale de nos élus sur la foi d'hypothèses discutables ou de vagues conjectures.

SCC 6, [2010] 1 S.C.R. 206, mandatory minimums are “a forceful expression of governmental policy in the area of criminal law” (para. 45).

[133] This Court in *Goltz* warned against the use of hypotheticals that are “far-fetched or only marginally imaginable” (p. 515). The Chief Justice echoes this point, stating that “[l]aws should not be set aside on the basis of mere speculation” (para. 62). Yet, I fear that the majority’s approach does precisely that. Indeed, the jurisprudence does not reveal any licensing-type cases that have been prosecuted by indictment. Moreover, the confluence of events necessary for a licensing-type offender to face the prospect of a grossly disproportionate sentence strikes me as more imaginary than real. With respect, this hypothetical scenario stretches the bounds of credibility. It is not, in my view, a sound basis on which to nullify Parliament’s considered response to a serious and complex issue.

[134] I believe the Chief Justice shares my concern that striking down the impugned mandatory minimums would, to some extent, frustrate Parliament’s efforts to denounce and deter gun crime. She identifies an alternative scheme that, in her view, would accomplish Parliament’s goals without offending s. 12 of the *Charter*:

Parliament could have achieved its objective by drafting an offence with a close correspondence between conduct attracting significant moral blameworthiness — such as those engaged in criminal activity or conduct that poses a danger to others — and the mandatory minimum . . . . [para. 117]

[135] If I understand the Chief Justice correctly, Parliament could enact the impugned mandatory

Comme le fait observer le juge LeBel dans l’arrêt *R. c. Nasogaluak*, 2010 CSC 6, [2010] 1 R.C.S. 206, les peines minimales obligatoires sont « l’expression claire d’une politique générale dans le domaine du droit pénal » (par. 45).

[133] Dans l’arrêt *Goltz*, la Cour met les tribunaux en garde contre la prise en compte de situations hypothétiques qui sont « invraisemblables ou difficilement imaginables » (p. 515). La Juge en chef en convient en affirmant qu’« [u]ne loi ne saurait être rendue inopérante sur la base de pures conjectures » (par. 62). Je crains toutefois que ce soit précisément ce qui résulte de l’approche des juges majoritaires. La jurisprudence ne révèle en effet l’existence d’aucune affaire où l’auteur d’une infraction de type réglementaire a été poursuivi par voie de mise en accusation. De plus, il m’apparaît clairement que la conjonction d’événements qui est nécessaire pour que l’auteur d’une telle infraction encoure une peine totalement disproportionnée relève davantage de la fiction que de la réalité. Soit dit en tout respect, pareil scénario hypothétique est peu crédible. Il ne s’agit pas selon moi d’une assise valable pour réduire à néant la solution réfléchie apportée par le législateur à un problème à la fois grave et complexe.

[134] Je crois que la Juge en chef partage ma crainte que l’invalidation des peines minimales obligatoires contestées contrecarre jusqu’à un certain point les mesures prises par le législateur pour dénoncer les crimes liés aux armes à feu et décourager leur perpétration. Elle avance une solution de rechange qui, selon elle, permettrait la réalisation des objectifs du législateur sans contrevenir à l’art. 12 de la *Charte* :

Le législateur aurait pu atteindre son objectif en créant une infraction pour laquelle il existe un rapport étroit entre le comportement auquel est associée une grande culpabilité morale — p. ex. le comportement ou l’acte criminel qui présente un danger pour autrui — et la peine minimale . . . [par. 117]

[135] Si je comprends bien, le législateur pourrait alors établir les peines minimales obligatoires dans

minimums as part of a revised offence containing an additional element beyond the existing elements of s. 95(1). For example, the offence could be limited to “those engaged in criminal activity” or to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). Respectfully, the problem with this suggestion is two-fold. First, it is discordant with Parliament’s true objective in creating mandatory minimums for the unlawful *possession* of a loaded or readily loaded prohibited or restricted firearm. Second, as a practical matter, it may lead to an under-inclusive offence that fails to encompass certain conduct which Parliament sought to punish with mandatory terms of imprisonment.

[136] Section 95 targets the simple possession of guns that are frequently used in gang-related and other criminal activity: see *R. v. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, at paras. 54-57. Parliament has concentrated on simple possession for a reason: firearms — and particularly the firearms caught by s. 95 — are inherently dangerous. In *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199, the Court recognized that “[a] firearm is expressly designed to kill or wound” and that “[n]o matter what the intention may be of the person carrying a gun, the firearm itself presents the ultimate threat of death to those in its presence” (p. 211). As the Attorney General of Canada observes in his factum, this sober reality resonates all the more for “restricted firearms (principally handguns) and prohibited firearms (principally machine guns and sawed-off rifles or shotguns)”: A.F. (*Nur*), at para. 64. These firearms are “the most strictly regulated because they are either easily concealable or generally do not serve a legitimate hunting or target shooting purpose” (*ibid.*). Outside of law enforcement, these guns are primarily found in the hands of criminals who use them to intimidate, wound, maim, and kill.

le cadre d’une infraction révisée qui comporterait un élément en sus de ceux déjà présents au par. 95(1). Par exemple, seul le comportement qui constituerait un « acte criminel » ou qui « présente[rait] un danger pour autrui » tomberait sous le coup de la disposition (par. 117). La solution avancée présente malheureusement deux difficultés. Premièrement, elle va à l’encontre du véritable objectif de l’établissement de peines minimales obligatoires applicables à la *possession* illégale d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être. Deuxièmement, elle peut mener dans les faits à la création d’une infraction dont la portée est trop étroite pour englober certains des comportements que le législateur a voulu réprimer au moyen de peines carcérales obligatoires.

[136] L’article 95 criminalise la simple possession d’armes à feu qui sont fréquemment employées par des gangs ou d’autres délinquants dans leurs activités criminelles (voir *R. c. Nur*, 2013 ONCA 677, 117 O.R. (3d) 401, par. 54-57). Le législateur s’en prend à la simple possession pour une raison : les armes à feu — en particulier celles que vise l’art. 95 — sont dangereuses en soi. Dans l’arrêt *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199, la Cour reconnaît que « [l]’arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser » et que « [p]eu importe l’intention de la personne qui porte un fusil, l’arme à feu incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui y font face » (p. 211). Le procureur général du Canada signale dans son mémoire que ce froid constat vaut d’autant plus pour [TRADUCTION] « les armes à feu à autorisation restreinte (surtout des armes de poing) et les armes à feu prohibées (principalement des mitrailleuses et des carabines ou des fusils de chasse sciés) » (m.a., *Nur*, par. 64). Il s’agit des armes à feu « les plus strictement réglementées soit parce qu’elles sont faciles à dissimuler, soit parce qu’elles ne servent généralement aucune fin légitime de chasse ou de tir sur cible » (*ibid.*). Exception faite des responsables de l’application de la loi, ce sont surtout des criminels qui s’en servent et qui intimident, blessent, mutilent et tuent.

[137] Courts have repeatedly emphasized the inherent danger associated with these types of firearms. In *R. v. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, Aston J. rejected the argument that simple possession of a prohibited or restricted firearm, absent a harmful outcome, is insufficient to warrant an exemplary sentence:

The applicant submits that there are no actual adverse consequences that necessarily flow from the criminal conduct captured by s. 95 because the defined offence is simply the possession of the firearm as opposed to its actual use. It is true that adverse consequences do not necessarily flow from possession of a loaded handgun, but sometimes they do. And, because the risk is so grave that people will be seriously injured or killed, even when discharging the gun is not intentional, the gravity of the offence of simply possessing the weapon should not be underestimated . . . . [Emphasis in original; para. 15.]

Similarly, in *R. v. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, the Alberta Court of Appeal observed that “[m]ere possession of loaded firearms is inherently dangerous” (para. 10). The court underscored the reality that “[w]hen such weapons are allowed in the community, death and serious injury are literally at hand, only an impulse and trigger-pull away” (*ibid.*).

[138] Given this inherent danger, it was open to Parliament to conclude that simple possession of a loaded or readily loaded restricted or prohibited firearm should attract a significant mandatory custodial sentence. As the Minister of Justice stated when introducing the 2008 amendments to s. 95, “illegal possession of these firearms is becoming a growing concern” and “police especially are interested in the higher mandatory minimums for the possession of loaded or restricted firearms”: *House of Commons Debates*, vol. 141, No. 33, 1st Sess., 39th Parl., June 5, 2006, at p. 1941 (emphasis added). Adding further elements to the offence beyond simple possession would, in my view, unduly limit the application of the mandatory minimums, and thereby undermine Parliament’s objective to get dangerous

[137] Les tribunaux ont maintes fois mis en relief le danger inhérent à ces armes à feu. Dans *R. c. Elliston*, 2010 ONSC 6492, 225 C.R.R. (2d) 109, le juge Aston rejette la thèse voulant que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, sans conséquence préjudiciable, ne justifie pas l’imposition d’une peine exemplaire :

[TRADUCTION] Le demandeur fait valoir qu’aucune conséquence préjudiciable réelle ne découle nécessairement du comportement criminel visé à l’art. 95, car selon sa définition, l’infraction s’entend seulement de la possession de l’arme à feu, non de son emploi dans les faits. Certes, la possession d’une arme de poing chargée n’a pas nécessairement de conséquences préjudiciables, mais elle en a parfois. Et parce que le risque que des gens soient grièvement blessés ou tués est si grand, même lorsque le coup n’est pas tiré intentionnellement, la gravité de l’infraction consistant dans la simple possession de l’arme ne doit pas être sous-estimée . . . [Souligné dans l’original; par. 15.]

De même, dans l’arrêt *R. c. Chin*, 2009 ABCA 226, 457 A.R. 233, la Cour d’appel de l’Alberta relève que la [TRADUCTION] « [s]imple possession d’une arme à feu chargée est dangereuse en soi » (par. 10). Elle souligne que « [l]orsque l’on tolère la présence de telles armes dans la collectivité, la mort et les blessures graves sont littéralement à portée de main : il suffit de presser puis de relâcher la détente » (*ibid.*).

[138] Étant donné ce danger inhérent, le législateur pouvait fort bien conclure que la simple possession d’une arme à feu prohibée ou à autorisation restreinte, chargée ou prête à l’être, devait emporter l’infliction d’une longue peine minimale obligatoire d’emprisonnement. Comme l’a dit le ministre de la Justice d’alors au moment du dépôt des modifications apportées à l’art. 95 en 2008, « la possession illégale de ces armes à feu est de plus en plus préoccupante » et « [l]es services de police s’intéressent surtout à la hausse des peines d’emprisonnement minimales liées à la possession d’armes à feu chargées ou à autorisation restreinte » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, n° 33, 1<sup>re</sup> sess., 39<sup>e</sup> lég., 5 juin 2006, p. 1941 (je souligne)). Étoffer l’infraction de manière qu’elle ne

weapons off the streets *before* they generate a specific risk of harm.

[139] This is borne out by the committee testimony of Chief Blair, who stressed the importance of empowering police to target possession before a specific risk of harm materializes:

If you're not a police or security professional in the city of Toronto, the only reason to carry a loaded handgun in our streets is to kill people. When we apprehend those individuals for those offences who are in possession of those guns, we need to be able to intervene at that point. It is a significant and serious enough trigger that the individual represents an overwhelming threat to public safety, and the criminal justice system has to be able to deal effectively with that individual. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 34, at p. 4)

Chief Blair further noted that heightened mandatory minimums would play a vital role in deterring this dangerous conduct:

... there is certainly a perception of a lack of consequences for those very serious offences, and the sentences that people have been receiving for carrying firearms are more reflective of the carrying of a loaded handgun in the city of Toronto as if it were a regulatory problem as opposed to a significant public safety problem.

... I believe a rational person would be deterred by two things: first of all, the likelihood of being caught; and when caught, suffering with real consequences for their actions. I think both of those things would deter a rational person. [*ibid.*, at pp. 3 and 8]

[140] Based on this compelling testimony, Parliament chose to punish simple possession with significant custodial penalties, while leaving open the

s'entende plus de la seule possession réduirait selon moi indûment la portée de l'application des peines minimales obligatoires et contrecarrerait ainsi l'objectif du législateur de retirer de la circulation des armes dangereuses *avant* qu'elles ne créent un risque de préjudice précis.

[139] C'est ce que confirme le témoignage devant le comité du chef de police Blair, qui insiste sur l'importance d'habiliter les policiers à réprimer la possession avant qu'un risque de préjudice précis se concrétise :

Si la personne n'est pas un policier ou un agent de sécurité à Toronto, la seule raison qu'elle a de porter une arme de poing chargée dans la rue est de tuer quelqu'un. Alors, quand nous arrêtons quelqu'un qui est en possession d'une telle arme à feu, ce qui est une infraction, nous devons être en mesure d'intervenir à l'instant même. Il s'agit là d'un indicateur assez grave que cette personne présente une menace excessive pour la sécurité publique. Le système de justice pénale doit être en mesure d'intervenir adéquatement. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, n° 34, p. 4)

M. Blair ajoute que des peines minimales obligatoires d'une durée accrue contribueraient grandement à décourager ce comportement dangereux :

... il règne certainement une impression d'inconséquence à l'égard de ces infractions très graves, et les peines qui sont infligées aux délinquants pris à porter une arme à feu chargée dans les rues de Toronto sont plus représentatives d'une infraction à un règlement que d'un problème important de sécurité publique.

... je suis d'avis qu'une personne rationnelle serait dissuadée par deux choses : la possibilité d'être appréhendée et les conséquences réelles qu'elle subirait dans ce cas. Je crois que ces deux éléments dissuaderaient une personne rationnelle. [*ibid.*, p. 3 et 8]

[140] Au vu de ce témoignage convaincant, le législateur a résolu de sanctionner la simple possession par des peines carcérales importantes tout

option of summary proceedings for the licensing-type offences about which the majority is rightly concerned. I would respect that legislative choice. In my view, sending our elected representatives back to the drawing board on s. 95 would impede the goals of deterring and denouncing the unlawful possession of deadly weapons and keeping them out of the hands of those who would use them as instruments of intimidation, death, and destruction.

[141] Moreover, I am concerned that adding new elements to the offence would render the mandatory minimums under-inclusive. The majority identifies two possible elements that could be added to s. 95. The first would limit the offence to “those engaged in criminal activity” (para. 117). As I understand it, this element would require the Crown to prove that the accused possessed the firearm for a criminal purpose — a high bar for prosecutors to meet. Even on the facts of Mr. Nur’s case, it does not appear that the Crown could prove this element beyond a reasonable doubt: *Nur* sentencing reasons, at paras. 61, 66 and 68-69. Incorporating a criminal purpose element could thus exclude cases like Mr. Nur’s, where the imposition of a mandatory minimum sentence is uncontroversial.

[142] The second suggestion would limit the offence to “conduct that poses a danger to others” (para. 117). I understand this element to mean something more than the inherent danger posed by all instances of possession contrary to s. 95. The element would therefore require the Crown to prove a *specific* risk of harm. In my view, the addition of this element would again render the offence under-inclusive.

[143] A simple example illustrates this point. A police officer stops a vehicle in a remote, unpopulated area and sees a handgun in plain view on the back seat. The driver is cooperative, but does not have a licence for the firearm. The officer suspects that he may be involved in gang-related activity.

en permettant au poursuivant d’opter pour la procédure sommaire dans le cas des infractions de type réglementaire, dont se préoccupent à juste titre les juges majoritaires. Je suis d’avis de respecter ce choix législatif. J’estime que renvoyer les élus à leur planche à dessin et leur demander de reformuler l’art. 95 irait à l’encontre des objectifs qui consistent à décourager et à dénoncer la possession illégale d’armes mortelles et à les retirer des mains de ceux qui s’en servent pour intimider, tuer et détruire.

[141] En outre, je crains que l’ajout de nouveaux éléments à l’infraction ne fasse indûment en sorte que les peines minimales obligatoires ne s’appliquent pas à certains actes auxquels le législateur a voulu qu’elles s’appliquent. Les juges majoritaires font état de deux éléments qui pourraient être intégrés à la disposition. Premièrement, la précision que seul est visé « le comportement ou l’acte criminel » (par. 117). Selon mon interprétation, le poursuivant devrait alors prouver que l’accusé avait l’arme à feu en sa possession dans un dessein criminel, ce qui est très ardu. Même dans le cas de M. Nur, il n’est pas évident que le poursuivant pourrait s’acquitter de ce fardeau de preuve hors de tout doute raisonnable (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 61, 66 et 68-69). Exiger la preuve d’un dessein criminel pourrait donc soustraire des délinquants comme M. Nur à l’application de la disposition même lorsque l’imposition d’une peine minimale obligatoire n’est pas contestée.

[142] Deuxièmement, ne serait visé que le comportement ou l’acte criminel « qui présente un danger pour autrui » (par. 117). Je vois dans cet élément quelque chose de plus que le danger inhérent à tous les cas de possession contraire à l’art. 95. Dès lors, le poursuivant devrait prouver l’existence d’un risque de préjudice *précis*. J’estime que, là encore, cette exigence supplémentaire réduirait indûment la portée de la disposition.

[143] Considérons un simple exemple. Dans un endroit reculé et peu habité, après avoir enjoint à une personne d’immobiliser son véhicule, un policier aperçoit une arme de poing bien en vue sur le siège arrière. Le conducteur se montre coopératif, mais il n’est pas titulaire d’un permis pour l’arme.



In these circumstances, it is unclear whether the Crown could prove, beyond a reasonable doubt, that the driver's possession of the firearm created a specific risk of harm. Yet, this is precisely the type of situation to which the mandatory minimums in s. 95 are intended to apply. Indeed, the Minister specifically indicated that "increasing numbers of handguns [are being] found in cars", and that "it is very important to have . . . higher minimum penalties" to address such situations: *House of Commons Debates*, vol. 141, at pp. 1943 and 1941.

[144] The record plainly demonstrates that, after lengthy debate and study, Parliament responded to the pressing issue of gun crime by enacting the heightened mandatory minimums in s. 95(2). In my view, that policy choice merits considerable deference. Where matters of public safety are implicated, we should be wary of second-guessing the choices of our elected representatives, absent a compelling justification.

[145] For these reasons, I see no basis for striking down s. 95(2) using the reasonable hypothetical approach.

### III. Part 2: Section 12 Analysis Under a Different Framework

#### A. *Hybrid Offences Call for a Different Analytical Framework Under Section 12 of the Charter*

[146] As I have explained, the reasonable hypothetical approach does not justify striking down the impugned mandatory minimums. The scenarios contemplated by the majority — sending someone to jail for three years for what amounts to a licensing-type offence — are, in my respectful view, speculative and strain the bounds of credulity. They are not grounded in experience or common sense.

Le policier le soupçonne d'appartenir à un gang. Dans de telles circonstances, on ne saurait dire si le poursuivant serait en mesure de prouver hors de tout doute raisonnable que la possession de l'arme à feu par le conducteur créait un risque de préjudice précis. Pourtant, c'est là précisément le genre de situation à laquelle sont censées s'appliquer les peines minimales obligatoires que prévoit l'art. 95. Le ministre a d'ailleurs dit expressément qu'« un nombre croissant d'armes de poing [sont] trouvées dans les voitures » et qu'« [i]l est très important que l'on puisse imposer des peines minimales plus sévères » pour remédier à ce problème (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 141, p. 1943 et 1941).

[144] Il appert clairement du dossier qu'après de longs débats et une étude approfondie, le législateur a décidé de s'attaquer au problème urgent des crimes liés aux armes à feu par le relèvement des peines minimales obligatoires prévues au par. 95(2). À mon avis, cette décision de politique générale justifie une grande déférence. En matière de sécurité publique, il faut se garder de remettre en question les choix des élus, sauf justification valable.

[145] Pour ces motifs, je ne vois aucune raison d'invalider le par. 95(2) par application de la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables.

### III. Partie 2 : L'analyse au regard de l'art. 12 suivant une démarche différente

#### A. *Le contrôle des infractions mixtes au regard de l'art. 12 de la Charte exige un cadre d'analyse différent*

[146] Comme je l'ai expliqué, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables ne justifie pas l'invalidation des peines minimales obligatoires contestées. Soit dit en tout respect, les scénarios envisagés par les juges majoritaires — la condamnation d'une personne à trois ans d'emprisonnement pour un acte qui équivaut à une infraction de type réglementaire — relèvent de la conjecture et sont peu crédibles. Ils ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens.

[147] In any event, I believe that a different analytical framework is required here. Why? Because, to date, our s. 12 jurisprudence from *Smith* to *Morrissey* has only considered the constitutionality of mandatory minimum sentences in the context of straight indictable offences. This is the first time we have examined their constitutionality in a hybrid scheme. As I will explain, that makes a world of difference and justifies a different analytical framework under s. 12.

[148] Section 95 is a hybrid offence that carries no minimum sentence when the Crown proceeds summarily. When the Crown proceeds by indictment, there is a mandatory minimum of three years for a first offence, and five years for a second or subsequent offence. The legislative intent underlying this hybrid scheme is evident. Section 95 captures a wide array of conduct involving varying degrees of moral blameworthiness. The least blameworthy conduct — licensing-type cases — is meant to be prosecuted summarily, thereby avoiding the application of the mandatory minimum.

[149] Parliament's intention to divert the least serious cases into summary proceedings is critical to assessing the constitutionality of s. 95(2). By creating a "safety valve" to shield licensing-type cases from the reach of the mandatory minimum, Parliament has effectively *conceded* the existence of reasonably foreseeable cases in which a mandatory minimum would be grossly disproportionate. Given this concession, the reasonable hypothetical approach is redundant.

[150] Rather, the proper analytical framework should focus on the safety valve — the Crown's discretion to elect summary proceedings in the least serious cases. I will describe that framework in detail below. Briefly, it has two stages. First, the

[147] Quoi qu'il en soit, je crois qu'un cadre d'analyse différent s'impose en l'espèce. La raison en est que, à ce jour, dans ses décisions relatives à l'art. 12 — de l'arrêt *Smith* à l'arrêt *Morrissey* —, la Cour s'est penchée uniquement sur la constitutionnalité des peines minimales obligatoires dans le contexte d'infractions qui ne se prêtaient qu'à la poursuite sur mise en accusation. C'est la première fois qu'elle est appelée à examiner la constitutionnalité de telles peines dans le cadre d'un régime mixte. Comme je l'explique ci-après, cela change complètement la donne et commande un cadre d'analyse différent pour l'application de l'art. 12.

[148] L'article 95 crée une infraction mixte qui n'expose le délinquant à aucune peine minimale lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire. Lorsqu'il y a mise en accusation, la peine minimale obligatoire est de trois ans pour une première infraction et de cinq ans en cas de récidive. L'intention du législateur qui sous-tend ce régime mixte est évidente. L'article 95 vise une vaste gamme de comportements auxquels sont associés divers degrés de culpabilité morale. Les comportements les moins répréhensibles — les infractions de type réglementaire — sont censés faire l'objet d'une procédure sommaire et échapper ainsi à l'application de la peine minimale obligatoire.

[149] L'intention du législateur de faire en sorte que les infractions les moins graves fassent l'objet d'une procédure sommaire est cruciale lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la constitutionnalité du par. 95(2). En créant une « soupape » pour empêcher l'application des peines minimales obligatoires aux infractions de type réglementaire, le législateur a effectivement *reconnu* l'existence de situations raisonnablement prévisibles dans lesquelles la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée. Étant donné cette reconnaissance, la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables est redondante.

[150] L'analyse qui convient devrait plutôt être axée sur cette soupape, soit le pouvoir discrétionnaire qui permet au ministère public d'opter pour la procédure sommaire dans les cas les moins graves. J'en ferai état plus en détail ci-après. En résumé,

court must determine whether the hybrid scheme adequately protects against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for a particular offender*.

[151] This Court adopted a similar framework in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, where the analysis turned on the existence of a safety valve in the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (“*CDSA*”). Section 4(1) of the *CDSA* prohibits possession of certain controlled substances, but s. 56 empowers the Minister of Health to grant exemptions from this prohibition where necessary for a medical or scientific purpose. In *PHS*, the claimants were clients of Vancouver’s safe injection facility who challenged the constitutionality of the drug possession prohibition, arguing that it violated their rights under s. 7 of the *Charter*. The facility had previously been granted an exemption under s. 56, but the Minister had declined to renew it.

[152] The Chief Justice dealt with the constitutional challenge in two stages. First, she examined whether the prohibition in s. 4(1) was unconstitutional. In her view, the availability of a ministerial exemption was crucial to this analysis. She noted that “[t]he constitutional validity of s. 4(1) of the [*CDSA*] cannot be determined without considering” the exemption in s. 56, which is “designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition” (para. 109). Ultimately, she concluded that s. 4(1) was constitutional because “[t]he availability of exemptions acts as a safety valve that prevents the *CDSA* from applying where such application would be [unconstitutional]” (para. 113 (emphasis added)). Second, the Chief Justice inquired into whether the Minister had exercised his discretion in a manner that violated the claimants’ s. 7 rights. She found that he had, and granted a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. In my view,

elle comporte deux étapes. Premièrement, le tribunal doit se demander si le régime mixte en question assure *de façon générale* une protection adéquate contre l’imposition de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le ministère public a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée à *un délinquant en particulier*.

[151] Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, où l’analyse repose sur l’existence d’une soupape dans la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19 (la « *Loi* »), la Cour adopte un cadre d’analyse semblable. Le paragraphe 4(1) de cette loi interdit la possession de certaines substances désignées, mais son art. 56 autorise le ministre de la Santé à accorder des exemptions lorsque des raisons médicales ou scientifiques le justifient. Dans cette affaire, les demandeurs, des clients d’un centre d’injection supervisé situé à Vancouver, contestaient la constitutionnalité de l’interdiction de possession de drogues au motif qu’elle violait les droits que leur garantissait l’art. 7 de la *Charte*. Une exemption fondée sur l’art. 56 avait auparavant été accordée au centre, mais le ministre avait refusé de la renouveler.

[152] La Juge en chef examine la contestation constitutionnelle en deux étapes. Premièrement, elle s’interroge sur la constitutionnalité de l’interdiction prévue au par. 4(1). La possibilité d’obtenir une exemption ministérielle joue, à son avis, un rôle crucial à cet égard : « On ne peut apprécier la validité constitutionnelle [de la *Loi*] sans tenir compte » de l’exemption prévue au par. 56 « conçu[e] pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitable[s] de cette interdiction » (par. 109). Elle conclut finalement à la constitutionnalité du par. 4(1) parce que « [l]a possibilité d’accorder des exemptions sert de soupape empêchant l’application de la *Loi* dans les cas où son application serait [inconstitutionnelle] » (par. 113 (je souligne)). Deuxièmement, la Juge en chef se demande si le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière attentatoire aux droits que garantit l’art. 7 aux demandeurs. Elle répond par l’affirmative et accorde une

this two-stage approach offers a more compelling framework than the use of reasonable hypotheticals to resolve a s. 12 constitutional challenge to a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme.

[153] The majority states that the use of reasonable hypotheticals to evaluate mandatory minimums is settled law and necessarily applies here. It characterizes my proposed framework as “a radical departure from the constitutional framework” that has animated this Court’s s. 12 jurisprudence (para. 94). With respect, I disagree with this assessment. Parliament’s choice to craft s. 95 as a hybrid offence distinguishes the present context from our previous s. 12 jurisprudence. None of those cases involved a hybrid sentencing scheme that effectively conceded the existence of reasonably foreseeable cases where the mandatory minimum would be grossly disproportionate.

[154] By way of example, s. 95 is markedly different from the offence in *Smith*. In that case, the narcotics importing offence was a straight indictable offence carrying a seven-year mandatory minimum. Like s. 95, it covered a wide array of conduct, from large-scale drug smuggling to the hypothetical “young person who, while driving back into Canada from a winter break in the U.S.A., is caught with . . . his or her first ‘joint of grass’” (p. 1053). However, unlike s. 95, that offence did not include the option for prosecutors to proceed summarily. Parliament had not turned its mind to the possibility that the offence might catch less serious cases that would not merit a seven-year custodial sentence. Rather, Parliament targeted the problem of narcotics importation with the blunt instrument of a straight indictable offence carrying a long mandatory term of imprisonment. The scheme did not adequately protect against the imposition of grossly

réparation sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche en deux étapes offre un cadre d’analyse plus convaincant que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lorsqu’il s’agit de statuer sur une contestation constitutionnelle qui se fonde sur l’art. 12 et qui vise une peine minimale obligatoire applicable dans le cadre d’un régime mixte.

[153] Les juges majoritaires affirment que le recours aux situations hypothétiques raisonnables pour se prononcer sur une peine minimale obligatoire est un principe juridique établi qui vaut nécessairement en l’espèce. Ils disent du cadre d’analyse que je propose qu’il « s’éloigne radicalement du cadre d’analyse constitutionnelle » qui sous-tend la jurisprudence de la Cour relative à l’art. 12 (par. 94). Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur opinion. Le choix du législateur de créer une infraction mixte à l’art. 95 fait en sorte que la présente espèce se distingue des affaires antérieures dans lesquelles la Cour a statué sur l’application de l’art. 12. Aucune de ces autres affaires ne porte sur un régime mixte de détermination de la peine qui reconnaît effectivement l’existence de situations raisonnablement prévisibles où la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée.

[154] À titre d’exemple, l’infraction créée à l’art. 95 est très différente de celle dont il est question dans l’arrêt *Smith*, à savoir l’importation de stupéfiants, un acte qui commande la poursuite sur mise en accusation et qui est punissable d’une peine minimale obligatoire de sept ans d’emprisonnement. Tout comme l’infraction prévue à l’art. 95, cette autre infraction visait une vaste gamme de comportements, allant de la contrebande de drogues à grande échelle à la situation hypothétique de « la jeune personne qui, à son retour en voiture au Canada après avoir passé son congé de mi-session d’hiver aux États-Unis, aurait été surprise en possession [. . .] de son premier “joint de mari” » (p. 1053). Cependant, contrairement à l’infraction prévue à l’art. 95, elle n’offrait pas au poursuivant la possibilité d’opter pour la procédure sommaire. Le législateur n’avait pas envisagé la possibilité que l’infraction s’applique à des cas moins graves qui

disproportionate sentences, and the Court rightly struck it down.

[155] However, if *Smith* had involved a hybrid offence like s. 95, I believe that the Court's analysis would have been different. A hybrid offence would have signalled Parliament's intention to shield the least serious cases from the mandatory minimum. In such circumstances, Lamer J.'s hypothetical would have had little persuasive force. Simply put, it is virtually impossible to imagine Crown counsel proceeding by indictment against a young person caught bringing a single joint of marijuana across the border, especially when he or she would face a minimum penalty of seven years' imprisonment.

[156] In sum, I am not persuaded that the reasonable hypothetical approach is binding or even useful in this context. The legislative intent in enacting a hybrid sentencing scheme points to a different analytical framework.

B. *The Proper Analytical Framework Under Section 12 for Hybrid Offences Containing a Mandatory Minimum Sentence*

[157] I would adopt a two-stage framework to evaluate whether a mandatory minimum sentence in a hybrid scheme complies with s. 12. First, the court must determine whether the scheme adequately protects against grossly disproportionate sentences *in general*. Second, the court must determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence *for the particular offender* before the court.

ne justifiaient pas une peine d'emprisonnement de sept ans. Il s'était plutôt attaqué au problème de l'importation de stupéfiants au moyen de l'instrument sans nuance qu'est la création d'un acte criminel qui commande la poursuite par mise en accusation et qui est punissable d'une longue peine d'emprisonnement obligatoire. Le régime en place n'assurait pas une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées, et la Cour l'a à juste titre invalidé.

[155] Toutefois, si, dans l'affaire *Smith*, il avait été question d'une infraction mixte comme celle que crée l'art. 95, l'analyse de la Cour aurait selon moi été différente. La création d'une infraction mixte aurait traduit l'intention du législateur de soustraire les cas les moins graves à l'application de la peine minimale obligatoire. Le cas échéant, l'hypothèse considérée par le juge Lamer aurait été peu convaincante. En d'autres mots, il est pratiquement impossible de concevoir que le ministère public opte pour la mise en accusation dans le cas d'une jeune personne surprise en possession d'un seul joint de marijuana lors d'un contrôle à la frontière, en particulier lorsque cette personne s'exposerait à une peine minimale de sept ans d'emprisonnement.

[156] En bref, je ne suis pas convaincu que la démarche axée sur les situations hypothétiques raisonnables lie la Cour ou soit même utile en l'espèce. L'intention du législateur qui adopte un régime mixte de détermination de la peine milite en faveur du recours à un cadre d'analyse différent.

B. *Le bon cadre d'analyse pour le contrôle au regard de l'art. 12 d'une infraction mixte assortie d'une peine minimale obligatoire*

[157] Il convient à mon avis de recourir à une analyse en deux étapes pour déterminer si, dans un régime mixte, une peine minimale obligatoire respecte ou non l'art. 12. Premièrement, le tribunal se demande si, *de façon générale*, le régime assure une protection adéquate contre l'infliction de peines totalement disproportionnées. Deuxièmement, il doit se demander si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu'une peine totalement disproportionnée soit infligée *au délinquant en cause*.

(1) Determining Whether the Scheme Adequately Protects Against Grossly Disproportionate Sentences in General

[158] This stage of the analysis has two parts. First, the court must determine the sentencing range for indictable convictions under the sentencing regime that existed prior to the enactment of the impugned mandatory minimum.<sup>3</sup> This is done with reference to actual sentences found in reported cases. The court must then isolate the low end of that sentencing range. By “low end”, I do not mean the absolute lowest sentence that can be found in the reported cases. Rather, I refer to the types of sentences that are generally imposed on the least blameworthy offenders in the indictable category. This low end serves as an objective indicator of appropriate sentences for the least serious instances of the offence that would realistically be prosecuted by indictment.

[159] Second, the court must compare the impugned mandatory minimum with the low end of the prior range. If the mandatory minimum is grossly disproportionate to sentences at the low end, then the scheme does not adequately protect against the imposition of grossly disproportionate sentences *in general*. On the contrary, it puts an identifiable set of offenders directly at risk of cruel and unusual punishment in violation of s. 12. The proper remedy here lies under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and the mandatory minimum must be struck down.

<sup>3</sup> This will be the case even when the prior regime included a mandatory minimum. For example, where an offence previously carried a mandatory minimum of two years that was later raised to four years, the sentencing range under the prior sentencing regime will be the range of sentences imposed while the two-year mandatory minimum was in effect. Where an offence is newly enacted such that no prior sentencing range exists, the court would look to sentences imposed for similar offences to construct a plausible sentencing range.

(1) Le régime assure-t-il de façon générale une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées?

[158] Cette étape de l’analyse comporte deux volets. Le tribunal doit d’abord établir la fourchette des peines infligées sur déclaration de culpabilité à l’issue d’une mise en accusation suivant le régime de détermination de la peine qui existait avant l’adoption de la peine minimale obligatoire contestée<sup>3</sup>. Pour le faire, il s’en remet aux peines effectivement imposées dans les cas répertoriés. Il circonscrit alors l’extrémité inférieure de cette fourchette. Je n’entends pas par « extrémité inférieure » la peine la moins sévère que l’on puisse recenser, mais bien les peines généralement infligées pour les actes les moins répréhensibles dans la catégorie des infractions punissables par voie de mise en accusation. Cette extrémité inférieure constitue un indicateur objectif des peines qui conviennent dans les cas les moins graves de perpétration de l’infraction où il serait réaliste que le poursuivant opte pour la mise en accusation.

[159] Ensuite, le tribunal compare la peine minimale obligatoire contestée et l’extrémité inférieure de la fourchette antérieure. Si la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée aux peines situées à l’extrémité inférieure de cette fourchette, le régime n’assure pas *de façon générale* une protection adéquate contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Au contraire, il expose directement un groupe déterminable de délinquants au risque de se voir infliger une peine cruelle et inusitée en violation de l’art. 12. La réparation qui s’impose alors relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la peine minimale obligatoire doit être invalidée.

<sup>3</sup> Ce sera le cas même lorsque le régime antérieur prévoyait une peine minimale obligatoire. Par exemple, lorsqu’une infraction appelait auparavant l’imposition d’une peine minimale obligatoire de deux ans d’emprisonnement, peine qui est passée par la suite à quatre ans, la fourchette des peines imposées suivant le régime antérieur constituera la fourchette des peines appliquées lorsque la peine minimale obligatoire de deux ans était en vigueur. Lorsqu’il s’agit d’une nouvelle infraction et qu’aucune fourchette antérieure n’existe, le tribunal examinera les peines infligées pour des infractions semblables afin d’établir une fourchette plausible.

(2) Determining Whether the Crown Has Exercised Its Discretion in a Manner That Results in a Grossly Disproportionate Sentence for the Particular Offender

[160] If the scheme itself is upheld, the court must move on to the second stage and determine whether the Crown has exercised its discretion in a manner that results in a grossly disproportionate sentence for the particular offender before the court. In those rare cases where the Crown's decision to proceed by indictment leads to a grossly disproportionate sentence, a remedy will lie under s. 24(1) of the *Charter*.

[161] As noted, the focus here is on the constitutionality of state action, and not the law itself. Specifically, the state action at issue is the Crown election. The decision to proceed summarily or by indictment is a matter of core prosecutorial discretion, reviewable only for abuse of process: *R. v. Anderson*, 2014 SCC 41, [2014] 2 S.C.R. 167, at paras. 44 and 48. In my view, a decision to prosecute by indictment that would give rise to a grossly disproportionate sentence represents a *per se* abuse of process in violation of s. 12. Generally, the appropriate and just remedy in the circumstances will be a sentence reduction below the mandatory minimum.

(a) *Applying the Abuse of Process Doctrine Under the Proposed Framework*

[162] The abuse of process jurisprudence under s. 7 of the *Charter* is consistent with my proposed framework. In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, the Court described two categories of abuse of process. The first category involves “prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial” (para. 36). The second, residual category relates to “conduct that ‘contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process’”: *ibid.*, quoting *R. v. O’Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 73.

(2) Le poursuivant a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause?

[160] Si le régime comme tel est maintenu, le tribunal passe à la deuxième étape de l’analyse et se demande si le poursuivant a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière qu’une peine totalement disproportionnée soit infligée au délinquant en cause. Dans les rares cas où la décision d’opter pour la mise en accusation mènera à l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, une réparation pourra être obtenue sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte*.

[161] Comme nous l’avons vu, l’accent est alors mis sur la constitutionnalité non pas de la loi comme telle, mais bien de l’acte de l’État, à savoir le choix du mode de poursuite. La décision d’opter pour la procédure sommaire ou la mise en accusation relève du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites, un pouvoir susceptible de contrôle uniquement en cas d’abus de procédure (*R. c. Anderson*, 2014 CSC 41, [2014] 2 R.C.S. 167, par. 44 et 48). À mon sens, lorsque le choix de la mise en accusation entraînerait l’imposition d’une peine totalement disproportionnée, il y a abus de procédure en soi contrairement à l’art. 12. En général, la réparation convenable et juste dans les circonstances consiste à réduire la durée de la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

a) *Application de la notion d’abus de procédure suivant le cadre d’analyse proposé*

[162] La jurisprudence relative à l’abus de procédure au regard de l’art. 7 de la *Charte* est compatible avec le cadre d’analyse que je propose. Dans l’arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la Cour renvoie à deux catégories d’abus de procédure. La première concerne « les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l’équité du procès » (par. 36). La seconde — résiduelle — vise « les cas où la conduite [. . .] “contre[vient] aux notions fondamentales de justice et [mine] ainsi l’intégrité du processus judiciaire” » (*ibid.*, citant *R. c. O’Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 73).

[163] I rely on this residual category to address Crown conduct that would lead to a grossly disproportionate sentence. State action that puts an offender at risk of cruel and unusual punishment necessarily “contravenes fundamental notions of justice” and “undermines the integrity of the judicial process” (*ibid.*). Although the Court in *Nixon* was discussing s. 7 of the *Charter*, I am satisfied that an abuse of process in the residual category may lie under s. 12 as well.

[164] Abuse of process is typically characterized by intentional misconduct or bad faith. However, in *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, the Court held that

while it is generally true that the residual category [of abuse of process] will be invoked as a result of state *misconduct*, this will not always be so. Circumstances may arise where the integrity of the justice system is implicated in the absence of misconduct. [Emphasis in original; para. 37.]

Charron J. made a similar point in *Nixon*, noting that “proof of prosecutorial misconduct, while relevant, is not a prerequisite” to finding an abuse of process (para. 39).

[165] This is a long-standing principle. Indeed, in *Nixon*, Charron J. cites *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, in which the Court observed that “requiring misconduct or an improper motive would . . . unduly restrict the operation of the doctrine”, and that “[p]rosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account” (p. 659). Nothing in our subsequent jurisprudence has altered this principle.

[166] By way of example, this principle was applied in *R. v. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.). In that case, the Manitoba Court of Appeal considered whether it would constitute an abuse of process for the Crown to subject the accused to a

[163] Les cas où la conduite du poursuivant mènerait à l'imposition d'une peine totalement disproportionnée relèvent, à mon avis, de cette catégorie résiduelle. L'acte de l'État qui expose le délinquant au risque de subir une peine cruelle et inusitée contrevient nécessairement aux « notions fondamentales de justice » et « [mine] [. . .] l'intégrité du processus judiciaire » (*ibid.*). Même si, dans l'arrêt *Nixon*, l'analyse de la Cour se fonde sur l'art. 7 de la *Charte*, je suis convaincu qu'il peut également y avoir abus de procédure de nature résiduelle au regard de l'art. 12.

[164] L'abus de procédure se caractérise habituellement par une conduite répréhensible intentionnelle ou par la mauvaise foi. Cependant, dans *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, la Cour affirme :

bien qu'il soit généralement vrai que l'on invoque la catégorie résiduelle [de l'abus de procédure] à la suite d'une *conduite répréhensible* de l'État, il n'en est pas toujours ainsi. Il peut y avoir des situations où l'intégrité du système de justice est en jeu en l'absence d'une conduite répréhensible. [En italique dans l'original; par. 37.]

La juge Charron exprime un point de vue semblable dans l'arrêt *Nixon* et signale que « la preuve d'une conduite répréhensible du poursuivant, quoique pertinente, n'est pas une condition préalable » pour conclure à l'abus de procédure (par. 39).

[165] Ce principe est établi depuis longtemps. En fait, dans *Nixon*, la juge Charron cite l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, où la Cour fait remarquer qu'« exige[r] qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe » et que « [l]a conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs [à] prendre en considération » (p. 659). Aucune décision ultérieure n'a modifié ce principe.

[166] À titre d'exemple, le principe a été appliqué dans *R. c. Jack* (1996), 113 Man. R. (2d) 260 (C.A.), où la Cour d'appel du Manitoba s'est demandé si la tenue d'un quatrième procès pour la même accusation constituait un abus de procédure



fourth trial on the same charge. Citing *Keyowski*, the court observed that a series of trials, absent any prosecutorial misconduct, could be characterized as a *per se* abuse of process. In the circumstances, the court held that a stay of proceedings would be appropriate, since a fourth trial would be an affront to the community's sense of fair play and decency. Lamer C.J. upheld the finding on abuse of process and entered a stay of proceedings: *R. v. Jack*, [1997] 2 S.C.R. 334. The law is clear. An accused need not demonstrate prosecutorial misconduct in order to establish an abuse of process.

[167] Accordingly, to find an abuse of process under s. 12, I would not require proof of bad faith or malicious intent on the part of the Crown. Rather, an abuse of process will lie, regardless of intent, where the Crown's decision to proceed by indictment "tend[s] to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice": *Nixon*, at para. 41.

[168] While proof of bad faith or malicious intent is not necessary, it would certainly suffice to establish an abuse of process under s. 12. For example, if the Crown election was influenced by discriminatory factors such as the race of the offender, this would be an abuse of process: see *Anderson*, at para. 50.

[169] Similarly, an improper use of the mandatory minimum in plea bargaining — a concern raised by the majority, which I share — would also warrant the court's intervention. Thus, if a prosecutor proceeded by indictment in order to use the threat of a mandatory minimum to extort a guilty plea, this would likely qualify as an abuse of process and justify a s. 24(1) remedy: see *Babos*, at paras. 58-61. It follows that we do not need to strike down the sentencing scheme to guard against these concerns. To the extent that the majority holds otherwise, I respectfully disagree.

de la part du poursuivant. Prenant appui sur l'arrêt *Keyowski*, elle a opiné que, même en l'absence d'une conduite blâmable de la part du poursuivant, une série de procès pouvait constituer en soi un abus de procédure. Elle a donc estimé que l'arrêt des procédures était indiqué, car un quatrième procès aurait heurté le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge en chef Lamer a confirmé la conclusion selon laquelle il y avait eu abus de procédure et il a ordonné l'arrêt des procédures (*R. c. Jack*, [1997] 2 R.C.S. 334). Le droit applicable est clair. L'accusé n'a pas à prouver la conduite blâmable du poursuivant pour établir l'abus de procédure.

[167] En conséquence, point n'est besoin d'une preuve de mauvaise foi ou d'une intention malveillante du poursuivant pour conclure à un abus de procédure au regard de l'art. 12. Peu importe l'intention, il y aura abus de procédure lorsque le choix de la mise en accusation « ten[dra] à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice » (*Nixon*, par. 41).

[168] Bien qu'elle ne soit pas nécessaire, la preuve de mauvaise foi ou d'intention malveillante suffirait certainement pour établir l'abus de procédure au regard de l'art. 12. À titre d'exemple, si le choix du mode de poursuite était influencé par des éléments discriminatoires, telle la race du délinquant, il y aurait abus de procédure (voir *Anderson*, par. 50).

[169] De même, l'instrumentalisation de la peine minimale obligatoire lors de la négociation relative à l'inscription d'un plaidoyer — une crainte exprimée par les juges majoritaires et que je partage — justifierait une cour de justice d'intervenir. Partant, si le poursuivant optait pour la mise en accusation afin que la peine minimale obligatoire alors encourue lui permette d'extorquer un plaidoyer de culpabilité, il y aurait vraisemblablement abus de procédure justifiant une réparation fondée sur le par. 24(1) (voir *Babos*, par. 58-61). Il s'ensuit que point n'est besoin d'invalider le régime de détermination de la peine pour contrer une telle dérive. Soit dit en tout respect, dans la mesure où les juges majoritaires croient le contraire, je me dissocie de leur point de vue.

[170] The offender bears the burden of proof to show an abuse of process at the sentencing phase, after evidence of mitigating or aggravating factors has been put before the court. He or she must demonstrate that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case. Imposing such a sentence would “undermine society’s expectations of fairness in the administration of justice”: *Nixon*, at para. 41. Grossly disproportionate sentences are “so excessive as to outrage standards of decency” and are “abhorrent or intolerable” to society: *R. v. Wiles*, 2005 SCC 84, [2005] 3 S.C.R. 895, at para. 4, citing *Smith*, at p. 1072, and *Morrissey*, at para. 26. They constitute a breach of an accused’s fundamental right to be free from cruel and unusual punishment, and are incompatible with the integrity of our justice system. An exercise of prosecutorial discretion — be it by design or effect — that leads to such an outcome must be regarded as a *per se* abuse of process.

[171] If the offender discharges this burden of proof, he or she is entitled to a remedy under s. 24(1). In most cases, the appropriate and just remedy would be a sentence reduction below the mandatory minimum.

[172] For these reasons, I am unable to agree with the majority’s assertion that the abuse of process doctrine creates “a notoriously high bar” and “offers scant protection from grossly disproportionate sentences” (para. 94). With respect, this contention misconstrues how the doctrine operates under my proposed framework. Far from offering *scant* protection, my proposal offers *total* protection from grossly disproportionate sentences. If an offender can show that a mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge must declare a *per se* abuse of process and grant a s. 24(1) remedy.

[170] Il incombe au délinquant de prouver l’abus de procédure à l’étape de la détermination de la peine, après que le tribunal a été saisi d’une preuve de circonstances atténuantes ou aggravantes. Il doit démontrer que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas. S’il y parvient, la lui imposer « miner[ait] les attentes de la société sur le plan de l’équité en matière d’administration de la justice » (*Nixon*, par. 41). La peine totalement disproportionnée est « excessi[ve] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine » et elle est « odieuse ou intolérable » pour la société (*R. c. Wiles*, 2005 CSC 84, [2005] 3 R.C.S. 895, par. 4, citant *Smith*, p. 1072, et *Morrissey*, par. 26). Elle porte atteinte au droit fondamental de l’accusé à la protection contre les peines cruelles et inusitées et elle est incompatible avec l’intégrité de notre système de justice. Si, par son objet ou son effet, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites mène à un tel résultat, il faut y voir un abus de procédure en soi.

[171] Le délinquant qui s’acquitte de ce fardeau de preuve a droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Dans la plupart des cas, la réparation convenable et juste consiste à réduire la peine de façon qu’elle soit inférieure à la peine minimale obligatoire.

[172] C’est pourquoi je ne peux convenir avec les juges majoritaires qu’« [il] est bien connu que la norme » applicable à l’abus de procédure « est très stricte » et que le principe de l’abus de procédure « protège insuffisamment contre l’infliction de peines totalement disproportionnées » (par. 94). Soit dit en tout respect, ils se méprennent sur l’application du principe dans le cadre d’analyse que je propose. Loin d’offrir une protection *insuffisante*, il assure une protection *totale* contre l’infliction de peines totalement disproportionnées. Lorsque le délinquant peut démontrer que la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui le concerne, le tribunal doit conclure à l’abus de procédure et accorder réparation sur le fondement du par. 24(1).

(b) *The Proposed Framework Is Consistent With This Court's Rejection of Constitutional Exemptions*

[173] In *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, this Court held that where a mandatory minimum sentencing scheme is found to violate s. 12, the proper remedy lies under s. 52 and the law must be struck down. The Court expressly rejected the possibility that the law could be saved by granting case-by-case exemptions for any unconstitutional applications.

[174] I agree that constitutional exemptions are not an appropriate response to unconstitutional laws. My proposed framework is consistent with this principle. The remedy it contemplates is *not* a response to an unconstitutional law. Rather, the remedy is a response to a state actor's *exercise of discretion* under a law which a judge has held to be constitutionally compliant at stage one of the framework. As the Chief Justice explained in *Ferguson*:

Section 24(1) . . . is generally used as a remedy, not for unconstitutional laws, but for unconstitutional government acts committed under the authority of legal regimes which are accepted as fully constitutional . . . The acts of government agents acting under such regimes are not the necessary result or “effect” of the law, but of the government agent's applying a discretion conferred by the law in an unconstitutional manner. Section 52(1) is thus not applicable. The appropriate remedy lies under s. 24(1). [Emphasis added; para. 60.]

This logic applies to the acts of prosecutors making an election under s. 95. In my view, once a court has determined that a sentencing scheme itself is constitutional, it is entirely appropriate to guard against its rare unconstitutional application by providing a case-by-case s. 24(1) remedy.

b) *Le cadre d'analyse proposé est compatible avec le rejet par la Cour de l'exemption constitutionnelle*

[173] Selon l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, lorsque le tribunal conclut qu'un régime de détermination de la peine prévoyant l'imposition de peines minimales obligatoires porte atteinte à l'art. 12, la réparation convenable réside dans l'application de l'art. 52, et la loi doit être invalidée. La Cour écarte expressément la possibilité que la loi puisse être sauvegardée ponctuellement par l'octroi d'une exemption en cas d'application inconstitutionnelle.

[174] Je conviens que l'exemption constitutionnelle ne constitue pas une mesure appropriée pour pallier l'inconstitutionnalité d'une loi. Mon cadre d'analyse le reconnaît. La réparation qu'il prévoit vise *non pas* une loi inconstitutionnelle, mais bien l'*exercice* par un représentant de l'État d'un *pouvoir discrétionnaire* accordé par une loi ayant été jugée constitutionnelle à la première étape de l'analyse. Comme l'explique la Juge en chef dans l'arrêt *Ferguson* :

. . . on a généralement recours au par. 24(1) pour accorder réparation non pas lorsque des dispositions législatives sont inconstitutionnelles, mais lorsque des actes gouvernementaux inconstitutionnels sont commis en vertu de régimes légaux reconnus comme parfaitement constitutionnels [. . .] Les actes des mandataires du gouvernement qui agissent en vertu de ces régimes ne sont pas le résultat ou l'« effet » obligatoire de la loi, mais plutôt du fait que les mandataires du gouvernement ont exercé d'une manière inconstitutionnelle le pouvoir discrétionnaire que leur conférait la loi. Le paragraphe 52(1) ne s'applique donc pas. Le recours approprié est prévu au par. 24(1). [Je souligne; par. 60.]

La même logique vaut pour les actes du poursuivant appelé à choisir un mode de poursuite sur le fondement de l'art. 95. À mon avis, après avoir établi que le régime de détermination de la peine est constitutionnel, le tribunal peut tout à fait légitimement empêcher ses rares applications inconstitutionnelles par l'octroi ponctuel d'une réparation fondée sur le par. 24(1).

C. *The Responsibility for Ensuring Constitutional Compliance Under My Proposed Framework Lies With Judges, Not Prosecutors*

[175] The Chief Justice states that reliance on the Crown election to uphold the impugned mandatory minimums effectively “replac[es] a public hearing on the constitutionality of s. 95 before an independent and impartial court with the discretionary decision of a Crown prosecutor” (para. 86). She emphasizes that it is incumbent on courts to scrutinize the constitutionality of the sentencing schemes they apply.

[176] I agree that the responsibility to ensure constitutional compliance rests with judges, and not with prosecutors. The framework I propose places that responsibility squarely in the hands of judges. In this respect, it is consistent with the admonition in *Smith* that “courts are duty bound” to evaluate whether a law is constitutional, and must not “delegate the avoidance of a [Charter] violation to the prosecution” (p. 1078).

[177] Specifically, the framework includes two checks to ensure compliance with s. 12, neither of which relies on prosecutorial discretion. First, if the sentencing scheme itself is challenged, the judge may strike it down as unconstitutional. Second, if an offender argues that the mandatory minimum would be grossly disproportionate in his or her case, the judge may find a *per se* abuse of process and grant a sentence reduction under s. 24(1).

[178] I repeat and emphasize that the Crown election under s. 95 does not require prosecutors to go outside the law. Rather, it is a discretion built into the legislative scheme that acts as a safety valve to guard against unconstitutional applications of the law. In my view, any meaningful assessment

C. *Selon le cadre d’analyse que je propose, il incombe au tribunal et non au poursuivant de s’assurer du respect des exigences de la Constitution*

[175] Pour la Juge en chef, compter sur le bon choix du mode de poursuite pour conclure à la constitutionnalité des peines minimales obligatoires contestées revient dans les faits « à substituer à la tenue par un tribunal indépendant et impartial d’une audience publique sur la constitutionnalité de l’art. 95 la décision discrétionnaire d’un poursuivant » (par. 86). Elle souligne qu’il incombe aux tribunaux d’examiner attentivement la constitutionnalité des régimes de détermination de la peine qu’ils appliquent.

[176] Je reconnais qu’il incombe au tribunal, et non au poursuivant, de s’assurer du respect des exigences de la Constitution. Suivant le cadre d’analyse que je propose, cette responsabilité demeure entièrement celle du tribunal. Mon approche est compatible sur ce point avec la mise en garde de la Cour dans l’arrêt *Smith*, à savoir que « les tribunaux ont le devoir » de se demander si une loi est constitutionnelle et qu’ils ne peuvent « laisser [ . . . ] au ministère public [ . . . ] le soin d’éviter une violation [de la Charte] » (p. 1078).

[177] Plus précisément, mon cadre d’analyse comporte deux éléments de contrôle de la conformité à l’art. 12, et aucun ne tient à l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Premièrement, lorsque le régime même de détermination de la peine est contesté, le tribunal peut le déclarer inconstitutionnel. Deuxièmement, lorsque le délinquant prétend que la peine minimale obligatoire serait totalement disproportionnée dans son cas, le tribunal peut conclure à un abus de procédure en soi et accorder une réduction de peine en vertu du par. 24(1).

[178] Je le répète — et j’insiste —, le choix du mode de poursuite suivant l’art. 95 ne l’oblige pas à sortir du cadre de la disposition. Celle-ci confère en effet un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice est intégré au régime législatif pour servir de soupape contre les applications inconstitutionnelles. À mon

of the law's constitutionality must take this factor into account: *PHS*, at paras. 109-14. However, in recognizing the relevance of the Crown election, I should not be taken as saying that this safety valve insulates the law from *Charter* scrutiny. Rather, it simply informs *how* that scrutiny should be applied.

[179] Nor does my framework conflate the respective functions of prosecutors and judges. The majority, citing *Anderson*, insists that "sentencing is a judicial function" (para. 89). In its view, the fact that "a mandatory [minimum] regime may require a judge to impose a disproportionate sentence does not alter the prosecutorial function in electing the mode of trial" (*ibid.*). I agree. In prosecuting an accused under a hybrid offence, it is the *Crown's* responsibility to elect a mode of proceedings bearing in mind the gravity of the conduct. Where an election would lead to a grossly disproportionate sentence, it is the *judge's* responsibility to avoid that outcome.

[180] In light of these checks, I cannot accept the majority's suggestion that my framework insulates mandatory minimums from *Charter* scrutiny. With respect, that is just not so. The two checks I have described ensure that judges make the ultimate call as to the constitutionality of the law itself, as well as its application to a particular offender. The majority, relying on *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, states that "one cannot be certain that [prosecutorial] discretion will always be exercised in a way that would avoid an unconstitutional result" (para. 95). I agree. It is precisely for this reason that my proposed framework empowers judges to intervene where the Crown election puts an offender at risk of a grossly disproportionate sentence. In my view, this is a full answer to the majority's concerns.

avis, tout examen valable de la constitutionnalité de la loi doit en tenir compte (*PHS*, par. 109-114). En reconnaissant l'importance du choix du mode de poursuite, je ne laisse toutefois pas entendre que cette soupape soustrait la loi à l'examen fondé sur la *Charte*, mais bien qu'elle influe sur les *modalités* de cet examen.

[179] Mon cadre d'analyse ne confond pas non plus les fonctions respectives du poursuivant et du tribunal. Citant l'arrêt *Anderson*, les juges majoritaires insistent sur le fait que « la détermination de la peine relève du judiciaire » (par. 89). À leur avis, « l'obligation faite au tribunal par un régime de peine minimale obligatoire d'infliger une peine disproportionnée ne modifie pas la fonction du poursuivant lorsqu'il s'agit de choisir le mode de poursuite » (*ibid.*). Je suis d'accord. Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction mixte, il incombe au *ministère public* de choisir le mode de poursuite en tenant compte de la gravité de l'acte reproché. Lorsque le mode de poursuite choisi est susceptible de mener à une peine totalement disproportionnée, il appartient au *tribunal* d'éviter ce résultat.

[180] À la lumière de ces éléments de contrôle, je ne puis souscrire à la thèse des juges majoritaires selon laquelle mon cadre d'analyse soustrait les peines minimales obligatoires à l'examen fondé sur la *Charte*. Soit dit en tout respect, ce n'est tout simplement pas le cas. Les deux éléments de contrôle susmentionnés garantissent que ce sont les tribunaux qui ont le dernier mot sur la constitutionnalité de la loi comme telle et sur son application à un délinquant en particulier. Se fondant sur l'arrêt *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, mes collègues affirment que « nul ne peut être assuré que [l]e pouvoir [discrétaire en matière de poursuites] sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel » (par. 95). J'en conviens. C'est précisément pour cette raison que mon cadre d'analyse permet au tribunal d'intervenir lorsque le choix du mode de poursuite fait encourir au délinquant une peine totalement disproportionnée. À mon avis, l'approche que je préconise répond entièrement aux préoccupations des juges majoritaires.

[181] I wish to add one further point. The Chief Justice notes that the Crown election is exercised at an early stage of the proceedings before all of the facts related to an offence have emerged. It follows that the Crown might make an inappropriate election prior to discovering mitigating circumstances. As a result, she contends that “[t]he existence of the summary conviction option is therefore not an answer to the respondents’ s. 12 claim” (para. 97).

[182] With respect, I disagree for two reasons. First, if Crown counsel becomes aware of facts suggesting that the initial election was not appropriate, he or she can stay the indictment and initiate summary proceedings: see *Criminal Code*, ss. 579 and 786(2).<sup>4</sup> Second, even if Crown counsel does not re-elect in this manner, it is always open to the judge to find a *per se* abuse of process where the mandatory minimum would be grossly disproportionate for a particular offender.

#### D. *Applying the Section 12 Framework*

[183] I now apply this framework to each of the cases before us.

##### (1) Application to Mr. Nur

[184] Code J. found that, prior to the enactment of the three-year mandatory minimum, the sentencing range for a first offence under s. 95 was a term of imprisonment between two years less a day and three years: *Nur* sentencing reasons, at para. 42. Thus, the low end of the range is around two years less a day. The three-year mandatory minimum for a first offence under s. 95(2) is not, in my view, grossly disproportionate to this low end. Therefore,

<sup>4</sup> Within six months of the date of the offence, the Crown may do so unilaterally; if six months have passed, the consent of the accused would be required: see *Criminal Code*, s. 786(2).

[181] Je tiens à clarifier un autre point. La Juge en chef souligne que le ministère public effectue son choix tôt dans le processus, à un moment où tous les faits liés à l’infraction ne sont pas encore connus. La poursuite pourrait donc faire un choix inapproprié pour découvrir ensuite l’existence de circonstances atténuantes. Selon la Juge en chef, « [l]a possibilité que le poursuivant opte pour la procédure sommaire ne permet donc pas de réfuter l’allégation des intimés fondée sur l’art. 12 » (par. 97).

[182] Sauf le respect dû à ma collègue, je diffère d’opinion pour deux raisons. Premièrement, si le ministère public apprend l’existence de faits indiquant que le choix initial n’était pas le bon, il peut ordonner l’arrêt des procédures et engager une procédure sommaire (voir l’art. 579 et le par. 786(2) du *Code criminel*<sup>4</sup>). Deuxièmement, même si le ministère public ne revient pas ainsi sur sa décision, le tribunal peut toujours conclure à l’abus de procédure en soi lorsque la peine minimale obligatoire est totalement disproportionnée en ce qui concerne le délinquant en cause.

#### D. *L’application du cadre d’analyse relatif à l’art. 12*

[183] Appliquons maintenant ce cadre d’analyse à chacune des affaires dont nous sommes saisis.

##### (1) Application à M. Nur

[184] Le juge Code conclut qu’avant l’application de la peine minimale obligatoire de trois ans, la fourchette des peines infligées pour une première infraction à l’art. 95 allait de deux ans moins un jour à trois ans d’emprisonnement (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). La peine correspondant à l’extrémité inférieure de la fourchette était donc d’environ deux ans moins un jour d’emprisonnement. La peine minimale obligatoire

<sup>4</sup> Le ministère public peut le faire de façon unilatérale dans les six mois suivant l’infraction; après ce délai, le consentement de l’accusé est nécessaire (voir le par. 786(2) du *Code criminel*).

at the first stage, the mandatory minimum does not violate s. 12.

[185] Mr. Nur's concession that a three-year sentence is not grossly disproportionate in his case disposes of the second stage.

(2) Application to Mr. Charles

[186] In her oral reasons for sentencing, Backhouse J. did not refer to the sentencing range for a second or subsequent offence prior to the enactment of the five-year mandatory minimum: 2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120. However, as noted by Code J., while the sentencing range for a first offence was between two years less a day and three years, "[m]uch longer sentences were imposed for recidivists": *Nur* sentencing reasons, at para. 42. It is clear, then, that a second or subsequent offence would have attracted a sentence considerably longer than three years — at the very least, in the range of four or five years. The present five-year mandatory minimum is not grossly disproportionate to the previous low end of the range for second or subsequent offences under s. 95.

[187] Like Mr. Nur, Mr. Charles concedes that the mandatory minimum is not grossly disproportionate in his case.

[188] I thus conclude that neither the sentencing scheme itself, nor its application to Mr. Nur or Mr. Charles, offends s. 12 of the *Charter*.

de trois ans que prévoit actuellement le par. 95(2) pour une première infraction n'est pas, à mon sens, totalement disproportionnée à la peine qui correspondait auparavant à l'extrémité inférieure de la fourchette. La peine minimale obligatoire ne viole donc pas l'art. 12 à la première étape du contrôle.

[185] Comme M. Nur reconnaît qu'une peine de trois ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée dans son cas, la deuxième étape du contrôle est aussi franchie.

(2) Application à M. Charles

[186] Dans ses motifs de détermination de la peine prononcés à l'audience, la juge Backhouse ne fait pas état de la fourchette des peines infligées en cas de récidive avant l'application de la peine minimale obligatoire de cinq ans (2010 ONSC 5437, 262 C.C.C. (3d) 120). Cependant, comme le souligne le juge Code, même si la fourchette des peines infligées pour une première infraction allait de deux ans moins un jour à trois ans d'emprisonnement, [TRADUCTION] « [d]es peines beaucoup plus longues étaient imposées aux récidivistes » (motifs de détermination de la peine dans *Nur*, par. 42). Il est donc clair qu'une récidive aurait entraîné une peine d'emprisonnement de bien plus de trois ans — à tout le moins quatre ou cinq ans. La peine minimale obligatoire actuelle de cinq ans d'emprisonnement n'est pas totalement disproportionnée aux peines de l'extrémité inférieure de la fourchette qui étaient auparavant infligées sous le régime de l'art. 95 en cas de récidive.

[187] À l'instar de M. Nur, M. Charles reconnaît que la peine minimale obligatoire n'est pas totalement disproportionnée en ce qui le concerne.

[188] J'estime donc que ni le régime de détermination de la peine comme tel, ni son application à M. Nur ou à M. Charles ne contreviennent à l'art. 12 de la *Charte*.

#### IV. Part 3: Analysis Under Section 7

[189] I now turn to the s. 7 arguments raised in each of the cases before us.

##### A. *Mr. Nur*

[190] Mr. Nur challenges the sentencing scheme in s. 95(2) as arbitrary in violation of s. 7. His challenge relates to the two-year “gap” between the maximum penalty of one year where the Crown proceeds summarily, and the minimum penalty of three years where the Crown proceeds by indictment. Mr. Nur concedes that the purpose of the three-year mandatory minimum is to denounce and deter gun crime: R.F., at para. 76. Nevertheless, he submits that the gap is arbitrary because it “frustrates the flexibility of the hybrid scheme and . . . is not related to any identifiable legislative objective” (para. 77). Specifically, it “undermines . . . flexibility by constraining Crown discretion and driving more offences into the indictable category” (para. 83).

[191] With respect, I am not persuaded by this submission. I do not gainsay the possibility that, in other circumstances, this type of gap might raise s. 7 concerns. However, no such concerns arise here. As Mr. Nur acknowledges, Parliament’s primary objective is to denounce and deter gun crime. The legislative history and the jurisprudence on s. 95 make clear that the vast majority of conduct captured by this offence is inherently dangerous and warrants a significant term of imprisonment. Yet, Parliament has also recognized the possibility of rare, licensing-type cases, and created a safety valve which provides the option of summary proceedings.

[192] Seen in this light, there is nothing arbitrary about the sentencing scheme. On the contrary, the

#### IV. Partie 3 : L’analyse au regard de l’art. 7

[189] Passons maintenant aux prétentions relatives à l’art. 7 formulées dans chacun des pourvois.

##### A. *M. Nur*

[190] M. Nur conteste le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) au motif qu’il est arbitraire et viole ainsi l’art. 7. Il dénonce l’« écart » de deux ans entre la peine maximale d’un an qui peut être imposée lorsque le ministère public opte pour la procédure sommaire, et la peine minimale de trois ans qui s’applique lorsqu’il opte pour la mise en accusation. M. Nur reconnaît que la peine minimale obligatoire de trois ans d’emprisonnement vise à dénoncer les crimes liés aux armes à feu et à décourager leur perpétration (m.i., par. 76). Il soutient néanmoins que cet écart est arbitraire en ce qu’il [TRADUCTION] « nuit à la souplesse du régime mixte et [. . .] n’est lié à aucun objectif législatif déterminable » (par. 77). Plus précisément, il « compromet cette souplesse en limitant le pouvoir discrétionnaire du ministère public et en faisant en sorte que plus d’infractions soient punissables par voie de mise en accusation » (par. 83).

[191] Soit dit en tout respect, cet argument ne me convainc pas. Je ne nie pas qu’un tel écart puisse, dans d’autres circonstances, soulever des préoccupations fondées sur l’art. 7. Ce n’est toutefois pas le cas en l’espèce. Comme le reconnaît M. Nur, l’objectif principal du législateur est de dénoncer les crimes liés aux armes à feu et de décourager leur perpétration. L’historique législatif de l’art. 95 et la jurisprudence relative à cette disposition indiquent clairement que la vaste majorité des actes visés par cette infraction sont dangereux en soi et justifient une peine d’emprisonnement importante. Toutefois, le législateur a également reconnu que, dans de rares cas, la disposition peut s’appliquer à une infraction de type réglementaire, de sorte qu’il a créé une soupape qui permet alors d’opter pour la procédure sommaire.

[192] Considéré sous cet angle, le régime de détermination de la peine n’a rien d’arbitraire. Au



scheme has a clear connection to Parliament’s objectives. It reserves more lenient sentences for the least blameworthy offenders. At the same time, for the vast majority of offenders, it imposes strict mandatory minimum penalties which are consistent with the goals of denunciation and deterrence. Accordingly, the two-year gap in s. 95(2) does not offend s. 7 of the *Charter*.

B. *Mr. Charles*

[193] For his part, Mr. Charles makes two additional s. 7 arguments. He is subject to a five-year mandatory minimum under s. 95(2)(a)(ii) since his s. 95(1) conviction constitutes a “second or subsequent offence”. Section 84(5) provides a list of offences that may trigger the application of this five-year mandatory minimum. A prior conviction for any of the listed offences makes a later s. 95(1) conviction a “second or subsequent offence”. Section 84(6) specifies that, for the purposes of s. 84(5), “the only question to be considered is the sequence of convictions and no consideration shall be given to the sequence of commission of offences”.

[194] Mr. Charles’s first argument pertains to the list of offences in s. 84(5). He argues that the inclusion of “less serious” or “non-firearm offences” in this list renders the provision overbroad in violation of s. 7. In particular, he points to two listed offences which he considers to be examples of “less serious” and “non-firearm offences”: committing an indictable offence using an imitation firearm contrary to s. 85(2), and breaching a prohibition order contrary to s. 117.01(1).

[195] I would not give effect to this submission. On this point, I am substantially in agreement with Cronk J.A.’s reasons at the Court of Appeal: *R. v. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456. As she notes, Mr. Charles’s assertion “minimizes the seriousness of the conduct prohibited by” ss. 85(2) and 117.01(1), and “ignores the purpose of the provisions and their role in Parliament’s firearms control scheme” (para. 94). These offences are serious,

contraire, il a un lien manifeste avec les objectifs du législateur. Il réserve des peines plus clémentes aux délinquants les moins blâmables, tout en imposant à la vaste majorité des délinquants des peines minimales obligatoires strictes qui sont compatibles avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion. En conséquence, l’écart de deux ans que comporte le par. 95(2) ne porte pas atteinte au droit garanti à l’art. 7 de la *Charte*.

B. *M. Charles*

[193] Pour sa part, M. Charles avance deux autres arguments liés à l’art. 7. Il encourt la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement prévue au sous-al. 95(2)a)(ii) du fait que sa déclaration de culpabilité fondée sur le par. 95(1) emporte « récidive ». Le paragraphe 84(5) énumère les infractions susceptibles d’entraîner l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans. La personne déclarée coupable de l’infraction prévue au par. 95(1) est en état de « récidive » lorsqu’elle a précédemment été déclarée coupable de l’une ou l’autre des infractions énumérées au par. 84(5). Le paragraphe 84(6) précise que, pour l’application du par. 84(5), « il est tenu compte de l’ordre des déclarations de culpabilité et non de l’ordre de perpétration des infractions ».

[194] Le premier argument de M. Charles a trait aux infractions énumérées au par. 84(5). Il soutient que certaines d’entre elles sont [TRADUCTION] « moins graves » ou « non liées aux armes à feu », ce qui confère à la disposition une portée excessive, contrairement à l’art. 7. Il en relève deux en particulier : usage d’une fausse arme à feu lors de la perpétration d’un acte criminel, contrairement au par. 85(2), et non-respect d’une ordonnance d’interdiction, contrairement au par. 117.01(1).

[195] Je ne puis lui donner raison. Sur ce point, je souscris pour l’essentiel aux motifs de la juge Cronk de la Cour d’appel (*R. c. Charles*, 2013 ONCA 681, 117 O.R. (3d) 456). Comme elle le fait remarquer, M. Charles [TRADUCTION] « minimise la gravité du comportement qu’interdisent » les par. 85(2) et 117.01(1) et « fait abstraction de l’objet de ces dispositions et de leur rôle dans le régime législatif de contrôle des armes à feu » (par. 94). Ces

even when they do not involve the use of a firearm. Their inclusion in s. 84(5) does not, in my view, result in overbreadth.

[196] Second, Mr. Charles submits that the application of s. 84(6) may be unconstitutionally arbitrary in some situations. Under that provision, it is the order of convictions, and not the order in which offences are committed, that determines whether an offence counts as “second or subsequent”. Thus, an offender who *first* commits a s. 95(1) offence and *later* commits a listed offence under s. 84(5) could still be subject to the five-year mandatory minimum if the conviction for the later offence happens to be entered first. In his view, this leads to an arbitrary result.

[197] This argument is purely hypothetical. The two offences that trigger the five-year mandatory minimum in Mr. Charles’s case were both committed and had convictions registered prior to his commission of the s. 95 offence. Assuming without deciding that s. 84(6) is unconstitutional, Mr. Charles’s situation would remain the same. If s. 84(6) were struck down, this would revive the long-standing common law rule described in *R. v. Skolnick*, [1982] 2 S.C.R. 47:

The general rule is that before a severer penalty can be imposed for a second or subsequent offence, the second or subsequent offence must have been committed after the first or second conviction, as the case may be . . . . [p. 58]

Applying this common law rule, Mr. Charles would still be subject to a five-year mandatory minimum. As such, I would respectfully decline to pronounce on the constitutionality of s. 84(6).

[198] In sum, I would not accede to any of the s. 7 arguments. The sentencing scheme in s. 95(2) passes constitutional muster.

infractions sont graves, même si elles ne comportent pas l’utilisation d’une arme à feu. J’estime que leur inclusion au par. 84(5) ne confère pas une portée excessive à cette disposition.

[196] Deuxièmement, M. Charles soutient que l’application du par. 84(6) peut parfois être arbitraire au point d’être inconstitutionnelle. Suivant cette disposition, c’est l’ordre des déclarations de culpabilité, et non l’ordre de perpétration des infractions, qui détermine si une infraction constitue ou non une « récidive ». Ainsi, le délinquant qui commet *d’abord* l’infraction prévue au par. 95(1), *puis* une infraction énumérée au par. 84(5), peut encourir la peine minimale obligatoire de cinq ans même si la déclaration de culpabilité relative à la seconde infraction intervient en premier. Le résultat est selon lui arbitraire.

[197] L’argument est purement hypothétique. Dans le cas de M. Charles, les deux infractions qui emportent l’application de la peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement ont été commises — et ont donné lieu à des déclarations de culpabilité — avant la perpétration de l’infraction prévue à l’art. 95. À supposer, sans en décider, que le par. 84(6) est inconstitutionnel, la situation de M. Charles reste la même. L’invalidation du par. 84(6) redonnerait vie à la règle de common law établie de longue date et définie dans l’arrêt *R. c. Skolnick*, [1982] 2 R.C.S. 47 :

La règle générale veut que pour qu’on puisse imposer une sentence plus sévère pour une deuxième infraction ou une infraction subséquente, la deuxième infraction ou l’infraction subséquente doit avoir été commise après la première ou la deuxième condamnation, selon le cas . . . . [p. 58]

Si l’on appliquait cette règle de common law, M. Charles demeurerait passible d’une peine minimale obligatoire de cinq ans d’emprisonnement. Je ne me prononce donc pas sur la constitutionnalité du par. 84(6).

[198] En somme, je ne puis faire droit à aucun des arguments relatifs à l’art. 7. Le régime de détermination de la peine établi au par. 95(2) est bel et bien constitutionnel.

## V. Conclusion

[199] Section 95 represents Parliament's considered response to the pressing problem of gun violence in our communities. Parliament chose to craft a wide-reaching offence to denounce and deter serious criminal activity with lengthy mandatory minimums. At the same time, it provided a safety valve to divert the least serious cases into summary proceedings carrying no minimum sentence. With respect, I see no reason to second-guess Parliament based on hypotheticals that do not accord with experience or common sense. Nor, on my proposed framework, is there any sound basis for disturbing the extensive deliberations of our elected representatives on this important issue. I would allow the appeals, and uphold the constitutional validity of s. 95(2).

*Appeals dismissed, ROTHSTEIN, MOLDAVER and WAGNER JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant Her Majesty The Queen: Attorney General of Ontario, Toronto.*

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

*Solicitors for the respondent Hussein Jama Nur: Derstine Penman, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Sidney Charles: Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*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, Calgary.*

## V. Conclusion

[199] L'article 95 représente la solution que le législateur a apportée après mûre réflexion au problème urgent que constituent dans nos collectivités les crimes violents perpétrés avec des armes à feu. Afin de dénoncer des actes criminels graves et de décourager leur perpétration, le législateur a créé une infraction de large portée assortie de longues peines minimales obligatoires. Parallèlement, il a prévu une soupape qui permet d'aiguiller les cas les moins graves vers la procédure sommaire, laquelle n'expose à aucune peine minimale. Soit dit en tout respect, je ne vois aucune raison de remettre en question cette mesure législative sur le fondement d'hypothèses qui ne s'appuient ni sur l'expérience ni sur le bon sens. Rien ne justifie non plus, suivant le cadre d'analyse que je propose, de revenir sur les longues délibérations de nos élus sur cet enjeu important. Je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de confirmer la constitutionnalité du par. 95(2).

*Pourvois rejetés, les juges ROTHSTEIN, MOLDAVER et WAGNER sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante Sa Majesté la Reine : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'appelant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Hussein Jama Nur : Derstine Penman, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé Sidney Charles : Edward H. Royle & Associates, Toronto; Dawe & Dineen, Toronto.*

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

*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, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Pivot Legal Society: McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the John Howard Society of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Kapoor Barristers, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Peck and Company, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener Canada's National Firearms Association: Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association for Community Living: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the African Canadian Legal Clinic: Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Pivot Legal Society : McCarthy Tétrault, Vancouver; Pivot Legal Society, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Société John Howard du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Advocates' Society : Kapoor Barristers, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Peck and Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour les armes à feu : Edelson Clifford D'Angelo Friedman, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Clinique juridique africaine canadienne : Faisal Mirza Professional Corporation, Toronto; Clinique juridique africaine canadienne, Toronto.*

# INDEX

## ADMINISTRATIVE LAW

1. Appeals — Standard of review — Competition Tribunal — Standard of review applicable to tribunal's determinations of questions of law arising under Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34 — Whether statutory language in appeal provision rebuts presumption that standard of reasonableness applies to tribunal's interpretation of own statute — Competition Tribunal Act, R.S.C. 1985, c. 19 (2nd Supp.), s. 13(1).

TERVITA CORP. V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION), 161.

2. Judicial review — Standard of Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister's decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

LOYOLA HIGH SCHOOL V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 613.

## COMPETITION

Mergers — Review — Commissioner of Competition opposing merger on ground that merger likely to prevent competition substantially — Merged parties raising statutory efficiencies defence — Competition Tribunal rejecting defence and making divestiture order — Proper legal test for determining when merger gives rise to substantial prevention of competition under Competition Act — Proper approach to statutory efficiencies defence — Content of Commissioner's burden for purposes of efficiencies defence — Whether merger likely to prevent competition substantially — Whether gains in efficiency resulting from merger greater than and

## COMPETITION — (Concluded)

offset anti-competitive effects of merger — Competition Act, R.S.C. 1985, c. C-34, ss. 92, 96.

TERVITA CORP. V. CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION), 161.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Scope of constitutional protection — Private associations of RCMP members challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from public service labour relations regime and imposing non-unionized regime — Legislatively imposed regime not independent from management and not providing for employee choice of association or input into selection of collective goals — Whether impugned legislation substantially interferes with right to meaningful process of collective bargaining and thereby infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 96 — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2(1) “employee” (d).

MOUNTED POLICE ASSOCIATION OF ONTARIO V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 3.

2. Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Wage rollback — Statutory limit on wage increases in public sector — Treasury Board unilaterally reducing previously agreed-upon wage increases for RCMP members — Federal wage restraint legislation subsequently enacted in response to global financial crisis, giving statutory effect to Treasury Board decision with respect to RCMP members — Whether legislation infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Expenditure Restraint

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

Act, S.C. 2009, c. 2, s. 393 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d).

MEREDITH V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 125.

3. Charter of Rights — Freedom of association — Provincial legislation changing certification process and provisions dealing with communications by employers with employees — Whether legislation violates s. 2(d) of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.

SASKATCHEWAN FEDERATION OF LABOUR V. SASKATCHEWAN, 245.

4. Charter of Rights — Freedom of association — Right to strike — Public Service Employees — *Stare decisis* — Whether right to strike is protected by s. 2(d) of Charter — Whether prohibition on essential services employees participating in strike action amounts to substantial interference with meaningful process of collective bargaining and therefore violates s. 2(d) of Charter — If so, whether such violation is justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.

SASKATCHEWAN FEDERATION OF LABOUR V. SASKATCHEWAN, 245.

5. Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Constitutional challenge of Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying seeking declaration of invalidity of provisions and free-standing constitutional exemption for claimants — Whether constitutional exemption under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms should be granted.

CARTER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 331.

6. Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Competent adult with grievous and irremediable medical condition causing enduring suffering consenting to termination of life with physician assistance — Whether Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(b).

CARTER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 331.

7. Division of powers — Interjurisdictional immunity — Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying — Whether prohibition interferes with protected core

**CONSTITUTIONAL LAW — (Continued)**

of provincial jurisdiction over health — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).

CARTER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 331.

8. Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Search and seizure — Solicitor-client privilege — Lawyer's duty of commitment to client's cause — Whether Canada's anti-money laundering and anti-terrorist financing legislation, as it applies to legal profession, infringes right to be free of unreasonable searches and seizures — Whether legislation infringes right not to be deprived of liberty otherwise than in accordance with principles of fundamental justice — If so, whether infringements justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17, ss. 5(i), (j), 62, 63, 63.1, 64 — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Regulations, SOR/2002-184, ss. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. FEDERATION OF LAW SOCIETIES OF CANADA, 401.

9. Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

LOYOLA HIGH SCHOOL V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 613.

10. Charter of Rights — Right to be tried within a reasonable time — Accused charged in 2009 and convicted in 2012 — Five-month delay caused by direct indictment — Overall delay found reasonable — Majority of Court of Appeal did not err in concluding that trial judge failed to attribute sufficient delay to accused — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. SANGHERA, 691.

11. Division of powers — Criminal law — Constitutional classification of repealing enactment — Firearms — Federal legislation abolishing long-gun registry also containing provision requiring destruction of long-gun registration data — Quebec challenging constitutionality of destruction provision and seeking transfer of data connected with province from federal government — Whether principle of cooperative federalism prevents Parliament from legislating

**CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)**

to destroy data — Whether destruction provision ultra vires criminal law power of Parliament — Whether Quebec has right to receive long-gun registration data from federal government — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Ending the Long-gun Registry Act, S.C. 2012, c. 6, s. 29.

QUEBEC (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 693.

12. Charter of Rights — Cruel and unusual treatment or punishment — Sentencing — Mandatory minimum sentence — Firearms — Accused convicted of possessing loaded prohibited firearms — Accused sentenced to terms longer than mandatory minimum terms of imprisonment provided for in s. 95(2) of Criminal Code — Whether mandatory minimum imprisonment terms result in cruel and unusual punishment on accused — If not, whether s. 95(2)'s reasonably foreseeable applications would impose cruel and unusual punishment on other offenders — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 12 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 95.

R. v. NUR, 773.

**COURTS**

Costs — Special costs — Principles governing exercise of courts' discretionary power to grant special costs on full indemnity basis — Trial judge awarding special costs to successful plaintiffs on basis that award justified by public interest, and ordering Attorney General intervening as of right to pay amount proportional to participation in proceedings — Whether special costs should be awarded to cover entire expense of bringing case before courts — Whether award against Attorney General justified.

CARTER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 331.

**CRIMINAL LAW**

1. Motor vehicles — Failure to provide breath sample — Burden of proof applicable to demonstration of "reasonable excuse" for refusal to provide breath sample — Accused bears persuasive burden of proving excuse — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 794(2).

R. v. GOLESKI, 399.

**CRIMINAL LAW — (Concluded)**

2. Sexual assault — Evidence — Assessment — Credibility and reliability — Court of Appeal correct in finding that trial judge gave proper consideration to issue of reliability and issue of credibility, when assessing complainant's evidence.

R. v. PERRONE, 473.

3. Defences — Evidence — Admissibility — Unknown third party suspect — Accused denied involvement in abduction-murder case — Accused sought to adduce evidence at trial that unknown third party suspect involved in similar alleged abduction which accused could not have committed — Trial judge found on balance of probabilities that alleged abduction had not happened and refused to admit evidence — Appropriate framework for determining admissibility of defence-led evidence concerning unknown third party suspect — To what extent framework requires trial judge to assess and weigh evidence of unknown third party suspect.

R. v. GRANT, 475.

4. Charge to jury — Evidence — Admissibility — Limiting instructions — Characterization of witness's testimony — Accused convicted of manslaughter — Accused's appearance changing between time of offence and time of trial — Whether photographs of accused taken days after offence admissible — Whether trial judge's instructions to jury on use it could make of photographs of accused insufficient — Whether trial judge erred in jury instructions by referring to witness's account of conversation with accused as confession.

R. v. ARAYA, 581.

**EMPLOYMENT LAW**

1. Constructive dismissal — Administrative suspension — Commission suspending Executive Director indefinitely with pay — Commission alleging that suspension was authorized by express or implied term of contract — Whether administrative suspension constitutes unilateral act that amounts to breach of employment contract — If so, whether decision to suspend could reasonably be perceived as having substantially changed essential terms of contract.

POTTER v. NEW BRUNSWICK LEGAL AID SERVICES COMMISSION, 500.

2. Wrongful dismissal — Damages — Employee drawing pension benefits upon dismissal — Whether pension benefits should be deducted from damages for wrongful dismissal

**EMPLOYMENT LAW — (Concluded)**

— If not, whether s. 16 of Public Service Superannuation Act displaces private insurance exception and precludes employee from collecting both pension benefits and equivalent of salary — Public Service Superannuation Act, R.S.N.B. 1973, c. P-26 [rep. 2013, c. 44, s. 2], s. 16.

POTTER V. NEW BRUNSWICK LEGAL AID SERVICES COMMISSION, 500.

---

**HUMAN RIGHTS**

Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister's decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

LOYOLA HIGH SCHOOL V. QUEBEC (ATTORNEY GENERAL), 613.

---



# INDEX

## CONCURRENCE

Fusionnements — Examen — Opposition de la commissaire de la concurrence à un fusionnement au motif qu'il aura vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence — Défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi invoquée par les parties fusionnées — Rejet de la défense par le Tribunal de la concurrence et prononcé d'une ordonnance de dessaisissement — Quel est le bon critère juridique pour déterminer si le fusionnement empêche sensiblement la concurrence aux termes de la Loi sur la concurrence? — Comment faut-il envisager la défense fondée sur les gains en efficacité prévue par la loi? — En quoi consiste le fardeau qui incombe à la commissaire relativement à la défense fondée sur les gains en efficacité? — Le fusionnement aura-t-il vraisemblablement pour effet d'empêcher sensiblement la concurrence? — Les gains en efficacité résultant du fusionnement surpassent-ils et neutralisent-ils les effets anticoncurrentiels du fusionnement? — Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34, art. 92, 96.

TERVITA CORP. C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE), 161.

## DROIT ADMINISTRATIF

1. Appels — Norme de contrôle — Tribunal de la concurrence — Norme de contrôle applicable aux décisions du tribunal sur des questions de droit qui concernent la Loi sur la concurrence, L.R.C. 1985, c. C-34 — Le libellé de la disposition d'appel réfute-t-il la présomption selon laquelle la norme de la décision raisonnable s'applique à l'interprétation par le tribunal de sa loi constitutive? — Loi sur le Tribunal de la concurrence, L.R.C. 1985, c. 19 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 13(1).

TERVITA CORP. C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE), 161.

2. Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — Approche correcte du

## DROIT ADMINISTRATIF — (Fin)

contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 613.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Portée de la protection constitutionnelle — Contestation par des associations privées de membres de la GRC de la constitutionnalité de la législation qui exclut les membres de la GRC du régime de relations du travail de la fonction publique et impose un régime non syndical — Le régime imposé par la législation n'est pas indépendant de la direction et ne permet pas aux employés de choisir leur association ni de participer au choix des objectifs collectifs — La législation contestée entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et, du coup, viole-t-elle la garantie constitutionnelle relative à la liberté d'association? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361, art. 96 — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22, art. 2(1) « fonctionnaire » d).

ASSOCIATION DE LA POLICE MONTÉE DE L'ONTARIO C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 3.

2. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Réduction salariale — Loi restreignant les augmentations salariales dans le secteur public — Réduction unilatérale par le Conseil du Trésor des augmentations salariales déjà convenues pour les membres de la GRC — Loi fédérale sur le contrôle des salaires édictée subséquemment, en réaction à une crise financière mondiale,

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

donnant un effet législatif à la décision du Conseil du Trésor relative aux membres de la GRC — La loi viole-t-elle la liberté d'association garantie par la Constitution? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable? — Loi sur le contrôle des dépenses, L.C. 2009, c. 2, art. 393 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d).

MEREDITH C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 125.

3. Charte des droits — Liberté d'association — Droit de grève — Salariés de l'État — *Stare decisis* — L'article 2d) de la Charte protège-t-il le droit de grève? — L'interdiction faite aux salariés qui assurent des services essentiels de prendre part à une grève entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et contrevient-elle ainsi à l'art. 2d) de la Charte? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée par application de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Public Service Essential Services Act, S.S. 2008, c. P-42.2.

SASKATCHEWAN FEDERATION OF LABOUR C. SASKATCHEWAN, 245.

4. Charte des droits — Liberté d'association — Loi provinciale modifiant le processus d'accréditation, et dispositions portant sur les communications de l'employeur avec ses salariés — Les mesures législatives contreviennent-elles à l'art. 2d) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2d) — Trade Union Amendment Act, 2008, S.S. 2008, c. 26.

SASKATCHEWAN FEDERATION OF LABOUR C. SASKATCHEWAN, 245.

5. Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Adulte capable affecté de problèmes de santé graves et irrémédiables qui lui causent des souffrances persistantes consentant à mettre fin à ses jours avec l'aide d'un médecin — Les dispositions du Code criminel qui prohibent l'aide d'un médecin pour mourir violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241b).

CARTER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 331.

6. Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Faisabilité — Contestation constitutionnelle par les demandeurs des dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir en vue d'obtenir une déclaration d'invalidité des dispositions et une exemption

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Suite)**

constitutionnelle autonome — Opportunité d'accorder une exemption constitutionnelle aux termes de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

CARTER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 331.

7. Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir — La prohibition entrave-t-elle le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).

CARTER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 331.

8. Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Fouilles, perquisitions et saisies — Secret professionnel de l'avocat — Devoir de l'avocat de se dévouer à la cause du client — Les dispositions de la législation canadienne visant à lutter contre le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes qui s'appliquent aux avocats portent-elles atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives? — La législation porte-t-elle atteinte au droit de ne pas être privé de sa liberté, sauf en conformité avec les principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, les atteintes sont-elles justifiables? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, c. 17, art. 5i), j), 62, 63, 63.1, 64 — Règlement sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, DORS/2002-184, art. 11.1, 33.3, 33.4, 33.5, 59.4.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. FÉDÉRATION DES ORDRES PROFESSIONNELS DE JURISTES DU CANADA, 401.

9. Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 613.

10. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Accusations déposées en 2009 et déclarations de culpabilités prononcées en 2012 — Délai de cinq mois

**DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)**

résultant du dépôt d'un acte d'accusation direct — Délai global jugé raisonnable — Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas commis d'erreur en concluant que la juge du procès avait omis d'imputer une part suffisante du délai à l'accusé — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. SANGHERA, 691.

11. Partage des compétences — Droit criminel — Classification sur le plan constitutionnel d'une loi d'abrogation — Armes à feu — Loi fédérale qui abolit le registre des armes d'épaule contient également une disposition prévoyant la destruction des données sur l'enregistrement de ces armes — Contestation par le Québec de la constitutionnalité de la disposition relative à la destruction et demande du Québec que le gouvernement fédéral lui transmette les données relatives à la province — Le principe du fédéralisme coopératif empêche-t-il le Parlement de légiférer pour détruire les données? — La disposition relative à la destruction outre-passe-t-elle la compétence du Parlement en matière de droit criminel? — Le Québec a-t-il le droit de recevoir du gouvernement fédéral les données sur l'enregistrement des armes d'épaule? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur l'abolition du registre des armes d'épaule, L.C. 2012, c. 6, art. 29.

QUÉBEC (PROCURÉUR GÉNÉRAL) C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL), 693.

12. Charte des droits — Traitements ou peines cruels et inusités — Détermination de la peine — Peine minimale obligatoire — Armes à feu — Accusés déclarés coupables de possession d'armes à feu prohibées chargées — Accusés condamnés à des peines supérieures aux peines minimales obligatoires d'emprisonnement prévues à l'art. 95(2) du Code criminel — Les peines minimales obligatoires d'emprisonnement emportent-elles l'infliction de peines cruelles et inusitées aux accusés? — Dans la négative, les applications raisonnablement prévisibles de l'art. 95(2) infligeront-elles des peines cruelles et inusitées à d'autres délinquants? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 12 — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 95.

R. C. NUR, 773.

**DROIT CRIMINEL**

1. Véhicules automobiles — Omission de fournir un échantillon d'haleine — Fardeau de preuve applicable à la démonstration de l'existence d'une « excuse raisonnable » pour refuser de fournir un échantillon d'haleine — Imposition à l'accusé du fardeau de persuasion relativement à la preuve de l'existence d'une excuse — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 794(2).

R. C. GOLESKI, 399.

2. Agression sexuelle — Preuve — Appréciation — Crédibilité et fiabilité — La Cour d'appel a eu raison de conclure que la juge du procès avait adéquatement considéré la question de la crédibilité et celle de la fiabilité en appréciant le témoignage de la plaignante.

R. C. PERRONE, 473.

3. Moyens de défense — Preuve — Admissibilité — Tiers suspect inconnu — Participation à l'enlèvement et au meurtre niée par l'accusé — Demande de l'accusé en vue de produire au procès la preuve qu'un tiers suspect inconnu aurait participé à un présumé enlèvement similaire que l'accusé n'aurait pas pu commettre — Conclusion du juge du procès, selon la prépondérance des probabilités, que le présumé enlèvement n'avait pas été commis, et refus par le juge d'admettre la preuve — Cadre permettant de déterminer l'admissibilité d'une preuve introduite par la défense concernant un tiers suspect inconnu — Mesure dans laquelle ce cadre oblige le juge du procès à examiner et apprécier la preuve de l'existence d'un tiers suspect inconnu.

R. C. GRANT, 475.

4. Exposé au jury — Preuve — Admissibilité — Directives restrictives — Qualification du témoignage d'un témoin — Accusé déclaré coupable d'homicide involontaire coupable — Modification de l'apparence de l'accusé entre la perpétration de l'infraction et la tenue du procès — Les photos de l'accusé prises quelques jours après l'infraction étaient-elles admissibles? — Les directives du juge du procès sur l'usage que le jury pouvait en faire étaient-elles insuffisantes? — Dans son exposé, le juge a-t-il eu tort de décrire les propos de l'accusé relatés par un témoin comme un aveu?

R. C. ARAYA, 581.

**DROIT DE L'EMPLOI**

1. Congédiement déguisé — Suspension administrative — Suspension de son directeur général par la Commission pendant une période indéfinie, avec salaire — Allégation de la Commission selon laquelle le contrat autorisait expressément ou tacitement la suspension — La suspension administrative constitue-t-elle un acte unilatéral équivalant à une violation du contrat de travail? — Dans l'affirmative, la décision d'y recourir pouvait-elle raisonnablement être considérée comme une modification substantielle des conditions essentielles du contrat?

POTTER C. COMMISSION DES SERVICES D'AIDE JURIDIQUE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 500.

2. Congédiement injustifié — Dommages-intérêts — Prestations de retraite touchées par le salarié au moment de son congédiement — Ces prestations doivent-elles être déduites des dommages-intérêts accordés pour congédiement injustifié? — Dans la négative, l'art. 16 de la Loi sur la pension de retraite dans les services publics écarte-t-il l'exception relative à l'assurance privée et empêche-t-il le salarié de toucher simultanément des prestations de retraite et l'équivalent de son salaire? — Loi sur la pension de retraite dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, c. P-26 [abr. 2013, c. 44, art. 2], art. 16.

POTTER C. COMMISSION DES SERVICES D'AIDE JURIDIQUE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, 500.

**DROITS DE LA PERSONNE**

Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?

ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA C. QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL), 613.

**TRIBUNAUX**

Dépens — Dépens spéciaux — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale — Juge de première instance accordant des dépens spéciaux aux demandeurs qui ont gain de cause parce que l'intérêt public le justifie et condamnant la procureure générale, qui est intervenue de plein droit, à payer une somme proportionnelle à sa participation à l'instance — Faut-il accorder des dépens spéciaux couvrant la totalité des dépenses engagées pour porter l'affaire devant les tribunaux? — La condamnation aux dépens prononcée contre la procureure générale est-elle justifiée?

CARTER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 331.

ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rcs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rcs@scc-csc.ca