



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2018 Vol. 1

1^{er} cahier, 2018 Vol. 1

Cited as [2018] 1 S.C.R. 3-306

Renvoi [2018] 1 R.C.S. 3-306

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

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CHANTAL DEMERS

Senior Counsel / Avocate-conseil
BARBARA KINCAID

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
GENEVIÈVE DOMEY

ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY
ANNA TURINOV

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER

JULIE BOULANGER
ALEXANDRE CLÉMENT

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
AUDREY-ANNE BERGERON

MINA CONNELLY

LAUREN KOSHURBA
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.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2018

1^{er} volume, 2018

CONTENTS

R. v. Seipp 3

Criminal law — Failure to stop at scene of accident — Elements of offence — Mens rea — Intent to escape civil or criminal liability — Accused involved in accident while driving stolen car and fleeing scene of accident — Defence counsel acknowledging at trial that elements of offence of failure to stop at scene of accident proven by Crown and accused convicted of that offence — Court of Appeal rejecting accused's claim of ineffective assistance of counsel and holding that "civil or criminal liability" should be broadly interpreted to include any liability, civil or criminal, which might properly arise from operation of motor vehicle at time accident takes place — Court of Appeal finding that driving stolen car when involved in accident and fleeing to avoid detection as driver is sufficiently related to event to be captured by intent of legislation, and that fleeing to avoid arrest as driver of stolen vehicle is not "evidence to the contrary" — Conviction upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 252(1), (2).

Delta Air Lines Inc. v. Lukács 6

Administrative law — Boards and tribunals — Canadian Transportation Agency — Inquiry into complaint — Standing — Public interest standing — Complainant alleging air carrier's practices regarding transportation of obese persons are discriminatory — Agency dismissed complaint on basis that complainant lacked standing — Whether Agency reasonably exercised its discretion to dismiss complaint — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 37.

Quebec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) v. Caron 35

Workers' compensation — Human rights — Disability rights — Return to work — Duty to accommodate — Worker, victim of employment injury, requesting that employer's duty to reasonably accommodate pursuant to Quebec Charter of human rights and freedoms be taken into account in determining availability of suitable employment — Employer's duty to reasonably accommodate worker with disability not expressly imposed by applicable legislative scheme — Whether employer's duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter applies to workers whose disability is caused by

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Seipp 3

Droit criminel — Défait d'arrêter lors d'un accident — Éléments de l'infraction — Mens rea — Intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle — Accusé impliqué dans un accident au volant d'une automobile volée fuyant les lieux de l'accident — Admission par l'avocat de la défense au procès que les éléments de l'infraction d'avoir omis d'arrêter lors d'un accident ont été établis par la Couronne et accusé déclaré coupable de cette infraction — Rejet par la Cour d'appel de l'argument de l'accusé fondé sur l'assistance ineffective reçue de son avocat, et conclusion de la cour portant que l'expression « toute responsabilité civile ou criminelle » doit être interprétée largement et s'entend de toute responsabilité, civile ou criminelle, logiquement susceptible de découler de la conduite d'un véhicule à moteur lorsqu'un accident se produit — Conclusion de la Cour d'appel portant que le fait d'avoir conduit une automobile volée impliquée dans un accident et d'avoir pris la fuite pour éviter d'être identifié comme en étant le conducteur est suffisamment lié à l'événement en cause pour relever du champ d'application de la disposition législative, et que le fait d'avoir fui afin d'éviter d'être arrêté en tant que conducteur d'un véhicule volé ne constitue pas une « preuve contraire » — Déclaration de culpabilité confirmée — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 252(1), (2).

Delta Air Lines Inc. c. Lukács 6

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Office des transports du Canada — Enquêtes sur les plaintes — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Allégations d'un plaignant quant au caractère discriminatoire des pratiques d'un transporteur aérien relativement au transport des personnes obèses — Rejet de la plainte par l'Office pour défaut de qualité pour agir du plaignant — L'Office a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement en rejetant la plainte? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10, art. 37.

Québec (Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail) c. Caron 35

Accidents du travail — Droits de la personne — Droits des personnes handicapées — Retour au travail — Obligation d'accommodement — Travailleur victime d'une lésion professionnelle demandant que l'on tienne compte de l'obligation d'accommodement raisonnable imposée à l'employeur par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec pour décider si un emploi convenable est disponible — Régime législatif applicable n'imposant pas en termes exprès à l'employeur l'obligation d'accommoder raisonnablement le travailleur atteint d'une invalidité — L'obligation de l'employeur de prendre des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

employment injury — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 236, 239 — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 16.

Legislation — Interpretation — Human rights — “Charter values” interpretive principle — Legislative scheme entitling workers whose disability is caused by employment injury to return to work with employer — Employer’s duty to reasonably accommodate worker with disability not expressly imposed by applicable legislative scheme — Whether legislative scheme should be interpreted to include duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 236, 239 — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 16.

Administrative law — Boards and tribunals — Commission des lésions professionnelles — Judicial review — Standard of review applicable to Commission’s decision refusing to apply employer’s duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 236, 239 — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 16.

Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) 83

Aboriginal law — Land claims — Crown — Fiduciary duty — Indian reserves — Band seeking to establish statutory specific claim and obtain compensation for losses of lands within its traditional territory pre-empted by settlers before Confederation — Whether before Confederation Imperial Crown owed to band, and breached, legal obligation under colonial legislation to protect lands from pre-emption and set them aside as reserve — Whether after Confederation federal Crown owed, and breached, fiduciary obligation to set aside pre-emptions and allocate lands as reserve — Framework for determining whether Crown owed and breached fiduciary obligation — British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13 — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14(1)(b), (c).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

mesures d’accommodement raisonnables conformément à la Charte québécoise s’applique-t-elle aux travailleurs dont l’invaliderité résulte d’une lésion professionnelle? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

Législation — Interprétation — Droits de la personne — Principe d’interprétation fondé sur les « valeurs de la Charte » — Régime législatif accordant au travailleur dont l’invaliderité résulte d’une lésion professionnelle le droit de retourner travailler pour l’employeur — Régime législatif applicable n’imposant pas en termes exprès à l’employeur l’obligation d’accommoder raisonnablement le travailleur atteint d’une invaliderité — Faut-il interpréter le régime législatif comme prévoyant l’obligation de prendre des mesures d’accommodement raisonnables conformément à la Charte québécoise? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, CQLR, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Commission des lésions professionnelles — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de refuser d’appliquer l’obligation de l’employeur de prendre des mesures d’accommodement raisonnables conformément à la Charte québécoise — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, CQLR, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord) 83

Droit des Autochtones — Revendications territoriales — Couronne — Obligation fiduciaire — Réserves indiennes — Demande d’une bande en vue de faire établir le bien-fondé d’une revendication particulière présentée en application de la loi et d’obtenir une indemnité pour la perte de terres situées dans son territoire traditionnel préemptées par des colons avant la Confédération — Avant la Confédération, la Couronne impériale avait-elle envers la bande, suivant la loi coloniale, l’obligation de protéger les terres contre la préemption et de les mettre de côté à titre de réserve, et a-t-elle manqué à cette obligation? — Après la Confédération, la Couronne fédérale avait-elle l’obligation fiduciaire d’annuler les préemptions et d’attribuer les terres pour l’établissement d’une réserve, et a-t-elle manqué à cette obligation? — Cadre d’analyse permettant de décider si la Couronne avait une obligation fiduciaire et si elle l’a violée — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, app. II, n° 10, art. 13 — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14(1)(b), (c).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Aboriginal law — Land claims — Crown liability — Band seeking to validate statutory specific claim based on pre-Confederation breaches against federal Crown — Whether pre-Confederation legal obligation alleged to have been breached was legal obligation of Crown for which federal Crown assumed responsibility — Extended meaning of “Crown” — British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13 — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14(2).

Administrative law — Judicial review — Boards and tribunals — Standard of review applicable to Specific Claims Tribunal’s decision to validate band’s claim — Whether expanding upon Tribunal’s reasoning constitutes permissible supplementing of Tribunal’s reasons — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14.

R. v. Canadian Broadcasting Corp. 196

Injunctions — Interlocutory injunctions — Publication bans — Mandatory publication ban issued pursuant to Criminal Code respecting identity of young victim — Media outlet refused to remove from its website articles which pre-existed publication ban and which identified victim by name and photograph — Crown bringing application for contempt and for mandatory interlocutory injunction requiring removal of information from media outlet’s website — Applicable framework for granting mandatory interlocutory injunction — Whether Crown must establish strong prima facie case or serious issue to be tried — Whether chambers judge erred in refusing interlocutory injunction because Crown failed to show strong prima facie case of criminal contempt — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.4(2.1), (2.2).

R. v. A.R.J.D. 218

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Behaviour of victim — Accused acquitted at trial of sexually assaulting stepdaughter over several years — Trial judge finding that lack of evidence of complainant avoiding accused raising reasonable doubt — Court of Appeal holding that trial judge erred by relying on impermissible stereotype

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit des Autochtones — Revendications territoriales — Responsabilité de l’État — Demande d’une bande dirigée contre la Couronne fédérale en vue d’obtenir une décision sur le bien-fondé d’une revendication particulière pour la violation d’une obligation légale pendant la période préconfédérative — L’obligation légale préconfédérative dont la violation est alléguée constitue-t-elle une obligation légale de Sa Majesté à l’égard de laquelle la Couronne fédérale a engagé sa responsabilité? — Sens élargi du terme « Sa Majesté » — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, app. II, n° 10, art. 13 — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14(2).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Organismes et tribunaux administratifs — Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal des revendications particulières tenant pour fondée la revendication de la bande — Développer le raisonnement du Tribunal constitue-t-il un étouffement admissible des motifs du Tribunal? — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14.

R. c. Société Radio-Canada 196

Injonctions — Injonctions interlocutoires — Interdictions de publication — Prononcé d’une interdiction de publication mandatoire en vertu du Code criminel quant à l’identité d’une jeune victime — Refus du média de retirer de son site Web les articles affichés avant l’interdiction de publication et identifiant la victime par son nom et sa photo — Demande par le ministère public pour que soient prononcées une assignation pour outrage au tribunal et une injonction interlocutoire mandatoire intimant le retrait des renseignements du site Web du média — Cadre d’analyse applicable à la délivrance d’une injonction interlocutoire mandatoire — Le ministère public doit-il établir une forte apparence de droit ou l’existence d’une question sérieuse à juger? — Le juge en cabinet a-t-il commis une erreur en refusant de délivrer une injonction interlocutoire parce que le ministère public n’a pas établi une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486.4(2.1), (2.2).

R. c. A.R.J.D. 218

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Comportement de la victime — Accusé acquitté en première instance d’accusations lui reprochant d’avoir agressé sexuellement sa belle-fille pendant plusieurs années — Conclusion du juge du procès portant que l’absence de preuve que la plaignante aurait cherché à éviter l’accusé

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

about behaviour of sexual assault victim — Setting aside of acquittals and order for new trial upheld.

R. v. G.T.D. 220

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer delivering standard caution after accused invoked his right to counsel — Wording of caution eliciting incriminatory statement from accused — Trial judge refusing to exclude evidence resulting from statement and convicting accused of sexual assault — Court of Appeal holding that accused's Charter right to counsel was breached but that evidence should not be excluded — Standard caution violating police's duty to hold off and breaching right to counsel — Breach warranting exclusion of evidence — New trial ordered — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Valard Construction Ltd. v. Bird Construction Co. 224

Trusts — Fiduciary duty — Bonds — Whether trustee of trust contained in labour and material payment bond owes duty to disclose existence of bond to potential beneficiaries of trust — If duty is owed, whether conduct of trustee discharged it.

R. v. A.G.W. 263

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal holding that trial judge properly assessed evidence and that verdict not unreasonable — Conviction upheld.

R. v. Black 265

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Unclaimed suitcase containing cocaine found at airport after arrival of accused's flight — Accused's name on identification tags of suitcase and accused's DNA on sock found in suitcase — Accused

SOMMAIRE (Suite)

soulevait un doute raisonnable — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en se fondant sur un stéréotype inadmissible au sujet du comportement d'une victime d'agression sexuelle — Annulation des acquittements et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.

R. c. G.T.D. 220

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Formulation par les policiers de leur mise en garde habituelle après la revendication par l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat — Déclaration incriminante soutirée à l'accusé par l'effet du libellé de la mise en garde — Refus de la juge du procès d'exclure les éléments de preuve recueillis par suite de la déclaration et accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Décision de la Cour d'appel concluant que le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'accusé par la Charte a été violé, mais que les éléments de preuve ne devaient pas être exclus — Mise en garde habituelle contrevenant à l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête et au droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion des éléments de preuve justifiée en raison de la violation — Tenue d'un nouveau procès ordonnée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Valard Construction Ltd. c. Bird Construction Co. 224

Fiducies — Obligation fiduciaire — Cautionnements — Le fiduciaire d'une fiducie établie dans un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux a-t-il envers les éventuels bénéficiaires de la fiducie le devoir de leur divulguer l'existence du cautionnement? — Dans l'affirmative, le fiduciaire s'en est-il acquitté en l'espèce?

R. c. A.G.W. 263

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a bien évalué la preuve et que le verdict n'était pas déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Black 265

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Valise non réclamée et contenant de la cocaïne découverte à l'aéroport après l'arrivée de l'avion dans lequel se trouvait l'accusé — Valise munie d'étiquettes d'identification au nom de

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

convicted of importing cocaine — Court of Appeal affirming conviction — Dissenting judge holding that trial judge failed to make finding of fact as to whether accused knew about cocaine in suitcase — Trial judge’s reasons failing to fulfil function of permitting effective appellate review — New trial ordered.

International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) Local 773 v. Lawrence 267

Civil procedure — Parties — Addition — Representation order — Plaintiff commencing action for wrongful dismissal against trade union and several union directors — After expiry of limitation period, plaintiff bringing motion for representation order to amend statement of claim to add already named union directors as representatives of all members of union — Motion judge finding that motion was attempt to correct error in title of proceedings rather than attempt to add additional parties after limitation period, and allowing motion — Court of Appeal dismissing appeal — Request for representation order properly characterized as request to correct name of party incorrectly named — Members of union on notice well before expiry of limitation period that plaintiff intended to sue legal entity that they comprise as members — Union and union directors participating in action for over two years and action ready for trial — No further procedural steps required as result of representation order and no prejudice to defendants — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 5.04(2), 12.07.

R. v. Carson..... 269

Criminal law — Fraud on government — Influence peddling — Elements of offence — Accused accepting benefit for another person as consideration for assisting company by calling upon his government contacts to promote sale of product — Whether assistance he promised to provide was in connection with any matter of business relating to government — Meaning of “any matter of business relating to the government” — Whether elements of offence proven — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 121(1)(a)(iii), 121(1)(d)(i).

SOMMAIRE (Fin)

l’accusé et renfermant une chaussette portant l’ADN de ce dernier — Accusé déclaré coupable d’importation de cocaïne — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d’appel — Juge dissident concluant que le juge du procès a omis de tirer une conclusion de fait portant que l’accusé connaissait la présence de la cocaïne dans la valise — Motifs du juge du procès ne remplissant pas leur fonction qui consiste à permettre un examen efficace de sa décision en cas d’appel — Nouveau procès ordonné.

International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) Local 773 c. Lawrence 267

Procédure civile — Parties — Jonction — Ordonnance de représentation — Action pour congédiement injustifié intentée par la demanderesse contre un syndicat et plusieurs administrateurs du syndicat — Dépôt par la demanderesse après l’expiration du délai de prescription d’une motion sollicitant une ordonnance de représentation visant à modifier la déclaration pour joindre à l’action en tant que représentants de tous les membres du syndicat des administrateurs du syndicat déjà nommés — Décision du juge des motions concluant que la demande sollicitait la correction d’une erreur dans l’intitulé de l’acte de procédure plutôt que la jonction de parties additionnelles après l’expiration du délai de prescription, et accueillant la motion — Rejet de l’appel par la Cour d’appel — Demande d’ordonnance de représentation qualifiée à juste titre de demande visant à faire corriger le nom d’une partie incorrectement désignée — Membres du syndicat notifiés bien avant l’expiration du délai de prescription que la demanderesse entendait poursuivre l’entité juridique qu’ils composent en tant que membres — Participation du syndicat et des administrateurs de celui-ci à l’action pendant plus de deux ans et action prête à être instruite — Aucune démarche procédurale additionnelle requise par suite de l’ordonnance de représentation et absence de préjudice subi par les défendeurs — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 5.04(2), 12.07.

R. c. Carson 269

Droit criminel — Fraude envers le gouvernement — Trafic d’influence — Éléments de l’infraction — Acceptation par l’accusé d’un bénéfice pour une autre personne en contrepartie de l’aide qu’il devait fournir à une société en se servant de ses contacts au sein du gouvernement pour promouvoir la vente d’un produit — L’aide qu’il avait promis de donner se rapportait-elle à un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement? — Sens d’« un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » — Les éléments de l’infraction sont-ils établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 121(1)(a)(iii), 121(1)(d)(i).

Jeffery Thomas Raymond Seipp *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Director of Public Prosecutions *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SEIPP

2018 SCC 1

File No.: 37513.

2018: January 16.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Failure to stop at scene of accident — Elements of offence — Mens rea — Intent to escape civil or criminal liability — Accused involved in accident while driving stolen car and fleeing scene of accident — Defence counsel acknowledging at trial that elements of offence of failure to stop at scene of accident proven by Crown and accused convicted of that offence — Court of Appeal rejecting accused’s claim of ineffective assistance of counsel and holding that “civil or criminal liability” should be broadly interpreted to include any liability, civil or criminal, which might properly arise from operation of motor vehicle at time accident takes place — Court of Appeal finding that driving stolen car when involved in accident and fleeing to avoid detection as driver is sufficiently related to event to be captured by intent of legislation, and that fleeing to avoid arrest as driver of stolen vehicle is not “evidence to the contrary” — Conviction upheld — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 252(1), (2).

Jeffery Thomas Raymond Seipp *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Directeur des poursuites pénales *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. SEIPP

2018 CSC 1

N° du greffe : 37513.

2018 : 16 janvier.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Défaut d’arrêter lors d’un accident — Éléments de l’infraction — Mens rea — Intention d’échapper à toute responsabilité civile ou criminelle — Accusé impliqué dans un accident au volant d’une automobile volée fuyant les lieux de l’accident — Admission par l’avocat de la défense au procès que les éléments de l’infraction d’avoir omis d’arrêter lors d’un accident ont été établis par la Couronne et accusé déclaré coupable de cette infraction — Rejet par la Cour d’appel de l’argument de l’accusé fondé sur l’assistance ineffective reçue de son avocat, et conclusion de la cour portant que l’expression « toute responsabilité civile ou criminelle » doit être interprétée largement et s’entend de toute responsabilité, civile ou criminelle, logiquement susceptible de découler de la conduite d’un véhicule à moteur lorsqu’un accident se produit — Conclusion de la Cour d’appel portant que le fait d’avoir conduit une automobile volée impliquée dans un accident et d’avoir pris la fuite pour éviter d’être identifié comme en étant le conducteur est suffisamment lié à l’événement en cause pour relever du champ d’application de la disposition législative, et que le fait d’avoir fui afin d’éviter d’être arrêté en tant que conducteur d’un véhicule volé ne constitue pas une « preuve contraire » — Déclaration de culpabilité confirmée — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 252(1), (2).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 252(1).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Smith, Bennett and MacKenzie JJ.A.), 2017 BCCA 54, 344 C.C.C. (3d) 401, 5 M.V.R. (7th) 179, 35 C.R. (7th) 196, [2017] B.C.J. No. 176 (QL), 2017 CarswellBC 226 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for failure to stop at the scene of an accident. Appeal dismissed.

Nicholas J. Preovolos, Michael Sobkin and Harry G. Stevenson, for the appellant.

Megan A. Street, for the respondent.

Mark Covan and Eric Marcoux, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Mr. Seipp was convicted of the offence of failure to stop at the scene of an accident, contrary to s. 252(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The British Columbia Court of Appeal upheld his conviction. We would not interfere.

[2] We are all of the view that Mr. Seipp’s conviction was not a miscarriage of justice. Mr. Seipp had control of a vehicle involved in an accident. He fled the scene without providing his name or address. In the absence of evidence to the contrary, this was proof of the requisite intent for the offence.

[3] The evidence on which Mr. Seipp relies is that he fled the scene to avoid criminal liability for possession of a stolen vehicle. This is not evidence to the contrary. Rather, it is evidence that Mr. Seipp intended to avoid criminal or civil liability from his care, charge, or control of the vehicle involved in the accident. Such an intent falls within the ambit of the *mens rea* established by the expression “intent to escape civil or criminal liability” in s. 252(1). As a

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 252(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Smith, Bennett et MacKenzie), 2017 BCCA 54, 344 C.C.C. (3d) 401, 5 M.V.R. (7th) 179, 35 C.R. (7th) 196, [2017] B.C.J. No. 176 (QL), 2017 CarswellBC 226 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour défaut d’arrêter lors d’un accident prononcée contre l’accusé. Pourvoi rejeté.

Nicholas J. Preovolos, Michael Sobkin et Harry G. Stevenson, pour l’appelant.

Megan A. Street, pour l’intimée.

Mark Covan et Eric Marcoux, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE EN CHEF — Monsieur Seipp a été déclaré coupable d’avoir omis d’arrêter lors d’un accident, infraction prévue au par. 252(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a confirmé la déclaration de culpabilité. Nous ne modifierons pas cette décision.

[2] Nous sommes tous d’avis que la déclaration de culpabilité prononcée contre M. Seipp ne constitue pas une erreur judiciaire. Ce dernier avait le contrôle d’un véhicule impliqué dans un accident. Il a fui les lieux de l’accident sans donner ses nom et adresse. Vu l’absence de preuve contraire, ce comportement prouvait l’intention requise à l’égard de cette infraction.

[3] Selon la preuve invoquée par M. Seipp, il a fui les lieux afin d’éviter d’être tenu criminellement responsable de possession d’un véhicule volé. Il ne s’agit pas d’une preuve contraire. Cet élément prouve plutôt que M. Seipp voulait échapper à toute responsabilité civile ou criminelle découlant de la garde, de la charge ou du contrôle d’un véhicule impliqué dans l’accident. Une telle intention correspond à la *mens rea* décrite par l’expression « intention

result, Mr. Seipp suffered no prejudice from his trial counsel's admission that the elements of the offence had been made out. For these reasons, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: N.J. Preovolos Law Corporation, New Westminster, B.C.; Michael Sobkin, Ottawa; Harry G. Stevenson, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener: Director of Public Prosecutions, Halifax and Whitehorse.

d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle » au par. 252(1). En conséquence, M. Seipp n'a subi aucun préjudice du fait qu'au procès son avocat a admis que les éléments de l'infraction avaient été établis. Pour ces motifs, l'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant : N.J. Preovolos Law Corporation, New Westminster, C.-B.; Michael Sobkin, Ottawa; Harry G. Stevenson, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant : Directeur des poursuites pénales, Halifax et Whitehorse.

Delta Air Lines Inc. *Appellant*

v.

Gábor Lukács *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Canadian Transportation Agency, International Air Transport Association and Council of Canadians with Disabilities *Interveners*

INDEXED AS: DELTA AIR LINES INC. v. LUKÁCS
2018 SCC 2

File No.: 37276.

2017: October 4; 2018: January 19.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Administrative law — Boards and tribunals — Canadian Transportation Agency — Inquiry into complaint — Standing — Public interest standing — Complainant alleging air carrier's practices regarding transportation of obese persons are discriminatory — Agency dismissed complaint on basis that complainant lacked standing — Whether Agency reasonably exercised its discretion to dismiss complaint — Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, s. 37.

L filed a complaint with the Canadian Transportation Agency alleging that Delta Air Lines' practices in relation to the transportation of obese passengers are discriminatory and contrary to s. 111(2) of the federal *Air Transportation Regulations*. The Agency dismissed the complaint on the basis that L failed to meet the tests for private interest standing and public interest standing as developed by and for courts of civil jurisdiction. It found L lacked private interest standing because he was not himself obese, and so could not claim to be aggrieved or affected or to have some other sufficient interest. It also determined that L lacked public interest standing because

Delta Air Lines Inc. *Appelante*

c.

Gábor Lukács *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, Office des transports du Canada, International Air Transport Association et Conseil des Canadiens avec déficiences *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : DELTA AIR LINES INC. c. LUKÁCS
2018 CSC 2

N° du greffe : 37276.

2017 : 4 octobre; 2018 : 19 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Office des transports du Canada — Enquêtes sur les plaintes — Qualité pour agir — Qualité pour agir dans l'intérêt public — Allégations d'un plaignant quant au caractère discriminatoire des pratiques d'un transporteur aérien relativement au transport des personnes obèses — Rejet de la plainte par l'Office pour défaut de qualité pour agir du plaignant — L'Office a-t-il exercé son pouvoir discrétionnaire raisonnablement en rejetant la plainte? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10, art. 37.

L a déposé une plainte auprès de l'Office des transports du Canada dans laquelle il a fait valoir que les pratiques de Delta Air Lines à l'égard du transport de passagers obèses sont discriminatoires et contraires au par. 111(2) du *Règlement sur les transports aériens* fédéral. L'Office a rejeté la plainte, statuant que L ne satisfaisait pas aux tests relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt privé et à celle pour agir dans l'intérêt public établis par et pour les tribunaux de juridiction civile. L'Office a conclu que L n'avait pas qualité pour agir dans l'intérêt privé, puisqu'il n'était pas lui-même obèse, si bien qu'il ne pouvait prétendre avoir été lésé ou touché ou avoir un intérêt suffisant.

his complaint did not challenge the constitutionality of legislation or the illegal exercise of an administrative authority. The Federal Court of Appeal allowed L's appeal and held that a strict application of the law of standing as applied in courts was inconsistent with the Agency's enabling legislation. The court directed that the matter be returned to the Agency to determine, otherwise than on the basis of standing, whether it will inquire into, hear and decide L's complaint.

Held (Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. dissenting): The appeal should be allowed in part. The matter is remitted to the Agency to reconsider the matter in whole, whether on the basis of standing or otherwise.

Per McLachlin C.J. and Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.: The *Canada Transportation Act* bestows broad discretion on the Agency to hear and determine complaints. In this case, the Agency did not reasonably exercise its discretion to dismiss L's complaint. A decision is reasonable if it is justifiable, transparent and intelligible, and falls within a range of possible, acceptable outcomes. The Agency's decision that L lacked standing does not satisfy these requirements for two reasons. First, the Agency presumed public interest standing is available and then applied a test that can never be met. Any valid complaint against an air carrier would impugn the terms and conditions established by a private company. Such a complaint can never, by its very nature, be a challenge to the constitutionality of legislation or the illegality of administrative action. The imposition of a test that can never be met could not be what Parliament intended when it conferred a broad discretion on this administrative body to decide whether to hear complaints. The Agency's application of the test is also inconsistent with the rationale underlying public interest standing, which is for the court to use its discretion, where appropriate, to allow more plaintiffs through the door. The Agency did not maintain a flexible approach to this question and in so doing unreasonably fettered its discretion.

Second, the total denial of public interest standing is inconsistent with a reasonable interpretation of the Agency's legislative scheme. Applying the tests for private and public interest standing in the way the Agency did would preclude any public interest group or representative group

L'Office a aussi statué que L n'avait pas qualité pour agir dans l'intérêt public parce que sa plainte ne contestait pas la constitutionnalité d'une loi ou l'exercice illégal d'une autorité administrative. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de L et statué que la stricte application des règles de droit relatives à la qualité pour agir appliquées par les tribunaux judiciaires était incompatible avec la loi habilitante de l'Office. La Cour d'appel a ordonné que l'affaire soit renvoyée à l'Office afin qu'il décide, pour d'autres motifs que la qualité pour agir, s'il enquêtera sur la plainte de L, l'entendra et en décidera.

Arrêt (les juges Abella, Moldaver et Karakatsanis sont dissidents) : L'appel est accueilli en partie. L'affaire est renvoyée à l'Office pour qu'il l'examine de nouveau dans son ensemble, que ce soit sur le fondement de la qualité pour agir ou autrement.

La juge en chef McLachlin et les juges Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe : *La Loi sur les transports au Canada* confère à l'Office un large pouvoir discrétionnaire d'entendre les plaintes et d'en décider. En l'espèce, l'Office n'a pas raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire de rejeter la plainte de L. Une décision est raisonnable si elle est justifiable, transparente et intelligible et si elle appartient aux issues possibles acceptables. La décision de l'Office selon laquelle L n'avait pas qualité pour agir ne respecte pas ces exigences, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l'Office a présumé qu'il pourrait y avoir qualité pour agir dans l'intérêt public et a ensuite appliqué un test auquel il est impossible de satisfaire. Toute plainte valide contre un transporteur aérien revient à contester les conditions établies par une société privée. Une plainte de ce type ne peut jamais, compte tenu de sa nature même, être une contestation de la constitutionnalité d'une loi ou de l'illégalité d'une mesure administrative. L'imposition d'un test auquel il est impossible de satisfaire ne peut pas être ce que voulait le législateur lorsqu'il a conféré à cet organisme administratif le large pouvoir discrétionnaire de décider s'il entendra des plaintes. L'application du test par l'Office est également incompatible avec la raison d'être de la qualité pour agir dans l'intérêt public, soit, que le tribunal judiciaire doit exercer son pouvoir discrétionnaire, s'il y a lieu, pour donner accès à un plus grand nombre de demandeurs. L'Office n'a pas adopté une approche souple à l'égard de cette question et, ce faisant, il a entravé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

Deuxièmement, le refus total de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public est incompatible avec une interprétation raisonnable du régime législatif applicable à l'Office. L'application des tests relatifs à la qualité pour agir dans l'intérêt privé et celle pour agir dans l'intérêt

from ever having standing before the Agency, regardless of the content of its complaint. In effect, only a person who is herself targeted by the impugned policy could bring a complaint. This is contrary to the scheme of the Act. Parliament has seen fit to grant the Agency broad remedial authority and to allow the Agency to act to correct discriminatory terms and conditions before passengers actually experience harm. To refuse a complaint based solely on the identity of the group bringing it prevents the Agency from hearing potentially highly relevant complaints, and hinders its ability to fulfill the statutory scheme's objective.

While a reviewing court may supplement the reasons given in support of an administrative decision, it cannot ignore or replace the reasons actually provided. This is not a case where merely supplementing the reasons can render the decision reasonable. The Agency clearly stated a test for public interest standing and applied that test. The Agency could have adapted the test so that the complainants under its legislative scheme could actually meet it. It could also have exercised its discretion without any reference to standing at all. But it did neither of these things and the reviewing court must not do them in the Agency's place.

The Court of Appeal should not have held that standing rules could not be considered by the Agency in its reconsideration of the matter. The better approach is to send the matter back to the Agency for reconsideration in its entirety. Deference requires that the Agency determines for itself how to use its discretion, provided it does so reasonably.

Per Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. (dissenting): There is nothing in the Agency's mandate that circumscribes its ability to determine how it will decide what cases to hear. Parliament has given the Agency wide discretion to choose, according to its own institutional constraints and demands, how it will promote its overall mandate to regulate and adjudicate national transportation issues. The Agency's power to process and resolve complaints is framed in discretionary language, giving the Agency the authority to make its own rules about how it carries on its work, as well as the manner of, and procedures for, dealing with matters before the Agency. In this case, the Agency developed its standing rules in full accordance with its legislative mandate. There is no basis for interfering with them.

public de la façon dont l'Office l'a fait empêcherait tout groupe de défense de l'intérêt public ou groupe représentatif de se voir reconnaître qualité pour agir devant l'Office, sans égard au contenu de sa plainte. De fait, seule une personne qui est elle-même visée par la politique contestée pourrait déposer une plainte. Ce résultat est contraire à l'esprit de la Loi. Le législateur a jugé bon de conférer à l'Office un large pouvoir de réparation et de lui permettre d'agir pour corriger des conditions discriminatoires avant que les passagers ne subissent un préjudice. Rejeter une plainte sur le seul fondement de l'identité du groupe qui la porte empêcherait l'Office d'entendre des plaintes qui pourraient se révéler fort pertinentes et entraverait sa capacité à réaliser l'objectif du régime créé par la Loi.

Bien qu'une cour de révision puisse compléter les motifs donnés au soutien d'une décision administrative, elle ne peut faire abstraction des motifs effectivement fournis ou les remplacer. Il ne s'agit pas d'un cas où le simple fait de compléter les motifs est susceptible de rendre la décision raisonnable. L'Office a clairement énoncé un test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public et il l'a appliqué. Il aurait pu adapter ce test afin que les plaignants assujettis à son régime législatif puissent être en mesure de le respecter. Il aurait pu également exercer son pouvoir discrétionnaire sans faire la moindre référence à la qualité pour agir. Il n'a toutefois emprunté ni l'une ni l'autre de ces avenues et la cour de révision ne doit pas les emprunter à la place de l'Office.

La Cour d'appel s'est méprise en concluant que l'Office ne pouvait pas recourir aux règles relatives à la qualité pour agir lors de son nouvel examen de l'affaire. La meilleure façon de faire est de renvoyer l'affaire à l'Office pour qu'il l'examine de nouveau dans son ensemble. La déférence requiert que l'Office décide lui-même comment exercer son pouvoir discrétionnaire, pourvu qu'il le fasse de manière raisonnable.

Les juges Abella, Moldaver et Karakatsanis (dissidents) : Rien dans le mandat de l'Office ne limite sa capacité à décider de la façon dont il déterminera quelles affaires il entendra. Le législateur a conféré à l'Office un vaste pouvoir discrétionnaire pour choisir, en fonction de ses propres contraintes et exigences institutionnelles, la façon dont il met en œuvre son mandat général visant à régler et à trancher les questions relatives au transport national. Il découle du libellé de la loi que le pouvoir de l'Office de traiter et de régler les plaintes est discrétionnaire, de sorte que l'Office peut établir ses propres règles sur l'exécution de ses travaux et sur la procédure relative aux questions dont il est saisi. En l'espèce, l'Office a élaboré ses règles relatives à la qualité pour agir en pleine conformité avec le mandat que lui confère la Loi. Rien ne justifie de les modifier.

Standing rules exist to enable a court or tribunal to economize and prioritize its resources, and ensure that it benefits from contending points of view that are advanced by those best placed to advance them. The Agency is entitled to apply a gatekeeping or screening mechanism which enables it to balance, in a transparent and effective manner, the Agency's various competing interests and demands, such as access and resources.

Tribunals are not required to follow the same procedures courts use, but when a tribunal like the Agency chooses to apply and exercise its broad legislative mandate by borrowing an approach to standing long sanctioned by the courts as an effective and principled way to determine which cases it will hear, reviewing courts should not interfere merely because the court might have applied the mandate differently. Where, as here, the adopted standing procedures flow from the same concerns and rationales as those relied on by courts, there is no reason for a tribunal to be immunized from access to a procedure courts have endorsed. Access to justice demands that both courts *and* tribunals be encouraged to develop screening methods to ensure that access to justice will be available to those who need it most in a timely way. The fact that a tribunal's governing legislation has a public interest dimension does not preclude it from adopting similar rules of standing to those used by the courts.

The Agency's decision to deny L's complaint on the basis that he lacked standing was reasonable in the circumstances. L brought a complaint with no underlying facts, no representative claimants and no argument. His complaint is purely theoretical, his interest in the issues is academic, and the proposed suit does not constitute an effective and reasonable means of bringing the issue before the Agency. It is therefore unnecessary to remit the matter back to the Agency.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

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; *Edmonton (City)*

Les règles sur la qualité pour agir permettent aux tribunaux judiciaires et administratifs d'économiser et de hiérarchiser leurs ressources, et leur donnent l'assurance de bénéficier des points de vue que font valoir contradictoirement les personnes qui sont les mieux placées pour le faire. L'Office a le droit d'appliquer un mécanisme de contrôle ou de filtrage qui lui permet de mettre en balance, de manière transparente et efficace, les divers intérêts et demandes opposés portés à sa connaissance, notamment en matière d'accès et de ressources.

Les tribunaux administratifs ne sont pas tenus de suivre les mêmes procédures que celles utilisées par les tribunaux judiciaires; toutefois, lorsqu'un tribunal administratif comme l'Office choisit d'appliquer et d'exercer le mandat étendu que la loi lui confère en empruntant une approche reconnue depuis longtemps par les tribunaux judiciaires comme une façon efficace et raisonnée de décider quelles affaires il entendra, une cour ne doit pas s'ingérer simplement parce qu'elle aurait exercé ce pouvoir différemment. Lorsque, comme en l'espèce, les procédures adoptées découlent des mêmes considérations et fondements que ceux sur lesquels se fondent les tribunaux judiciaires, rien ne permet de justifier qu'un tribunal administratif s'estime immunisé contre l'accès à des procédures que des tribunaux judiciaires ont jugé utiles. L'accès à la justice exige que les tribunaux judiciaires *et* les tribunaux administratifs soient incités à trouver des méthodes de sélection pour faire en sorte que ceux qui en ont besoin puissent avoir accès à la justice en temps opportun. Le fait que la loi habilitante d'un tribunal administratif comporte une dimension relative à l'intérêt public ne l'empêche pas d'adopter des règles semblables à celles qu'utilisent les tribunaux judiciaires en matière de qualité pour agir.

La décision de l'Office de rejeter la plainte de L parce que celui-ci n'avait pas qualité pour agir était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances. L a déposé une plainte sans l'étayer par des faits sous-jacents, sans demandeurs représentatifs et sans présenter d'arguments. Sa plainte est purement théorique, son intérêt à l'égard des questions l'est tout autant et la poursuite proposée ne constitue pas un moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à l'Office. Il n'est donc pas nécessaire de renvoyer l'affaire à l'Office.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

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; *Edmonton (Ville)*

v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Lukács v. Porter Airlines Inc.*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 121-C-A-2016, April 22, 2016; *Pathmanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 353, 17 Imm. L.R. (4th) 154; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267.

By Abella J. (dissenting)

Fraser v. Canada (Attorney General) (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Lukács v. Porter Airlines Inc.*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 121-C-A-2016, April 22, 2016; *Amalgamated Transit Union, Local 279 (Re)*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 431-AT-MV-2008, August 20, 2008; *Lukács v. Canadian Transportation Agency*, 2014 FCA 76, 456 N.R. 186; *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Norman Estate v. Air Canada*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 6-AT-A-2008, January 10, 2008.

Statutes and Regulations Cited

Air Transportation Regulations, SOR/88-58, ss. 111, 113, 113.1.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 5, 17, 25, 37, Part V.
Canadian Transportation Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings), SOR/2014-104, s. 5(1).

c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd., 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Lukács c. Porter Airlines Inc.*, Office des transports du Canada, décision n° 121-C-A-2016, 22 avril 2016; *Pathmanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 353; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 431.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Fraser c. Canada (Attorney General) (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Lukács c. Porter Airlines Inc.*, Office des transports du Canada, décision n° 121-C-A-2016, 22 avril 2016; *Syndicat uni du transport, section locale 279 (Re)*, Office des transports du Canada, décision n° 431-AT-MV-2008, 20 août 2008; *Lukács c. Office des transports du Canada*, 2014 CAF 76; *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Norman (Succession) c. Air Canada*, Office des transports du Canada, décision n° 6-AT-A-2008, 10 janvier 2008.

Lois et règlements cités

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, c. 10, art. 5, 17, 25, 37, partie V.
Règlement sur les transports aériens, DORS/88-58, art. 111, 113, 113.1.
Règles de l'Office des transports du Canada (Instances de règlement de différends et certaines règles applicables à toutes les instances), DORS/2014-104, art. 5(1).

Authors Cited

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2009.

Sossin, Lorne. “Access to Administrative Justice and Other Worries”, in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 211.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Webb, Scott and de Montigny JJ.A.), 2016 FCA 220, 408 D.L.R. (4th) 760, [2016] F.C.J. No. 971 (QL), 2016 CarswellNat 4268 (WL Can.), setting aside a decision of the Canadian Transportation Agency, No. 425-C-A-2014, November 25, 2014, dismissing a complaint for discriminatory practices. Appeal allowed in part, Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. dissenting.

Carlos P. Martins and Andrew W. MacDonald, for the appellant.

Gábor Lukács, on his own behalf.

Heather Mackay and Edmund Huang, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Allan Matte and Mante Molepo, for the intervener the Canadian Transportation Agency.

David Neave and Derek Bell, for the intervener the International Air Transport Association.

Byron Williams, Joëlle Pastora Sala and Alyssa Mariani, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

Benjamin Zarnett, as *amicus curiae*, and *Jane Scholes*.

The judgment of McLachlin C.J. and Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The respondent, Dr. Gábor Lukács, filed a complaint with the Canadian

Doctrine et autres documents cités

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 5th ed., Toronto, Carswell, 2009.

Sossin, Lorne. « Access to Administrative Justice and Other Worries », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2013, 211.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Webb, Scott et de Montigny), 2016 CAF 220, 408 D.L.R. (4th) 760, [2016] A.C.F. n° 971 (QL), 2016 CarswellNat 9946 (WL Can.), qui a infirmé une décision de l’Office des transports du Canada, n° 425-C-A-2014, datée du 25 novembre 2014, rejetant une plainte pour pratiques discriminatoires. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella, Moldaver et Karakatsanis sont dissidents.

Carlos P. Martins et Andrew W. MacDonald, pour l’appelante.

Gábor Lukács, en personne.

Heather Mackay et Edmund Huang, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Allan Matte et Mante Molepo, pour l’intervenant l’Office des transports du Canada.

David Neave et Derek Bell, pour l’intervenante International Air Transport Association.

Byron Williams, Joëlle Pastora Sala et Alyssa Mariani, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Benjamin Zarnett, en qualité d’*amicus curiae*, et *Jane Scholes*.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — L’intimé, le Dr Gábor Lukács, a déposé une plainte auprès de l’Office des

Transportation Agency (“Agency”), alleging that the appellant, Delta Air Lines Inc. (“Delta”), applied discriminatory practices governing the carriage of obese persons. The Agency dismissed this complaint on the basis that Dr. Lukács failed to meet the tests for private interest standing and public interest standing as developed by and for courts of civil jurisdiction.

[2] The question is whether the Agency’s decision was reasonable. I conclude that it was not. I would remit the matter to the Agency to reconsider whether to hear the complaint.

I. Facts and Decisions Below

[3] On August 24, 2014, Dr. Lukács submitted a complaint to the Agency alleging that Delta’s practices in relation to the transportation of obese passengers are discriminatory and contrary to s. 111(2) of the *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58 (“Regulations”). In support of his complaint, he attached an email from Delta in response to a passenger’s negative experience of sitting next to another passenger “who required additional space”. In the email, Delta apologized and explained:

Sometimes, we ask the passenger to move to a location in the plane where there’s more space. If the flight is full, we may ask the passenger to take a later flight. We recommend that large passengers purchase additional seats, so they can avoid being asked to rebook and so we can guarantee comfort for all. [A.R., at p. 38]

[4] On September 5, 2014, the Agency issued a letter decision in response to this complaint. It stated: “It is not clear to the Agency that, on the basis of his submission, Mr. Lukács has an interest in Delta’s practices governing the carriage of obese persons. As such, his standing (or *locus standi*) in this matter is in question” (Decision No. LET-C-A-63-2014, September 5, 2014, reproduced in A.R., at p. 1).

transports du Canada (« Office ») dans laquelle il a fait valoir que l’appelante, Delta Air Lines Inc. (« Delta »), aurait appliqué des pratiques discriminatoires quant au transport des personnes obèses. L’Office a rejeté cette plainte, statuant que le Dr Lukács ne satisfaisait pas aux tests relatifs à la qualité pour agir dans l’intérêt privé et à celle pour agir dans l’intérêt public établis par et pour les tribunaux de juridiction civile.

[2] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si la décision de l’Office était raisonnable. Je conclus qu’elle ne l’était pas. Je suis d’avis de renvoyer l’affaire à l’Office pour qu’il examine de nouveau la question de savoir s’il doit ou non entendre la plainte.

I. Faits et décisions des juridictions inférieures

[3] Le 24 août 2014, le Dr Lukács a déposé une plainte auprès de l’Office dans laquelle il a fait valoir que les pratiques de Delta à l’égard du transport de passagers obèses sont discriminatoires et contraires au par. 111(2) du *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58 (« Règlement »). Au soutien de sa plainte, il a joint un courriel de Delta en réponse à l’expérience négative d’un passager assis près d’un autre passager [TRADUCTION] « qui avait besoin de plus d’espace ». Dans le courriel, Delta a présenté ses excuses et a offert l’explication suivante :

[TRADUCTION] Il nous arrive de demander à un passager de se déplacer à un endroit de l’avion où il y a davantage d’espace. Si le vol est complet, nous pouvons demander au passager de prendre un vol ultérieur. Nous recommandons aux passagers de grande taille de réserver un siège supplémentaire, afin d’éviter que nous leur demandions de prendre un autre vol et pour que nous puissions assurer le confort de tous les passagers. [d.a., p. 38]

[4] Le 5 septembre 2014, l’Office a publié une décision sous forme de lettre pour répondre à cette plainte. Il a affirmé : [TRADUCTION] « L’Office note qu’il n’a pas été clairement établi dans la présentation du Dr Lukács que ce dernier avait un quelconque intérêt dans les pratiques de Delta régissant le transport de personnes obèses. Pour cette raison, l’Office s’interroge sur sa qualité pour agir en l’espèce » : décision

The Agency called for submissions on the standing question.

[5] In its ultimate decision, which is at issue in this case, the Agency denied Dr. Lukács standing and dismissed his complaint: Decision No. 425-C-A-2014, November 25, 2014. To do so, it applied the tests for private interest standing and public interest standing as they have been developed by and for civil courts. It found Dr. Lukács lacked private interest standing because he was not himself obese, and so could not claim to be “aggrieved” or “affected” or to have some other “sufficient interest” (para. 64). It then determined that he lacked public interest standing because his complaint did not challenge the constitutionality of legislation or the illegal exercise of an administrative authority (para. 74).

[6] The Federal Court of Appeal allowed Dr. Lukács’ appeal: 2016 FCA 220, 408 D.L.R. (4th) 760. The Court of Appeal held that a strict application of the law of standing as applied in courts was inconsistent with the Agency’s enabling legislation. Moreover, it was contrary to the Agency’s objective to refuse to examine a complaint based solely on whether a complainant had been directly affected or had public interest standing (para. 27). The Court of Appeal held that in refusing to examine Dr. Lukács’ complaint, the Agency “unreasonably fettered its discretion” (para. 30). Ultimately, the Court of Appeal directed that the matter be “returned to the Agency to determine, otherwise than on the basis of standing, whether it will inquire into, hear and decide [Dr. Lukács’] complaint” (para. 32).

II. Analysis

A. *Standard of Review*

[7] The standard of review to be applied in this case is reasonableness. This was the finding of the Court of Appeal (paras. 14-15) and is not disputed by the parties.

n° LET-C-A-63-2014, 5 septembre 2014, reproduite au d.a., p. 1. L’Office a invité les parties à présenter leurs observations sur la question de la qualité pour agir.

[5] Dans sa dernière décision, soit celle qui fait l’objet du présent pourvoi, l’Office n’a pas reconnu au Dr Lukács la qualité pour agir et a rejeté sa plainte : décision n° 425-C-A-2014, 25 novembre 2014. Pour ce faire, l’Office a appliqué les tests relatifs à la qualité pour agir dans l’intérêt privé et à celle pour agir dans l’intérêt public établis par et pour les tribunaux de juridiction civile. L’Office a conclu que le Dr Lukács n’avait pas qualité pour agir dans l’intérêt privé, puisqu’il n’était pas lui-même obèse, si bien qu’il ne pouvait prétendre avoir été « lésé » ou « touché » ou avoir « un intérêt suffisant » : par. 64. L’Office a ensuite statué que le Dr Lukács n’avait pas qualité pour agir dans l’intérêt public parce que sa plainte ne contestait pas la constitutionnalité d’une loi ou l’exercice illégal d’une autorité administrative : par. 74.

[6] La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel du Dr Lukács : 2016 CAF 220. Elle a statué que la stricte application des règles de droit relatives à la qualité pour agir appliquées par les tribunaux judiciaires était incompatible avec la loi habilitante de l’Office. Qui plus est, il était contraire à l’objectif de l’Office de refuser d’examiner une plainte simplement parce que le plaignant n’avait pas été directement lésé ou qu’il n’avait pas la qualité pour agir dans l’intérêt public : par. 27 (CanLII). Selon la Cour d’appel, en refusant d’examiner la plainte du Dr Lukács, l’Office avait « entravé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable » : par. 30. En fin de compte, la Cour d’appel a ordonné que l’affaire soit « renvoyée à l’Office pour qu’il décide, pour d’autres motifs que la qualité pour agir, s’il enquêtera sur la plainte [du Dr Lukács], l’entendra et en décidera » : par. 32.

II. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[7] La norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Telle est la conclusion de la Cour d’appel fédérale (par. 14-15) et les parties ne la remettent pas en question.

[8] Where an administrative body interprets its own statute and is required to exercise discretion under it, it is presumptively entitled to deference: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 53-54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 39; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 22; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, at paras. 33-35. There is no contention that the presumption of reasonableness is rebutted in this case. As the Court of Appeal found, the issue “falls squarely within the Agency’s expertise” (para. 15).

B. The Legislative Scheme and the Agency’s Discretion

[9] The Agency is charged with implementing the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (“Act”), and the Regulations. This legislative scheme requires the Agency to balance a range of interests in order to ensure a competitive, safe, and accessible transportation network for all Canadians (s. 5).

[10] To meet these objectives, s. 37 of the Act bestows broad discretion on the Agency to hear and determine complaints:

37 The Agency may inquire into, hear and determine a complaint concerning any act, matter or thing prohibited, sanctioned or required to be done under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

[11] With respect to international carriers, including Delta, the Regulations prohibit any terms or conditions of carriage which are unjustly discriminatory (s. 111(2)) and empower the Agency to take action against any such term or condition (s. 113.1). The parties agree that s. 37 of the Act grants the Agency broad discretion to hear complaints regarding international carriers, including Dr. Lukács’ complaint against Delta in this case.

[8] Lorsqu’un organisme administratif interprète sa loi constitutive et qu’il doit exercer un pouvoir discrétionnaire en vertu de celle-ci, il est présumé avoir droit à la déférence : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 53-54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 39; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, par. 33-35. Nul ne prétend que la présomption du caractère raisonnable de la décision est réfutée en l’espèce. Comme l’a conclu la Cour d’appel fédérale, la question « relève précisément de l’expertise de l’Office » : par. 15.

B. Le régime législatif et le pouvoir discrétionnaire de l’Office

[9] L’Office est chargé de la mise en œuvre de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10 (« Loi »), et du Règlement. Ce régime législatif oblige l’Office à mettre en balance un éventail d’intérêts afin d’assurer l’existence d’un réseau de transport compétitif, sûr et accessible pour tous les Canadiens : art. 5.

[10] Pour qu’il atteigne ces objectifs, l’art. 37 de la Loi confère à l’Office un large pouvoir discrétionnaire d’entendre les plaintes et d’en décider :

37 L’Office peut enquêter sur une plainte, l’entendre et en décider lorsqu’elle porte sur une question relevant d’une loi fédérale qu’il est chargé d’appliquer en tout ou en partie.

[11] En ce qui concerne les transporteurs internationaux, y compris Delta, le Règlement interdit toute condition relative au transport qui établit une distinction injuste (par. 111(2)) et confère à l’Office le pouvoir de prendre toute mesure contre de telles conditions (art. 113.1). Les parties conviennent que l’art. 37 de la Loi confère à l’Office le large pouvoir discrétionnaire d’entendre les plaintes concernant les transporteurs internationaux, y compris la plainte portée par le Dr Lukács contre Delta en l’espèce.

C. *The Agency's Decision*

[12] A decision is reasonable if it is justifiable, transparent, and intelligible, and falls within “a range of possible, acceptable outcomes”: *Dunsmuir*, at para. 47. Courts are required to pay “respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: *ibid.*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286. A reviewing court must refer “both to the process of articulating the reasons and to outcomes”: *ibid.*, at para. 47.

[13] The question in this case is whether the Agency reasonably exercised its discretion to dismiss Dr. Lukács’ complaint. On a respectful reading of the Agency’s reasons, I conclude that it did not. The decision does not satisfy the requirements of justification, transparency, and intelligibility for two reasons. First, the Agency presumed public interest standing is available and then applied a test that can never be met. This approach to standing unreasonably fettered the Agency’s discretion. Second, the total denial of public interest standing is inconsistent with a reasonable interpretation of the Agency’s legislative scheme. I will address each of these points in turn.

[14] In this case, the Agency had discretion under s. 37 of the Act to determine whether to hear Dr. Lukács’ complaint. The Agency did not advert to this discretion, however, and appeared to approach the standing question as if bound by the tests for standing as applied in civil courts. As such, it found that it would hear the complaint only if Dr. Lukács could satisfy the test for either private interest standing or public interest standing.

[15] The Agency held that to establish private interest standing, complainants must show that they

C. *La décision de l’Office*

[12] Une décision est raisonnable si elle est justifiable, transparente et intelligible et si elle appartient « aux issues possibles acceptables » : *Dunsmuir*, par. 47. Les tribunaux judiciaires doivent accorder une [TRADUCTION] « attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : *ibid.*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286. Les cours de révision doivent se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable » : *ibid.*, par. 47.

[13] En l’espèce, la question est de savoir si l’Office a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire de rejeter la plainte du Dr Lukács. À la lecture respectueuse des motifs de l’Office, je conclus qu’il ne l’a pas fait. La décision ne respecte pas les exigences relatives à la justification, à la transparence et à l’intelligibilité, et ce, pour deux raisons. Premièrement, l’Office a présumé qu’il pourrait y avoir qualité pour agir dans l’intérêt public et a ensuite appliqué un test auquel il est impossible de satisfaire. Cette approche relative à la qualité pour agir a entravé de manière déraisonnable le pouvoir discrétionnaire de l’Office. Deuxièmement, le refus total de reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public est incompatible avec une interprétation raisonnable du régime législatif applicable à l’Office. J’examinerai successivement chacun de ces points.

[14] En l’espèce, l’Office avait le pouvoir discrétionnaire, en vertu de l’art. 37 de la Loi, de décider s’il entendrait la plainte du Dr Lukács. Or, l’Office n’a pas fait référence à ce pouvoir discrétionnaire, et a semblé aborder la question de la qualité pour agir comme s’il était lié par les tests que les tribunaux de juridiction civile y appliquent. Ainsi, il a conclu qu’il n’entendrait la plainte que si le Dr Lukács pouvait satisfaire au test relatif soit à la qualité pour agir dans l’intérêt privé, soit à la qualité pour agir dans l’intérêt public.

[15] L’Office a statué qu’afin d’établir la qualité pour agir dans l’intérêt privé, un plaignant doit

are “aggrieved”, “affected”, or have some other “sufficient interest” (para. 64). While the Agency appears to have accepted that a complainant does not need to have suffered discrimination, it held that the complainant does need to be a person to whom the impugned policy applies. Dr. Lukács, who was not a “‘large person’ for the purpose of Delta’s policy”, did not therefore have private interest standing (*ibid.*).

[16] Nor, the Agency held, could Dr. Lukács claim public interest standing. The Agency stated the relevant test as follows, at para. 68:

1. Is there a serious issue as to the validity of the legislation?
2. Is the party seeking public interest affected by the legislation or does the party have a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation?
3. Is there another reasonable and effective manner in which the issue may be brought to the court?

The Agency recognized this Court’s direction in *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524, at para. 36, that these factors are not technical requirements and must be weighed cumulatively. Nonetheless, the Agency proceeded to deny standing based on a rigid application of the second factor of the test. It concluded that standing must be denied because the complaint was “not related to the constitutionality of legislation or to the non-constitutionality of administrative action” (para. 74).

[17] This brings us to the first problem: the Agency applied a test for public interest standing that could arguably never be satisfied. One of the Agency’s functions is the regulation of air carriers, which are private, non-governmental actors. Any valid complaint against an air carrier would impugn the terms and conditions established by a private company. A complaint regarding these terms and conditions can never, by its very nature, be a challenge to the

démontrer qu’il est « lésé » ou « touché » ou qu’il a un « intérêt suffisant » : par. 64. Même si l’Office semble avoir accepté qu’un plaignant n’a pas nécessairement à avoir subi de discrimination, il a jugé qu’il devait néanmoins être une personne à qui s’applique la politique contestée. Docteur Lukács, qui n’était pas « une personne de grande taille au sens de la politique de Delta », n’avait donc pas qualité pour agir dans l’intérêt privé : *ibid.*

[16] L’Office a statué que le Dr Lukács ne pouvait pas non plus revendiquer la qualité pour agir dans l’intérêt public et il a énoncé le test applicable de la façon suivante au par. 68 de sa décision :

1. La question de l’invalidité de la loi en question se pose-t-elle sérieusement?
2. La partie qui demande la qualité pour agir dans l’intérêt public est-elle touchée par la loi, ou a-t-elle, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi?
3. Y a-t-il une autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

L’Office a reconnu la directive de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524, par. 36, voulant que ces facteurs ne soient pas des exigences techniques et qu’ils doivent être appréciés ensemble. L’Office a néanmoins refusé de reconnaître la qualité pour agir en raison d’une application rigide du deuxième facteur du test. Il a conclu que la qualité pour agir ne devait pas être reconnue parce que la plainte « ne concern[ait] pas la constitutionnalité d’une loi, ni la non-constitutionnalité d’une mesure administrative » : par. 74.

[17] Cela nous amène au premier problème, à savoir que l’Office a appliqué un test relatif à la qualité pour agir dans l’intérêt public que l’on pourrait considérer comme impossible à satisfaire. L’Office a notamment pour fonction de réglementer les transporteurs aériens, des acteurs privés, non gouvernementaux. Toute plainte valide contre un transporteur aérien revient à contester les conditions établies par une société privée. Or, une plainte portant sur ces

constitutionality of legislation or the illegality of administrative action. In sum, the Agency suggests the availability of public interest standing to bring a complaint of this type and then, in the same breath, precludes any possibility of granting it. The imposition of a test that can never be met could not be what Parliament intended when it conferred a broad discretion on this administrative body to decide whether to hear complaints.

[18] The Agency's application of the test is also inconsistent with the rationale underlying public interest standing. In determining whether to grant public interest standing, courts must take a "flexible, discretionary approach": *Downtown Eastside*, at para. 1. This requires balancing the preservation of judicial resources with access to justice: *ibid.*, at para. 23. The whole point is for the court to use its discretion, where appropriate, to allow more plaintiffs through the door. As the Agency rightly put it, the objective is to hear from those plaintiffs or complainants "with the most at stake" (para. 52). The Agency's decision in this case, however, exhibits no balancing; it does not allow those with most at stake to be heard. Rather, it uses public interest standing simply to bar access. *Downtown Eastside* makes clear that at least *some* plaintiffs will be granted public interest standing. The Agency's decision, in contrast, allows *no* complainants to have public interest standing. The Agency did not maintain a flexible approach to this question and in so doing unreasonably fettered its discretion. While the public interest standing test was designed to protect courts' discretion, the Agency eliminated any of its own discretion under this test.

[19] The second problem with the decision is that the impact of the tests for private and public interest

conditions ne peut jamais, compte tenu de sa nature même, être une contestation de la constitutionnalité d'une loi ou de l'illégalité d'une mesure administrative. En somme, l'Office suggère qu'il pourrait y avoir qualité pour agir dans l'intérêt public pour présenter une plainte de ce type, puis, du même souffle, exclut toute possibilité de reconnaître cette qualité. L'imposition d'un test auquel il est impossible de satisfaire ne peut pas être ce que voulait le législateur lorsqu'il a conféré à cet organisme administratif le large pouvoir discrétionnaire de décider s'il entendra des plaintes.

[18] L'application du test par l'Office est également incompatible avec la raison d'être de la qualité pour agir dans l'intérêt public. Lorsqu'ils décident s'ils reconnaissent cette qualité pour agir, les tribunaux judiciaires doivent adopter une « approche souple et discrétionnaire » : *Downtown Eastside*, par. 1. Pour ce faire, ils doivent établir un équilibre entre la nécessité d'économiser les ressources judiciaires d'une part et l'accès à la justice d'autre part : *ibid.*, par. 23. Essentiellement, le tribunal judiciaire doit exercer son pouvoir discrétionnaire, s'il y a lieu, pour donner accès à un plus grand nombre de demandeurs. Comme l'Office l'affirme avec raison, l'objectif est d'entendre les demandeurs ou les plaignants « les plus concern[és] » : par. 52. Or, la décision de l'Office en l'espèce ne témoigne d'aucune recherche d'équilibre; elle ne permet pas aux personnes les plus concernées d'être entendues. Elle invoque plutôt la qualité pour agir dans l'intérêt public uniquement pour refuser l'accès. Il ressort clairement de *Downtown Eastside* qu'au moins *certain*s demandeurs se verront reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. La décision de l'Office, au contraire, ne permet à *aucun* plaignant de se voir reconnaître cette qualité. L'Office n'a pas adopté une approche souple à l'égard de cette question et, ce faisant, il a entravé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable. Si, certes, le test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public a été conçu pour protéger le pouvoir discrétionnaire des tribunaux judiciaires, l'Office s'est défait de son pouvoir discrétionnaire par l'application de ce test.

[19] Le deuxième problème concernant la décision est que l'effet des tests relatifs à la qualité pour agir

standing, applied as they were in this decision, cannot be supported by a reasonable interpretation of how the legislative scheme is intended to operate. Applying these tests in the way the Agency did would preclude any public interest group or representative group from ever having standing before the Agency, regardless of the content of its complaint. A complaint by the Council of Canadians with Disabilities, like the one brought in *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, would not be heard. In effect, only a person who is herself targeted by the impugned policy could bring a complaint.

[20] This is contrary to the scheme of the Act. Parliament has seen fit to grant the Agency broad remedial authority. Section 5(d) of the Act requires the Agency to promote accessible transportation. And ss. 111 and 113 of the Regulations allow the Agency to act to correct discriminatory terms and conditions before passengers actually experience harm. Indeed, these provisions empower the Agency to investigate based on a complaint or of its own motion. To refuse a complaint based solely on the identity of the group bringing it prevents the Agency from hearing potentially highly relevant complaints, and hinders its ability to fulfill the statutory scheme's objective. This does not mean that every complaint from a public interest group must be heard. It is unreasonable, however, for the Agency to apply a test that would prevent it from hearing the complaint of any such group.

[21] For these reasons, I conclude that the Agency's decision fails to meet the indicia of reasonableness enumerated in *Dunsmuir*.

[22] Delta acknowledges that the Agency's reasons are deficient. It argues, however, that the reviewing court is required to examine not only the reasons given, but the reasons that *could* be given to support the Agency's decision: see *Alberta Teachers*, at para. 53; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at

dans l'intérêt privé ou public, appliqués comme ils l'ont été dans la décision en cause, ne peut être justifié par une interprétation raisonnable de la façon dont le régime législatif est censé fonctionner. L'application de ces tests de la façon dont l'Office l'a faite empêcherait tout groupe de défense de l'intérêt public ou groupe représentatif de se voir reconnaître la qualité pour agir devant l'Office, sans égard au contenu de sa plainte. Ainsi, une plainte par le Conseil des Canadiens avec déficiences, comme celle qui a été portée dans l'affaire *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, ne serait pas entendue. De fait, seule une personne qui est elle-même visée par la politique contestée pourrait déposer une plainte.

[20] Ce résultat est contraire à l'esprit de la Loi. Le législateur a jugé bon de conférer à l'Office un large pouvoir de réparation. L'alinéa 5d) de la Loi oblige l'Office à promouvoir le transport accessible. De plus, les art. 111 et 113 du Règlement permettent à l'Office d'agir pour corriger des conditions discriminatoires avant que les passagers ne subissent un préjudice. De fait, ces dispositions confèrent à l'Office le pouvoir d'enquêter par suite d'une plainte, ou de sa propre initiative. Rejeter une plainte sur le seul fondement de l'identité du groupe qui la porte empêcherait l'Office d'entendre des plaintes qui pourraient se révéler fort pertinentes et entraverait sa capacité à réaliser l'objectif du régime créé par la Loi. Cela ne veut pas dire que toutes les plaintes de groupes de défense de l'intérêt public doivent être entendues. Toutefois, il est déraisonnable que l'Office applique un test qui l'empêcherait d'entendre les plaintes de tels groupes.

[21] Pour ces motifs, je conclus que la décision de l'Office ne respecte pas le test de raisonabilité énoncé dans *Dunsmuir*.

[22] Delta reconnaît que les motifs de l'Office sont déficients. Toutefois, elle plaide que la cour de révision est tenue d'examiner non seulement les motifs donnés par l'Office, mais aussi les motifs qui *pourraient* être donnés au soutien de sa décision : voir *Alberta Teachers*, par. 53; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011]

para. 12. Specifically, it urges this Court to look to the justifications for denying standing enumerated in *Lukács v. Porter Airlines Inc.*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 121-C-A-2016, April 22, 2016.

[23] Supplementing reasons may be appropriate in cases where the reasons are either non-existent or insufficient. In *Alberta Teachers*, no reasons were provided because the issue had not been raised before the decision maker (para. 51). In *Newfoundland Nurses*, the reasons were alleged to be insufficient (para. 8). These authorities are distinguishable from this case, where the Agency provided detailed reasons that enumerated and then strictly applied a test unsupported by the statutory scheme.

[24] The requirement that respectful attention be paid to the reasons offered, or the reasons that could be offered, does not empower a reviewing court to ignore the reasons altogether and substitute its own: *Newfoundland Nurses*, at para. 12; *Pathmanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 353, 17 Imm. L.R. (4th) 154, at para. 28. I agree with Justice Rothstein in *Alberta Teachers* when he cautioned:

The direction that courts are to give respectful attention to the reasons “which could be offered in support of a decision” is not a “carte blanche to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result” . . . [para. 54, quoting *Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56]

In other words, while a reviewing court may supplement the reasons given in support of an administrative decision, it cannot ignore or replace the reasons actually provided. Additional reasons must supplement and not supplant the analysis of the administrative body.

[25] In my view, this is not a case where merely supplementing the reasons can render the decision reasonable. The Agency clearly stated a test for public interest standing and applied that test. The Agency

3 R.C.S. 708, par. 12. Plus particulièrement, elle prie la Cour d’examiner les justifications du refus de reconnaître la qualité pour agir énumérées dans la décision *Lukács c. Porter Airlines Inc.*, Office des transports du Canada, décision n° 121-C-A-2016, 22 avril 2016.

[23] Il peut convenir de compléter des motifs dans les cas où ceux-ci sont soit inexistant, soit insuffisants. Dans *Alberta Teachers*, aucun motif n’avait été fourni parce que la question n’avait pas été soulevée devant le décideur : par. 51. Dans *Newfoundland Nurses*, on a fait valoir que les motifs étaient insuffisants : par. 8. Or, ces arrêts peuvent être distingués de l’espèce, où l’Office a fourni des motifs détaillés qui énonçaient et appliquaient ensuite de façon stricte un test qui ne s’appuyait pas sur le régime législatif.

[24] L’obligation de porter une attention respectueuse aux motifs donnés ou aux motifs qui pourraient être donnés n’autorise pas une cour de révision à faire complètement abstraction des motifs existants et à y substituer les siens : *Newfoundland Nurses*, par. 12; *Pathmanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2013 CF 353, par. 28 (CanLII). Je suis d’accord avec la mise en garde suivante du juge Rothstein dans *Alberta Teachers* :

L’invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » . . . [par. 54, citant *Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56]

Autrement dit, bien qu’une cour de révision puisse compléter les motifs donnés au soutien d’une décision administrative, elle ne peut faire abstraction des motifs effectivement fournis ou les remplacer. Les motifs additionnels doivent compléter et non supplanter l’analyse de l’organisme administratif.

[25] À mon avis, il ne s’agit pas d’un cas où le simple fait de compléter les motifs est susceptible de rendre la décision raisonnable. L’Office a clairement énoncé un test relatif à la qualité pour agir dans

could have adapted the test so that the complainants under its legislative scheme could actually meet it. Of course, it could also have exercised its discretion without any reference to standing at all. But it did neither of these things. The reviewing court must not do them in the Agency's place for three principal reasons.

[26] First, to do so would require erasing the public interest standing test and its application, as set out by the Agency, and replacing them with reasons and justifications formulated by this Court. Delta has not pointed to any administrative law authority that would justify this approach.

[27] Second, it would undermine, if not negate, the vital role of reasons in administrative law. *Dunsmuir* still stands for the proposition that reviewing courts must look at both the reasons *and* the outcome. While this does not require “two discrete analyses” (*Newfoundland Nurses*, at para. 14), it means that reasons still matter. If we allow reviewing courts to replace the reasons of administrative bodies with their own, the outcome of administrative decisions becomes the sole consideration. With that approach, as long as the reviewing court could come up with some possible justification — even if it contradicted the reasons given by the administrative body — the decision would be reasonable. This goes too far. It is important to maintain the requirement that where administrative bodies provide reasons for their decisions, they do so in an intelligible, justified, and transparent way.

[28] Finally, this would amount to the reviewing court assuming the role of the Agency by developing and applying a complaints procedure under the Act. It would be ironic to allow the appeal in the name of deference and then stipulate how the Agency should determine when to hear a complaint: see *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267, at para. 11.

l'intérêt public et il l'a appliqué. Il aurait pu adapter ce test afin que les plaignants assujettis à son régime législatif puissent être en mesure de le respecter. Bien entendu, il aurait pu également exercer son pouvoir discrétionnaire sans faire la moindre référence à la qualité pour agir. Il n'a toutefois emprunté ni l'une ni l'autre de ces avenues. La cour de révision ne doit pas les emprunter à la place de l'Office, et ce, pour trois principaux motifs.

[26] Premièrement, il faudrait pour ce faire mettre de côté le test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public et son application, tels qu'énoncés par l'Office, et remplacer son analyse par des motifs et des justifications formulés par la Cour. Delta n'a cité aucune jurisprudence ou doctrine en droit administratif qui justifierait cette approche.

[27] Deuxièmement, cela minerait, voire nierait, le rôle essentiel des motifs en droit administratif. L'arrêt *Dunsmuir* établit encore à ce jour que les cours de révision doivent examiner à la fois les motifs *et* le résultat. Bien que cela ne nécessite pas « deux analyses distinctes » (*Newfoundland Nurses*, par. 14), il n'en demeure pas moins que les motifs ont encore de l'importance. Si nous permettions aux cours de révision de remplacer les motifs d'organismes administratifs par les leurs, le résultat des décisions administratives deviendrait la seule considération. Suivant cette approche, tant que les cours de révision pourraient offrir une justification possible — même si celle-ci contredisait les motifs donnés par l'organisme administratif —, la décision serait raisonnable. Cela irait trop loin. Il est important de maintenir l'exigence voulant que lorsque les organismes administratifs fournissent des motifs à l'appui de leurs décisions, ils le fassent de façon intelligible, justifiée et transparente.

[28] Enfin, la cour de révision se trouverait alors à assumer le rôle de l'Office en élaborant et en appliquant une procédure relative aux plaintes sous le régime de la Loi. Il serait paradoxal d'accueillir le pourvoi au nom de la déférence et de prescrire ensuite comment l'Office devrait s'y prendre pour déterminer dans quelles situations il entendra une plainte : voir *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 431, par. 11 (CanLII).

[29] With respect, I am of the view that this is the approach taken by Abella J. in this case. Abella J. explains that the outcome is reasonable because Dr. Lukács' complaint is not "an effective and reasonable means of bringing the issue before the Agency" (para. 64) and because he provides no explanation for why an affected passenger could not have submitted his or her own complaint (para. 65). These are not justifications that were provided by the Agency, which set out that the public interest test requires a complaint that raises the constitutionality of legislation or the illegal exercise of administrative authority. The Agency then dismissed Dr. Lukács' complaint on the sole basis that his complaint did neither of these things. I do not see how my colleague's justifications can be used to supplement the Agency's reasons, unless the Agency's own formulation and justification of the legal test is struck from the reasons and these justifications are put in their place. This goes beyond paying respectful attention to the reasons or appropriately supplementing them. It amounts instead to replacing the Agency's reasons with those of this Court and effectively leaving the Agency with a standing test not of its own making.

[30] I would agree with Abella J., however, that the Court of Appeal should not have held that standing rules could not be considered by the Agency in its reconsideration of the matter. The better approach is to send this matter back to the Agency for reconsideration in its entirety. In its order, the Court of Appeal stipulated that the Agency must reconsider the matter "otherwise than on the basis of standing" (para. 32). I would not structure the order so strictly so as to foreclose the possibility that the Agency could reasonably adapt the standing tests of civil courts in light of its statutory scheme. As my colleague observes, s. 25 of the Act confers on the Agency "all the powers, rights and privileges that are vested in a superior court" (para. 56) with respect to all matters within its jurisdiction. This language indicates the legislator's intention to give deference to the Agency's determination of its complaints process.

[29] Avec égards, je suis d'avis que c'est l'approche qu'a adoptée la juge Abella en l'espèce. Selon elle, le résultat est raisonnable parce que la plainte du Dr Lukács ne constitue pas « un moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à l'Office » (par. 64) et parce que le Dr Lukács n'a pas expliqué pourquoi un passager touché n'aurait pas pu présenter sa propre plainte (par. 65). Ces justifications n'ont pas été données par l'Office, pour qui le test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public exige une plainte qui soulève la constitutionnalité d'une loi ou l'exercice illégal de l'autorité administrative. L'Office a ensuite rejeté la plainte du Dr Lukács pour le seul motif que sa plainte ne soulevait aucun de ces deux éléments. Je ne vois pas comment les justifications de ma collègue peuvent être utilisées pour compléter les motifs de l'Office, à moins de radier la formulation et la justification du test juridique des motifs de l'Office et d'y substituer ces justifications. Dès lors, nous ferions plus que porter une attention respectueuse aux motifs ou les compléter comme il se doit. Nous nous trouverions plutôt à remplacer les motifs de l'Office par ceux de la Cour et à imposer dans les faits à l'Office un test relatif à la qualité pour agir qu'il n'aurait pas lui-même conçu.

[30] Cela dit, je conviens avec la juge Abella que la Cour d'appel fédérale s'est méprise en concluant que l'Office ne pouvait pas recourir aux règles relatives à la qualité pour agir lors de son nouvel examen de l'affaire. La meilleure façon de faire est de renvoyer cette dernière à l'Office pour qu'il l'examine de nouveau dans son ensemble. Dans son ordonnance, la Cour d'appel fédérale a affirmé que l'Office devait examiner l'affaire de nouveau « pour d'autres motifs que la qualité pour agir » : par. 32. Je ne formulerais pas l'ordonnance en termes stricts au point qu'ils excluent la possibilité que l'Office adapte raisonnablement les tests relatifs à la qualité pour agir des tribunaux judiciaires de juridiction civile en tenant compte de son régime législatif. Comme ma collègue le fait remarquer, l'art. 25 de la Loi confère à l'Office, à toute fin liée à l'exercice de sa compétence, « les attributions d'une cour supérieure » : par. 56. Cette formulation dénote l'intention du législateur qu'il soit fait preuve de retenue à l'égard du processus d'examen des plaintes établi par l'Office.

[31] Of course, there are numerous other ways that the Agency could exercise its discretion under s. 37 of the Act, including examining whether the complaint is in good faith, timely, vexatious, duplicative, or in line with the Agency’s workload and prioritization of cases. The Agency may also wish to consider whether the claim raises a serious issue to be tried or, as *Abella J.* has done, whether the complaint is based on sufficient evidence. It is not for this Court to tell the Agency which of these methods is preferable. Deference requires that we let the Agency determine for itself how to use its discretion, provided it does so reasonably.

III. Conclusion

[32] I would allow the appeal in part to vary the order of the Court of Appeal, with costs to the respondent. The matter should be remitted to the Agency to reconsider the matter in whole, whether on the basis of standing or otherwise.

The reasons of *Abella*, *Moldaver* and *Karakatsanis JJ.* were delivered by

ABELLA J. (dissenting) —

Introduction

[33] Gábor Lukács, a mathematician who describes himself as an “air passenger rights advocate”, complained to the Canadian Transportation Agency asserting that Delta Air Lines Inc.’s practices regarding “large” persons were contrary to a tariff provision of the *Air Transportation Regulations*, SOR/88-58.

[34] Mr. Lukács’ complaint was based on an email concerning a passenger who had told Delta that another passenger’s size made him feel discomfort. Delta had apologized to that customer for the discomfort and explained that under its guidelines, “large” passengers are either moved to a part of the

[31] Bien entendu, l’Office pourrait exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l’art. 37 de la Loi de nombreuses autres façons, notamment en examinant la question de savoir si la plainte a été portée de bonne foi, si elle est opportune, vexatoire, redondante ou conforme à la charge de travail de l’Office et à sa hiérarchisation des dossiers. L’Office pourrait aussi se demander si la plainte soulève une question sérieuse à juger ou, comme l’a fait la juge *Abella*, si la plainte est fondée sur une preuve suffisante. Il n’appartient pas à la Cour de dire à l’Office laquelle de ces méthodes est préférable. La déférence requiert que nous laissions l’Office décider lui-même comment exercer son pouvoir discrétionnaire, pourvu qu’il le fasse de manière raisonnable.

III. Conclusion

[32] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi en partie pour modifier l’ordonnance de la Cour d’appel fédérale avec dépens pour l’intimé. L’affaire devrait être renvoyée à l’Office pour qu’il l’examine de nouveau dans son ensemble, que ce soit sur le fondement de la qualité pour agir ou autrement.

Version française des motifs des juges *Abella*, *Moldaver* et *Karakatsanis* rendus par

LA JUGE ABELLA (dissidente) —

Introduction

[33] Gábor Lukács, un mathématicien qui se décrit comme un [TRADUCTION] « défenseur des droits des passagers du transport aérien », a déposé une plainte auprès de l’Office des transports du Canada dans laquelle il a fait valoir que les pratiques de Delta Air Lines Inc. relatives aux personnes « de grande taille » étaient contraires à une disposition relative aux tarifs du *Règlement sur les transports aériens*, DORS/88-58.

[34] La plainte de M. Lukács s’appuyait sur un courriel au sujet d’un passager qui avait dit à Delta que la taille d’un autre passager l’avait incommodé. Delta a présenté ses excuses à ce passager pour l’inconfort subi et lui a expliqué que, en vertu de ses lignes directrices, les passagers [TRADUCTION] « de

plane with more space or, if the plane is full, asked if they wish to take a later flight. The discomfited passenger did not file a complaint with the Agency. Mr. Lukács did.

[35] Mr. Lukács did not make a complaint about disability.¹ He chose instead to bring a tariff complaint under s. 111(2) of the *Regulations*, which states:

(2) No air carrier shall, in respect of tolls or the terms and conditions of carriage,

(a) make any unjust discrimination against any person or other air carrier;

(b) give any undue or unreasonable preference or advantage to or in favour of any person or other air carrier in any respect whatever; or

(c) subject any person or other air carrier or any description of traffic to any undue or unreasonable prejudice or disadvantage in any respect whatever.

His complaint was not supported by any facts. Nor was there any suggestion that Mr. Lukács spoke for, or represented, any “large” persons.

[36] Mr. Lukács acknowledged that he was not raising any disability-related issues and was not seeking better or special treatment for “large” passengers, since he acknowledged that imposing such policies on Delta “would be beyond the scope of the present complaint”. Instead, Mr. Lukács was seeking to have Delta’s practices regarding “large” passengers stopped.

[37] The Agency invited Mr. Lukács and Delta to file submissions on whether Mr. Lukács had standing. The Agency concluded that Mr. Lukács lacked

¹ Disability complaints are brought under Part V of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10, which deals with the “Transportation of Persons with Disabilities”.

grande taille » étaient invités à se déplacer à un endroit de l’avion offrant plus d’espace ou, si l’avion était plein, à prendre un vol ultérieur s’ils le souhaitaient. Le passager incommodé n’a pas déposé de plainte auprès de l’Office. M. Lukács l’a fait.

[35] M. Lukács n’a pas présenté une plainte relative à une déficience¹. Il a plutôt choisi de présenter une plainte relative au tarif en vertu du par. 111(2) du *Règlement* qui prévoit ce qui suit :

(2) En ce qui concerne les taxes et les conditions de transport, il est interdit au transporteur aérien :

a) d’établir une distinction injuste à l’endroit de toute personne ou de tout autre transporteur aérien;

b) d’accorder une préférence ou un avantage indu ou déraisonnable, de quelque nature que ce soit, à l’égard ou en faveur d’une personne ou d’un autre transporteur aérien;

c) de soumettre une personne, un autre transporteur aérien ou un genre de trafic à un désavantage ou à un préjudice indu ou déraisonnable de quelque nature que ce soit.

La plainte de M. Lukács n’était fondée sur aucun fait. Rien ne suggérait non plus qu’il représentait des personnes [TRADUCTION] « de grande taille », ou qu’il parlait en leur nom.

[36] M. Lukács a reconnu qu’il ne soulevait pas de questions en matière de déficiences et qu’il ne cherchait pas à obtenir un traitement meilleur ou particulier pour les passagers [TRADUCTION] « de grande taille », puisqu’il reconnaissait que l’imposition de telles politiques à Delta « déborderait le cadre de la présente plainte ». M. Lukács cherchait plutôt à ce que Delta mette fin à ses pratiques à l’égard des passagers « de grande taille ».

[37] L’Office a invité Delta et M. Lukács à déposer des observations sur la question de savoir si ce dernier avait qualité pour agir. L’Office a conclu que

¹ Les plaintes relatives à des déficiences sont présentées en application de la partie V de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, qui porte sur le « Transport des personnes ayant une déficience ».

both private interest and public interest standing. It held that private interest standing prioritizes those who have a direct personal interest in the issue being litigated, those whose interests are affected more than those of the general public, and those who are seeking to gain something more than simply righting a wrong. It is, as a result, only made out if a complainant is “aggrieved” or “affected” or has some other “sufficient interest” (citing D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (5th ed. 2009), at pp. 646-47). Since Mr. Lukács brought forward no evidence that he fell within Delta’s guidelines, Mr. Lukács was found not to be an “aggrieved” or “affected” or a “sufficient[ly] interest[ed]” person able to get private interest standing.

[38] Mr. Lukács argued that the applicable test for public interest standing should be the one he said was applied by the Ontario Superior Court in *Fraser v. Canada (Attorney General)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101. He referred to the following three factors:

1. Is there a serious issue to be tried?
2. Does the party seeking public interest standing have a genuine interest in the matter?
3. Is the proceeding a reasonable and effective means to bring the issue before the court (or tribunal)?

(Canadian Transportation Agency, Decision No. 425-C-A-2014, November 25, 2014, at para. 66)

[39] The Agency, noting that the Ontario Superior Court in *Fraser* actually framed the second factor differently — “Does the UFCW have a genuine interest in the validity of the legislation?” (emphasis added) — ultimately chose not to apply Mr. Lukács’ proposed test and adopted instead the three-part framework developed by this Court in *Thorson, McNeil, Borowski, Finlay, Canadian Council of*

M. Lukács n’avait qualité pour agir ni dans l’intérêt privé ni dans l’intérêt public. Selon lui, la qualité pour agir dans l’intérêt privé donne priorité à ceux qui ont un intérêt personnel direct dans la question à trancher, à ceux dont les intérêts sont plus touchés que ceux du grand public et à ceux qui cherchent à gagner quelque chose de plus que de simplement redresser une injustice. En conséquence, la qualité pour agir dans l’intérêt privé serait établie seulement si un plaignant est « lésé » ou « touché », ou s’il a un autre « intérêt suffisant » : citant D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (5^e éd. 2009), p. 646-647. Puisque M. Lukács n’avait présenté aucune preuve selon laquelle il était touché par les lignes directrices de Delta, l’Office a conclu qu’il n’était pas une personne « lésée » ou « touchée », ou ayant un « intérêt suffisant » lui permettant de se voir reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt privé.

[38] M. Lukács a soutenu que le test applicable relatif à la qualité pour agir dans l’intérêt public devrait être celui qui, à son avis, a été utilisé dans la décision de la Cour supérieure de justice de l’Ontario dans *Fraser c. Canada (Attorney General)* (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 101. Il a fait référence aux trois facteurs suivants :

1. Y a-t-il une question sérieuse à juger?
2. La partie qui demande la qualité pour agir dans l’intérêt public a-t-elle un intérêt véritable dans cette affaire?
3. Une instance constitue-t-elle une manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour (ou au tribunal)?

(Office des transports du Canada, décision n° 425-C-A-2014, 25 novembre 2014, par. 66)

[39] L’Office, qui fait remarquer que, dans *Fraser*, la Cour supérieure de justice de l’Ontario a, en fait, formulé différemment le deuxième facteur — [TRANSDUCTION] « Les TUAC ont-ils un intérêt véritable quant à la validité de la loi? » (italiques ajoutées) —, a finalement décidé de ne pas appliquer le test proposé par M. Lukács et a plutôt adopté le cadre d’analyse en trois volets élaboré par la Cour dans les arrêts

Churches, and *Downtown Eastside*,² which was in fact the test applied in *Fraser*. The framework can be summarized as follows:

1. Is there a serious justiciable issue as to the validity of the legislation (or the legality of the administrative acts)?
2. Is the party seeking public interest standing affected by the legislation directly or does the party have a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation?
3. Is the proposed suit, in all the circumstances, a reasonable and effective means of bringing the matter before the court?

Applying this jurisprudence, and based on the nature of his complaint, the Agency concluded that Mr. Lukács also lacked public interest standing.

[40] At the Federal Court of Appeal, Mr. Lukács acknowledged that he lacked a personal and direct interest in this case and therefore no longer claimed private interest standing.

[41] The Federal Court of Appeal found that the Agency's decision to dismiss the complaint based on the public interest standing test developed by the courts was unreasonable. It concluded that since tribunals are entitled to use less formal procedures, they *should* use standing rules that are less formal than the ones used by courts. The issue was returned to the Agency to determine whether it would inquire into Mr. Lukács' complaint on a basis other than the rules of standing developed by the courts.

[42] In my respectful view, based on the purposes and provisions in its governing statute, while the

Thorson, *McNeil*, *Borowski*, *Finlay*, *Conseil canadien des Églises* et *Downtown Eastside*², soit, en fait, le test appliqué dans *Fraser*. On peut résumer ainsi ce cadre d'analyse :

1. Une question justiciable sérieuse se pose-t-elle quant à la validité de la loi (ou à la légalité des actes administratifs)?
2. La partie qui demande qualité pour agir dans l'intérêt public est-elle touchée directement par la loi, ou a-t-elle, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi?
3. La poursuite proposée est-elle, dans toutes les circonstances, un moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour?

Appliquant cette jurisprudence, et compte tenu de la nature de sa plainte, l'Office a conclu que M. Lukács n'avait pas non plus qualité pour agir dans l'intérêt public.

[40] Devant la Cour d'appel fédérale, M. Lukács a reconnu qu'il lui manquait un intérêt personnel et direct dans l'affaire, si bien qu'il ne revendiquait plus la qualité pour agir dans l'intérêt privé.

[41] Pour la Cour d'appel fédérale, la décision de l'Office de rejeter la plainte sur le fondement du test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public élaboré par les tribunaux judiciaires était déraisonnable. Selon elle, comme les tribunaux administratifs ont le droit d'appliquer des procédures moins formelles, ils *doivent* appliquer des règles relatives à la qualité pour agir moins formelles que celles appliquées par les tribunaux judiciaires. L'affaire a été renvoyée à l'Office pour qu'il décide s'il enquêtera quant à la plainte de M. Lukács pour un motif autre que les règles relatives à la qualité pour agir élaborées par les tribunaux.

[42] À mon avis respectueux, vu les objets et les dispositions de sa loi habilitante, bien que l'Office ne

² *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Finlay v. Canada (Minister of Finance)*, [1986] 2 S.C.R. 607; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; and *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 S.C.R. 524.

² *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; et *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, [2012] 2 R.C.S. 524.

Agency is not *required* to apply the same standing rules used by courts, nothing in its governing statute prevents it from doing so. Nor is its conclusion that Mr. Lukács lacked standing unreasonable. I would therefore allow the appeal.

Analysis

[43] The issue is whether the Agency can develop and apply its own standing rules and, if so, whether they can be similar to those applied by courts. All of the parties agree that reasonableness is the applicable standard of review.

[44] The intention of Parliament was for the Agency to have the authority to interpret and apply its wide-ranging governing statute dealing with national transportation issues, address policy, and balance the multiple and competing interests before it (*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 107). There is nothing in the Agency’s mandate that circumscribes its ability to determine how it will decide what cases to hear.

[45] Like the courts, the Agency is entitled to apply a gatekeeping or screening mechanism that is principled and for the same principled reason, namely, to avoid an arbitrary and undisciplined *ad hoc* approach to standing. And, like the courts, a principled gatekeeping function enables the Agency to balance, in a transparent and effective manner, the various competing interests and demands before it, such as access and resources.

[46] The Agency’s approach to public interest standing is based on this Court’s jurisprudence and reflects traditional gatekeeping rationales:

... applying standing to public law accomplishes three key objectives. First, it ensures that scarce judicial resources

soit pas *tenu* d’appliquer les mêmes règles relatives à la qualité pour agir que celles appliquées par les tribunaux judiciaires, aucune disposition de sa loi habilitante ne l’empêche de le faire, et sa conclusion voulant que M. Lukács n’a pas qualité pour agir n’est pas déraisonnable. En conséquence, j’accueillerais le pourvoi.

Analyse

[43] La question est de savoir si l’Office peut élaborer et appliquer ses propres règles relatives à la qualité pour agir et, dans l’affirmative, si ces règles peuvent être semblables à celles qu’appliquent les tribunaux judiciaires. Toutes les parties conviennent que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

[44] Le législateur avait l’intention que l’Office ait le pouvoir d’interpréter et d’appliquer sa vaste loi habilitante portant sur les questions de transport national, de résoudre des questions de politique générale et de mettre en balance les intérêts multiples et opposés portés à sa connaissance : *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 107. Rien dans le mandat de l’Office ne limite sa capacité à décider de la façon dont il déterminera quelles affaires il entendra.

[45] À l’instar des tribunaux judiciaires, l’Office a le droit d’appliquer un mécanisme de contrôle ou de filtrage qui est fondé sur des principes et pour la même raison logique, à savoir, pour éviter une approche *ad hoc* arbitraire et indisciplinée au regard de la qualité pour agir. De plus, comme c’est le cas pour les tribunaux judiciaires, une fonction de contrôle raisonnée permet à l’Office de mettre en balance, de manière transparente et efficace, les divers intérêts et demandes opposés portés à sa connaissance, notamment en matière d’accès et de ressources.

[46] L’approche adoptée par l’Office concernant la qualité pour agir dans l’intérêt public est fondée sur la jurisprudence de la Cour et reflète les fondements traditionnels de contrôle :

... le fait d’appliquer la qualité pour agir au droit public remplit trois objectifs clés. Premièrement, la mesure

are economized. Second, it ensures that the most urgent cases (those that actually affect people, as opposed to theoretical cases) are heard as quickly and efficiently as possible. Finally, it ensures that the best evidence is before the decision maker: the evidence of someone actually affected.

(*Lukács v. Porter Airlines Inc.*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 121-C-A-2016, April 22, 2016, at para. 19; see also *Amalgamated Transit Union, Local 279 (Re)*, Canadian Transportation Agency, Decision No. 431-AT-MV-2008, August 20, 2008.)

[47] Mr. Lukács argued, however, that the courts' law of standing is inappropriate in a tribunal context because, in his view, the assumptions that justify the use of standing in the civil courts context are absent. His argument, at its core, is for universal standing, namely that everyone who brings a claim before the Agency is entitled to have it heard.

[48] This claim for universal standing ignores why standing rules exist. As Cromwell J. explained in *Downtown Eastside*, "it would be intolerable if everyone had standing to sue for everything, no matter how limited a personal stake they had in the matter" (para. 1). Standing rules allow tribunals to preserve and properly allocate scarce judicial resources, screen out "the mere busybody", and ensure that contending points of view are fully canvassed (*Downtown Eastside*, at para. 25).

[49] Standing rules also ensure that tribunals have the "benefit of contending points of view of the persons most directly affected by the issue" (*Downtown Eastside*, at para. 29).

[50] And, as in courts, standing enables a tribunal to economize and prioritize its resources, and ensure that it benefits from contending points of view that are advanced by those best placed to advance

permet d'économiser les ressources judiciaires limitées. Deuxièmement, elle permet que les cas les plus urgents (ceux qui touchent réellement les gens, par opposition aux cas théoriques) soient entendus le plus rapidement et efficacement possible. Finalement, elle permet que les meilleures preuves soient présentées aux décideurs, soit la preuve d'une personne réellement touchée.

(*Lukács c. Porter Airlines Inc.*, Office des transports du Canada, décision n° 121-C-A-2016, 22 avril 2016, par. 19; voir également *Syndicat uni du transport, section locale 279 (Re)*, Office des transports du Canada, décision n° 431-AT-MV-2008, 20 août 2008.)

[47] Cependant, M. Lukács fait valoir que les règles de droit des tribunaux judiciaires relatives à la qualité pour agir ne conviennent pas dans le contexte des tribunaux administratifs parce que, selon lui, les présomptions qui justifient le recours à la qualité pour agir dans le contexte des tribunaux civils y sont absentes. Essentiellement, il plaide la qualité pour agir pour tous, c'est-à-dire que quiconque présente une demande à l'Office a le droit de la faire entendre.

[48] Cet argument relatif à la qualité pour agir pour tous fait abstraction de la raison d'être des règles relatives à cette qualité. Comme l'a expliqué le juge Cromwell dans *Downtown Eastside*, « la situation serait insoutenable si tous avaient la qualité pour engager des poursuites à tout propos, aussi tenu leur intérêt personnel soit-il dans la cause » : par. 1. Les règles relatives à la qualité pour agir permettent aux tribunaux d'affecter de façon appropriée les ressources judiciaires limitées, d'écarter les « trouble-fête » et de s'assurer que les points de vue contradictoires soient traités en profondeur : *Downtown Eastside*, par. 25.

[49] Les règles relatives à la qualité pour agir veillent également à ce que les tribunaux entendent « les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue » : *Downtown Eastside*, par. 29.

[50] En outre, comme pour les tribunaux judiciaires, la qualité pour agir permet aux tribunaux administratifs d'économiser et de hiérarchiser leurs ressources, et leur donne l'assurance de bénéficier

them. And all this to ensure that the most timely and effective use can be made of a tribunal's ability to implement its mandate.

[51] Requiring a tribunal to adjudicate even marginal or inadequately substantiated complaints, on the other hand, grinds the operation of a tribunal to a halt and can be “devastating” to private litigants. As Cory J. warned in *Canadian Council of Churches*:

It would be disastrous if the courts were allowed to become hopelessly overburdened as a result of the unnecessary proliferation of marginal or redundant suits brought by well-meaning organizations pursuing their own particular cases certain in the knowledge that their cause is all important. It would be detrimental, if not devastating, to our system of justice and unfair to private litigants. [p. 252]

[52] The fact that a tribunal's governing legislation has a public interest dimension does not preclude it from adopting similar rules of standing to those used by the courts. All tribunals have a public interest mandate because all legislation does. This does not mean that all litigants who want to bring a claim can automatically do so. The question is what the tribunal's enabling legislation mandates or precludes (L. Sossin, “Access to Administrative Justice and Other Worries”, in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 211, at p. 214).

[53] Parliament has given the Agency wide discretion to choose, according to its own institutional constraints and demands, how it will promote its overall mandate to regulate and adjudicate national transportation issues. That discretion is found in ss. 17, 25 and 37 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10. Under s. 37 of the *Act*, the Agency has the authority to determine which complaints it will inquire into:

37 The Agency may inquire into, hear and determine a complaint concerning any act, matter or thing prohibited,

des points de vue que font valoir contradictoirement les personnes qui sont les mieux placées pour le faire. Tout cela pour assurer l'utilisation la plus opportune et la plus efficace de la capacité des tribunaux d'exécuter leur mandat.

[51] Par ailleurs, exiger qu'un tribunal tranche toutes les plaintes, même marginales ou étayées inadéquatement, causerait son enlisement, et pourrait avoir des effets « accablants » sur les particuliers. Le juge Cory a formulé la mise en garde suivante dans *Conseil canadien des Églises* :

Ce serait désastreux si les tribunaux devenaient complètement submergés en raison d'une prolifération inutile de poursuites insignifiantes ou redondantes intentées par des organismes bien intentionnés dans le cadre de la réalisation de leurs objectifs, convaincus que leur cause est fort importante. Cela serait préjudiciable, voire accablant, pour notre système de justice et injuste pour les particuliers. [p. 252]

[52] Le fait que la loi habilitante d'un tribunal administratif comporte une dimension relative à l'intérêt public ne l'empêche pas d'adopter des règles semblables à celles qu'utilisent les tribunaux judiciaires en matière de qualité pour agir. Tous les tribunaux ont le mandat d'agir dans l'intérêt public, puisque toutes les lois visent à protéger l'intérêt public. Cela ne signifie pas que tous les justiciables qui veulent porter plainte peuvent automatiquement le faire. La question est de savoir ce que la loi habilitante du tribunal exige ou interdit : L. Sossin, « Access to Administrative Justice and Other Worries », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2^e éd. 2013), 211, p. 214.

[53] Le législateur a conféré à l'Office un vaste pouvoir discrétionnaire pour choisir, en fonction de ses propres contraintes et exigences institutionnelles, la façon dont il met en œuvre son mandat général visant à réglementer et à trancher les questions relatives au transport national. Ce pouvoir discrétionnaire découle des art. 17, 25 et 37 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10. Suivant la dernière de ces dispositions, l'Office a le pouvoir de déterminer sur quelles plaintes il enquêtera :

37 L'Office peut enquêter sur une plainte, l'entendre et en décider lorsqu'elle porte sur une question relevant

sanctioned or required to be done under any Act of Parliament that is administered in whole or in part by the Agency.

The Agency’s power to process and resolve complaints is framed in discretionary language. The Agency *may* inquire into, hear and determine a complaint. I agree with Mr. Lukács that anyone can *bring* a complaint, but his view that there is no discretion to decide which complaints to hear reads out the word “may” from s. 37.

[54] Under s. 17 of the *Act*, the Agency may make its own rules about how it carries on its work, as well as the manner of and procedures for dealing with matters before the Agency. It states:

17 The Agency may make rules respecting

- (a) the sittings of the Agency and the carrying on of its work;
- (b) the manner of and procedures for dealing with matters and business before the Agency, including the circumstances in which hearings may be held in private; and
- (c) the number of members that are required to hear any matter or perform any of the functions of the Agency under this Act or any other Act of Parliament.

These rules are codified in the *Canadian Transportation Agency Rules (Dispute Proceedings and Certain Rules Applicable to All Proceedings)*, SOR/2014-104 (“*Rules*”).

[55] Under s. 5(1) of the *Rules*,³ the *Rules* are to be interpreted so as to facilitate the optimal use of Agency and party resources, and the promotion of justice. Examining the Agency’s mandate through the lens of efficiency, Dawson J.A. noted that “[e]fficient processes are the result of a number of factors,

³ **5 (1)** These Rules are to be interpreted in a manner that facilitates the most expeditious determination of every dispute proceeding, the optimal use of Agency and party resources and the promotion of justice.

d’une loi fédérale qu’il est chargé d’appliquer en tout ou en partie.

Il découle du libellé de cet article que le pouvoir de l’Office de traiter et de régler les plaintes est discrétionnaire. L’Office *peut* enquêter sur une plainte, l’entendre et en décider. Je conviens avec M. Lukács que n’importe qui peut *déposer* une plainte; toutefois, sa prétention selon laquelle il n’existe aucun pouvoir discrétionnaire de décider quelles plaintes seront entendues fait abstraction de la présence du verbe « peut » à l’art. 37.

[54] Suivant l’art. 17 de la *Loi*, l’Office peut établir ses propres règles sur l’exécution de ses travaux et sur la procédure relative aux questions dont il est saisi. Cet article dispose :

17 L’Office peut établir des règles concernant :

- a) ses séances et l’exécution de ses travaux;
- b) la procédure relative aux questions dont il est saisi, notamment pour ce qui est des cas de huis clos;
- c) le nombre de membres qui doivent entendre les questions ou remplir telles des fonctions de l’Office prévues par la présente loi ou une autre loi fédérale.

Ces règles sont codifiées dans les *Règles de l’Office des transports du Canada (Instances de règlement des différends et certaines règles applicables à toutes les instances)*, DORS/2014-104 (« *Règles* »).

[55] Suivant le par. 5(1) des *Règles*³, ces dernières sont interprétées de façon à faciliter l’utilisation optimale des ressources de l’Office et des parties ainsi qu’à promouvoir la justice. Examinant le mandat de l’Office sous l’angle de l’efficacité, la juge Dawson a souligné que « [l]’existence d’un processus efficace

³ **5 (1)** Les présentes règles sont interprétées de façon à faciliter le règlement le plus expéditif qui soit de l’instance de règlement des différends, l’utilisation optimale des ressources de l’Office et des parties et à promouvoir la justice.

not the least of which are rules of procedure that establish efficient procedures and that are flexible and able to react to changing circumstances” (*Lukács v. Canadian Transportation Agency*, 2014 FCA 76, 456 N.R. 186, at para. 54). Formulating and applying screening or gatekeeping rules represents one way in which the Agency can legitimately realize these goals.

[56] And, under s. 25 of the *Act*, the Agency has “all the powers, rights and privileges that are vested in a superior court” to deal with “all matters necessary or proper for the exercise of its jurisdiction”, including compelling the attendance and examination of witnesses, ordering the production and inspection of documents, entering and inspecting property and enforcing its orders. Like s. 17 of the *Act*, s. 25 reflects a choice on the part of Parliament to grant the Agency expansive, discretionary authority to manage its own processes and procedures, including judicial powers.

[57] The Federal Court of Appeal in this case acknowledged that the Agency has the discretion not to hear every case:

As recently stated by this Court in *Lukács v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202 (F.C.A.) at paragraphs 31-32, the *Act* does not create a general obligation for the Agency to deal with each and every complaint regarding compliance with the *Act* and its various regulations. Section 37 of the *Act*, in particular, makes it clear that the Agency “may” inquire into, hear and determine a complaint. There is no question . . . that the Agency retains a gatekeeping function and has been granted the discretion to screen the complaints that it receives to ensure, among other things, the best use of its limited resources.

(2016 FCA 220, 408 D.L.R. (4th) 760, at para. 16)

Yet after accepting that the Agency has discretionary gatekeeping authority, the Federal Court of Appeal went on to constrain that discretion by saying that the gatekeeping exercise could not be based on the approach used by courts.

dépend de plusieurs facteurs dont l’un d’eux, et non le moindre, est l’établissement de règles de procédure garantissant une procédure efficace et souple, qui permet de s’adapter aux circonstances » : *Lukács c. Office des transports du Canada*, 2014 CAF 76, par. 54 (CanLII). La formulation et l’application de règles de filtrage ou de contrôle représentent une façon par laquelle l’Office peut légitimement atteindre ces objectifs.

[56] De plus, suivant l’art. 25 de la *Loi*, l’Office a, « à toute fin liée à l’exercice de sa compétence, [. . .] les attributions d’une cour supérieure », y compris les pouvoirs de contraindre la comparution et l’interrogatoire des témoins, d’ordonner la production et l’examen des pièces, de visiter un lieu et d’exécuter ses arrêtés. À l’instar de l’art. 17 de la *Loi*, l’art. 25 témoigne d’un choix du législateur de conférer à l’Office des pouvoirs discrétionnaires étendus pour qu’il gère ses propres processus et procédures, notamment ses pouvoirs judiciaires.

[57] En l’espèce, la Cour d’appel fédérale a reconnu que l’Office a le pouvoir discrétionnaire de ne pas entendre toutes les affaires :

Comme l’a récemment affirmé notre Cour dans *Lukács c. Office des transports du Canada*, 2016 CAF 202, aux paragraphes 31 et 32, la *Loi* n’oblige pas l’Office à donner suite à toutes les plaintes concernant le respect de la *Loi* et des divers règlements. L’article 37 de la *Loi* dispose clairement que l’Office « peut » enquêter sur une plainte, l’entendre et en décider. [. . .] [I] ne fait aucun doute que l’Office a une fonction de contrôle et qu’il a le pouvoir discrétionnaire de trier les plaintes qu’il reçoit, notamment afin d’assurer la meilleure utilisation possible de ses ressources limitées.

(2016 CAF 220, par. 16 (CanLII))

Pourtant, après avoir accepté que l’Office a un pouvoir discrétionnaire de contrôle, la Cour d’appel fédérale a limité ce pouvoir en affirmant que l’exercice du contrôle ne pouvait pas se faire selon l’approche suivie par les tribunaux judiciaires.

[58] The legislature has given the Agency wide discretionary authority over how to exercise its mandate. It is not a fettering of discretion for a tribunal to exercise this discretionary authority differently from how a reviewing court would exercise it. This, with respect, results in the court unduly fettering the Agency's discretion, not the Agency fettering its own.

[59] There is no doubt that one can envision other tests for standing, but once we accept that gatekeeping is a legitimate exercise of the Agency's discretion in accordance with its mandate, what is the court's authority for replacing the Agency's test with one it prefers? As McIntyre J. cautioned in *Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada*, [1982] 2 S.C.R. 2, when he wrote: ". . . courts should not interfere with the exercise of a discretion by a statutory authority merely because the court might have exercised the discretion in a different manner had it been charged with that responsibility" (p. 7).

[60] A tribunal's standing rules will not necessarily survive scrutiny simply because the tribunal is authorized by statute to develop its own procedures. But when a tribunal like the Agency chooses to apply and exercise its broad legislative mandate by borrowing an approach long sanctioned by the courts as an effective and principled way to determine which cases it will hear, reviewing courts should not be overly eager to substitute their own vision of how that tribunal's procedural mandate should be applied. To do so, in effect, undermines not only the legitimacy of the standing rules developed and applied by the courts, it undermines public confidence in the tribunal by suggesting it lacks the indicia of an adjudicative body with sufficient institutional maturity to apply the same rules as a court. Put colloquially, if it's good enough for the courts, it's good enough for tribunals. I recognize that the application of court-like procedures to the tribunal context may not, in certain circumstances, be appropriate, but where, as here, the adopted procedures flow from the same concerns and rationales, I see no reason for a tribunal

[58] Le législateur a conféré à l'Office le vaste pouvoir discrétionnaire de décider de quelle façon il exerce son mandat. Le fait que le tribunal exerce ce pouvoir discrétionnaire d'une façon différente de celle qu'aurait choisie une cour de révision ne constitue pas une entrave à ce pouvoir. Soit dit avec respect, il en résulte que la cour entrave indûment le pouvoir discrétionnaire de l'Office, et non que l'Office entrave son propre pouvoir.

[59] Il ne fait aucun doute qu'on pourrait envisager d'autres tests relatifs à la qualité pour agir, mais dès lors que nous acceptons que le contrôle représente un exercice légitime du pouvoir discrétionnaire de l'Office conforme à son mandat, quel pouvoir la cour a-t-elle de remplacer le test appliqué par l'Office par celui qu'elle préfère? Le juge McIntyre l'a d'ailleurs indiqué dans *Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 R.C.S. 2, lorsqu'il a écrit : « . . . les cours ne doivent pas s'ingérer dans l'exercice qu'un organisme désigné par la loi fait d'un pouvoir discrétionnaire simplement parce que la cour aurait exercé ce pouvoir différemment si la responsabilité lui en avait incombé » : p. 7.

[60] Les règles relatives à la qualité pour agir d'un tribunal administratif ne résisteront pas nécessairement à l'examen simplement parce que celui-ci est autorisé par la loi à élaborer sa propre procédure. Toutefois, lorsqu'un tribunal administratif comme l'Office choisit d'appliquer et d'exercer le mandat étendu que la loi lui confère en empruntant une approche reconnue depuis longtemps par les tribunaux judiciaires comme une façon efficace et raisonnée de décider quelles affaires il entendra, les cours de révision ne devraient pas, par excès de zèle, substituer leur propre vision de la manière dont devrait être appliqué le mandat procédural de ce tribunal. En pratique, si elles le faisaient, elles mineraient non seulement la légitimité des règles relatives à la qualité pour agir élaborées et appliquées par les tribunaux judiciaires, mais aussi la confiance du public envers le tribunal administratif en suggérant que celui-ci n'a pas les caractéristiques d'un organisme décisionnel ayant une maturité institutionnelle suffisante pour appliquer les mêmes règles qu'une cour. Autrement dit, si c'est assez bon pour les cours, c'est

to feel immunized from access to a procedure courts have found helpful.

[61] This does not mean that tribunals are *required* to follow the same procedures courts use, but when they do, this should not be a stand-alone basis for quashing them. Unless we are prepared to say that the courts' standing rules are inappropriate, I see no reason to conclude that their propriety is diminished when applied by a tribunal. In this case, the Agency developed its standing rules in full accordance with its legislative mandate. There is no basis for interfering with them.

[62] There is no doubt that the test for public interest standing is a high threshold and results in some individuals or groups being unable to raise issues they consider significant. Yet courts routinely apply this threshold as a transparent way to determine the most effective use of their time, resources and expertise. No less are tribunals entitled to apply high thresholds in order to preserve their ability to manage resources and expertise in accordance with their mandate. Access to justice demands that courts and tribunals be encouraged to, not restrained from, developing screening methods to ensure that access to justice will be available to those who need it most in a timely way (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87). That is why courts developed standing rules in the first place.

assez bon pour les tribunaux. Je reconnais qu'il n'est peut-être pas approprié, dans certaines circonstances, d'appliquer des procédures semblables à celles des tribunaux judiciaires dans le contexte d'un tribunal administratif, mais lorsque, comme en l'espèce, les procédures adoptées découlent des mêmes considérations et fondements, je ne vois pas pourquoi un tribunal administratif s'estimerait immunisé contre l'accès à des procédures que des tribunaux judiciaires ont jugé utiles.

[61] Cela ne veut pas dire que les tribunaux administratifs sont *tenus* de suivre les mêmes procédures que celles utilisées par les tribunaux judiciaires; toutefois, lorsqu'ils le font, ce fait à lui seul ne saurait servir de fondement pour les annuler. À moins que nous ne soyons disposés à affirmer que les règles des tribunaux judiciaires relatives à la qualité pour agir sont inappropriées, je ne vois aucune raison de conclure qu'elles sont moins appropriées lorsqu'elles sont appliquées par un tribunal administratif. En l'espèce, l'Office a élaboré ses règles relatives à la qualité pour agir en pleine conformité avec le mandat que lui confère la *Loi*. Rien ne justifie de les modifier.

[62] Il ne fait aucun doute que le test relatif à la qualité pour agir dans l'intérêt public est un seuil élevé et fait en sorte que certains groupes ou personnes ne peuvent pas soulever les questions qu'ils jugent importantes. Pourtant, les cours appliquent régulièrement ce seuil pour déterminer de façon transparente quelle sera l'utilisation la plus efficace de leur temps, de leurs ressources et de leur expertise. Les tribunaux administratifs n'en sont pas moins autorisés à appliquer des seuils élevés afin de protéger leur capacité à gérer les ressources et l'expertise conformément à leur mandat. L'accès à la justice exige que les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs soient incités à trouver des méthodes de sélection pour faire en sorte que ceux qui en ont besoin puissent avoir accès à la justice en temps opportun, et non qu'ils soient empêchés de trouver de telles méthodes : *Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87. C'est la raison pour laquelle les tribunaux judiciaires ont, à l'origine, établi des règles sur la qualité pour agir.

[63] The test applied by the Agency effectively foreclosed Mr. Lukács' ability to make out a case for public interest standing in this case. But, in my respectful view, that does not end the matter. The question to be determined is whether the outcome reached by the Agency was reasonable. Mr. Lukács has brought a complaint with no underlying facts, no representative claimants and no argument. He wants to engage the Agency in a fishing expedition that will have the effect of distracting it from its ability to exercise its mandate on behalf of those with a *prima facie* legitimate claim.

[64] Even if the Agency had applied the lower public interest standing test proposed by Mr. Lukács, I do not see how he would have been successful in having his complaint inquired into. It is therefore unnecessary to remit the matter back to the Agency. His complaint regarding Delta's practices is purely theoretical, his interest in the issues is academic and the proposed suit does not constitute an effective and reasonable means of bringing the issue before the Agency. He submitted no evidence that any of Delta's passengers, including the passenger whose email he relied on, had actually been affected by the issue he raised before the Agency. In fact, he submitted no evidence at all even though the Agency has an open complaint procedure whereby complainants are invited to make and substantiate their complaints through an accessible online application.

[65] Nor has he provided any explanation for why a passenger affected by Delta's practices could not have submitted his or her own application to the Agency, "thereby provid[ing] the Agency with direct and concrete evidence upon which to adjudicate" (*Porter*, at para. 65). Such direct and concrete evidence seems all the more necessary given the Agency's decision dealing with, and Mr. Lukács' acknowledged familiarity with the Agency's best known disability case, setting out the "one person - one fare" policy, which states that "the determination of whether a person is disabled by reason of obesity is dependent on the facts and circumstances in each individual case and must be assessed on a

[63] Le test appliqué par l'Office a, dans les faits, privé M. Lukács de la possibilité de prouver qu'il avait la capacité pour agir dans l'intérêt public dans cette affaire. Mais, à mon avis, cela ne règle pas la question. La question à trancher est celle de savoir si le résultat auquel l'Office est arrivé était raisonnable. M. Lukács a déposé une plainte sans l'étayer par des faits sous-jacents, sans demandeurs représentatifs et sans présenter d'arguments. Il veut entraîner l'Office dans une recherche à l'aveuglette qui aura pour effet de le distraire de sa capacité à exercer son mandat pour le compte de ceux qui ont une revendication légitime à première vue.

[64] Même si l'Office avait appliqué le test relatif à la capacité pour agir dans l'intérêt public moins rigoureux que proposait M. Lukács, je ne vois pas comment il aurait pu réussir à faire examiner sa plainte. Il n'est donc pas nécessaire de renvoyer l'affaire à l'Office. Sa plainte à l'égard des pratiques de Delta est purement théorique, son intérêt à l'égard des questions l'est tout autant et la poursuite proposée ne constitue pas un moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à l'Office. Il n'a présenté aucune preuve établissant que des passagers de Delta, y compris le passager qui a envoyé le courriel sur lequel il s'est fondé, ont été réellement touchés par la question qu'il a soulevée devant l'Office. En fait, il n'a présenté absolument aucune preuve, et ce, même si l'Office a une procédure de plainte ouverte par laquelle les plaignants sont invités à présenter et à justifier leurs plaintes par une demande en ligne accessible.

[65] Il n'a pas non plus expliqué pourquoi un passager touché par les pratiques de Delta n'aurait pas pu présenter sa propre demande à l'Office, « présent[ant ainsi] à [ce dernier] des preuves directes et concrètes sur lesquelles s'appuyer pour rendre une décision » : *Porter*, par. 65. Une telle preuve directe et concrète paraît d'autant plus nécessaire compte tenu de la décision bien connue de l'Office, y compris de M. Lukács selon ses propres dires, portant sur les déficiences, et qui a établi la politique « une personne, un tarif », laquelle prévoit que « la réponse à la question de savoir si une personne a une déficience en raison de son obésité dépend des faits et des circonstances de chaque situation et doit être

case-by-case basis” (*Norman Estate v. Air Canada*, Decision No. 6-AT-A-2008, January 10, 2008, at para. 128).

[66] The Agency’s decision to deny Mr. Lukács’ complaint on the basis that he lacked standing was therefore reasonable in all the circumstances.

[67] I would allow the appeal and restore the Agency’s decision. Delta is not seeking costs.

Appeal allowed in part with costs to the respondent, ABELLA, MOLDAVER and KARAKATSANIS JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Transportation Agency: Canadian Transportation Agency, Gatineau.

Solicitors for the intervener the International Air Transport Association: DLA Piper (Canada), Vancouver.

Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

évaluée au cas par cas » : *Norman (Succession) c. Air Canada*, décision n° 6-AT-A-2008, 10 janvier 2008, par. 128.

[66] En conséquence, la décision de l’Office de rejeter la plainte de M. Lukács parce que celui-ci n’avait pas qualité pour agir était raisonnable compte tenu de toutes les circonstances.

[67] J’accueillerais le pourvoi et rétablirais la décision de l’Office. Delta ne réclame aucuns dépens.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l’intimé, les juges ABELLA, MOLDAVER et KARAKATSANIS sont dissidents.

Procureurs de l’appelante : Bersenas Jacobsen Chouest Thomson Blackburn, Toronto.

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

Procureur de l’intervenant l’Office des transports du Canada : Office des transports du Canada, Gatineau.

Procureurs de l’intervenante International Air Transport Association : DLA Piper (Canada), Vancouver.

Procureur de l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (formerly known as Commission de la santé et de la sécurité du travail) *Appellant*

v.

Alain Caron *Respondent*

and

Attorney General of Quebec, Administrative Labour Tribunal (formerly known as Commission des lésions professionnelles), Miriam Home and Services, Conseil du patronat du Québec inc., Ontario Network of Injured Workers' Groups, Industrial Accident Victims' Group of Ontario, Centrale des syndicats du Québec and Canadian Union of Public Employees *Interveners*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES NORMES, DE L'ÉQUITÉ, DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL) v. CARON

2018 SCC 3

File No.: 36605.

2017: March 30; 2018: February 1.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Workers' compensation — Human rights — Disability rights — Return to work — Duty to accommodate — Worker, victim of employment injury, requesting that employer's duty to reasonably accommodate pursuant to Quebec Charter of human rights and freedoms be taken into account in determining availability of suitable employment — Employer's duty to reasonably accommodate worker with disability not expressly imposed by applicable legislative scheme — Whether employer's duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter applies to workers whose disability is caused by employment injury — Act respecting industrial accidents

Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (anciennement connue sous le nom de Commission de la santé et de la sécurité du travail) *Appelante*

c.

Alain Caron *Intimé*

et

Procureure générale du Québec, Tribunal administratif du travail (anciennement connu sous le nom de Commission des lésions professionnelles), Centre Miriam, Conseil du patronat du Québec inc., Ontario Network of Injured Workers' Groups, Industrial Accident Victims' Group of Ontario, Centrale des syndicats du Québec et Syndicat canadien de la fonction publique *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : QUÉBEC (COMMISSION DES NORMES, DE L'ÉQUITÉ, DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL) c. CARON

2018 CSC 3

N° du greffe : 36605.

2017 : 30 mars; 2018 : 1^{er} février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Accidents du travail — Droits de la personne — Droits des personnes handicapées — Retour au travail — Obligation d'accommodement — Travailleur victime d'une lésion professionnelle demandant que l'on tienne compte de l'obligation d'accommodement raisonnable imposée à l'employeur par la Charte des droits et libertés de la personne du Québec pour décider si un emploi convenable est disponible — Régime législatif applicable n'imposant pas en termes exprès à l'employeur l'obligation d'accommoder raisonnablement le travailleur atteint d'une invalidité — L'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables conformément à la

and occupational diseases, *CQLR*, c. A-3.001, ss. 236, 239 — *Charter of human rights and freedoms*, *CQLR*, c. C-12, ss. 10, 16.

Legislation — Interpretation — Human rights — “Charter values” interpretive principle — Legislative scheme entitling workers whose disability is caused by employment injury to return to work with employer — Employer’s duty to reasonably accommodate worker with disability not expressly imposed by applicable legislative scheme — Whether legislative scheme should be interpreted to include duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 236, 239 — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 16.

Administrative law — Boards and tribunals — Commission des lésions professionnelles — Judicial review — Standard of review applicable to Commission’s decision refusing to apply employer’s duty to reasonably accommodate in accordance with Quebec Charter — Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 236, 239 — Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 10, 16.

In 2004, C suffered an employment injury that rendered him unable to resume his pre-injury employment. He was subsequently informed that alternative suitable employment, as defined under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, was not available. At the time, the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) and, on appeal, the Commission des lésions professionnelles (“CLP”) were the administrative bodies charged with implementing the *Act*. The CSST informed C that given the unavailability of suitable employment with his employer, it would pursue the rehabilitation process and solutions elsewhere. C argued that this decision was premature and that his rehabilitation process with his employer should continue to ensure implementation of the protections against discrimination in the Quebec *Charter of human rights and freedoms* (“*Charter*”), including the employer’s duty to accommodate. On review, the CSST concluded that the duty to accommodate under the *Charter* does not apply to the *Act*. The CLP dismissed C’s appeal, finding that the statutory benefits in the legislation represent the full extent of an employer’s duty to accommodate

Charte québécoise s’applique-t-elle aux travailleurs dont l’invalidité résulte d’une lésion professionnelle? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

Législation — Interprétation — Droits de la personne — Principe d’interprétation fondé sur les « valeurs de la Charte » — Régime législatif accordant au travailleur dont l’invalidité résulte d’une lésion professionnelle le droit de retourner travailler pour l’employeur — Régime législatif applicable n’imposant pas en termes exprès à l’employeur l’obligation d’accommoder raisonnablement le travailleur atteint d’une invalidité — Faut-il interpréter le régime législatif comme prévoyant l’obligation de prendre des mesures d’accommodement raisonnables conformément à la Charte québécoise? — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, CQLR, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Commission des lésions professionnelles — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle applicable à la décision de la Commission de refuser d’appliquer l’obligation de l’employeur de prendre des mesures d’accommodement raisonnables conformément à la Charte québécoise — Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, CQLR, c. A-3.001, art. 236, 239 — Charte des droits et libertés de la personne, CQLR, c. C-12, art. 10, 16.

In 2004, C a subi une lésion professionnelle qui l’a rendu incapable de reprendre l’emploi qu’il occupait auparavant. On l’a informé par la suite qu’aucun autre emploi convenable, au sens de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, n’était disponible. À l’époque, la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») et, en appel, la Commission des lésions professionnelles (« CLP ») étaient les organismes administratifs chargés de la mise en œuvre de la *Loi*. La CSST a informé C que, comme son employeur n’avait aucun emploi convenable à lui offrir, elle poursuivrait le processus de réadaptation professionnelle et chercherait des solutions ailleurs. C a fait valoir que cette décision était prématurée et que le processus de réadaptation devait se poursuivre auprès de son employeur afin d’assurer l’application des protections contre la discrimination garanties par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec (« *Charte* »), y compris l’obligation de l’employeur de prendre des mesures d’accommodement. Au terme de son examen, la CSST a conclu que l’obligation d’accommodement découlant de la *Charte* ne s’applique

and that additional accommodation measures could not be imposed on an employer. On judicial review, the Superior Court set aside this decision and directed that the case be reconsidered in accordance with the employer's duty to accommodate under the *Charter*. The Court of Appeal agreed and concluded that the legislation should be interpreted in accordance with the duty to accommodate under the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Gascon J.J.: Quebec's injured worker legislation deals with workers who have become disabled as a result of injuries suffered at their workplace. It is legislation that seeks to prevent unfair treatment of injured workers based on their disability. It offers remedies for the economic, personal and physical consequences of the injuries, and seeks to ensure that the rights of workers are protected as fully as possible so that the disabilities do not result in workplace discrimination. The legislative scheme precludes an injured worker from instituting a civil liability action, which means that under the scheme, there is no other recourse for an injured worker, and no other forum in which to vindicate his or her rights. Any solution for an injured worker accordingly lies in the way the legislative scheme is interpreted and applied.

The issue in this appeal is whether the employer's duty to reasonably accommodate someone with a disability, a core and transcendent human rights principle, applies to workers disabled at their workplace. The *Act* sets up a comprehensive scheme for the treatment of injured workers but does not *expressly* impose a duty to accommodate them. The duty to accommodate requires accommodation to the point that an employer is able to demonstrate that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual.

Like all Quebec legislation, the *Act* should be interpreted in conformity with the Quebec *Charter*. The duty to reasonably accommodate disabled employees is a fundamental tenet of Canadian and, more particularly, Quebec

pas à la *Loi*. La CLP a rejeté l'appel de C, concluant que les prestations prévues par les dispositions législatives pertinentes représentent la pleine étendue de l'obligation d'accommodement qui incombe aux employeurs, et qu'aucune autre mesure d'accommodement ne pouvait leur être imposée. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Cour supérieure a annulé cette décision et a ordonné le réexamen de l'affaire conformément à l'obligation d'accommodement imposée à l'employeur par la *Charte*. La Cour d'appel s'est dite du même avis et a conclu que la *Loi* devait être interprétée conformément à l'obligation d'accommodement imposée par la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La loi québécoise sur les accidents du travail s'applique aux travailleurs qui sont devenus invalides par suite de blessures subies à leur lieu de travail. Elle constitue une mesure législative visant à empêcher que les victimes d'accidents du travail soient traitées injustement en raison de leur invalidité. Elle offre des moyens de remédier aux conséquences financières, personnelles et physiques de ces blessures, et vise à protéger le plus pleinement possible les droits des travailleurs afin d'éviter que ces derniers ne fassent l'objet de discrimination au travail en raison d'une invalidité résultant de telles blessures. Le régime législatif empêche le travailleur victime d'une lésion professionnelle d'intenter une action en responsabilité civile, ce qui veut dire que, d'après le régime, le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne dispose d'aucun autre recours et ne peut s'adresser à aucune autre instance pour défendre ses droits. Toute solution qui s'offre au travailleur victime d'une lésion professionnelle réside donc dans l'interprétation et l'application du régime législatif.

La question en litige dans le présent pourvoi consiste à se demander si l'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur de quelqu'un ayant une invalidité, une obligation constituant un principe central et transcendant en matière de droits de la personne, s'applique aux travailleurs subissant une invalidité à leur lieu de travail. La *Loi* prévoit un régime complet d'indemnisation des accidentés du travail, mais n'impose pas *expressément* l'obligation de les accommoder. L'obligation d'accommodement exige un accommodement tel que l'employeur peut démontrer qu'il n'aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l'individu.

À l'instar de toutes les autres lois québécoises, la *Loi* doit être interprétée conformément à la *Charte* québécoise. L'obligation de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur des employés invalides est un

labour law. Since a core principle of the *Charter* is the duty to accommodate, it follows that this duty applies when interpreting and applying the provisions of Quebec's injured worker legislation. There is no reason to deprive someone who becomes disabled as a result of an injury at work of principles available to all disabled persons, namely, the right to be reasonably accommodated. An injured worker's rights and entitlements under the *Act* must therefore be interpreted and implemented in accordance with the employer's duty to reasonably accommodate an employee disabled by a workplace injury. An examination of the *Act's* goals and policies as well as the entitlements it sets out — such as reinstatement, equivalent, or suitable employment — reflect a statutory scheme that clearly anticipates that reasonable steps will be taken to assist the disabled worker in being able to work if possible. The duty to reasonably accommodate serves to inform how these entitlements are to be implemented on the facts of any particular case short of undue hardship.

Implementing this duty in light of the *Charter* does not disrupt the carefully calibrated duties and relationships that are set out in the *Act*. It merely requires a more robust approach to the implementation of the rights of disabled workers by the CSST and CLP and, by necessary implication, the employer. It ultimately means that the CSST and the CLP have the exclusive remedial authority to impose measures on the employer to do whatever is reasonably possible to accommodate the disabled worker's individual injury.

Because the CSST and the CLP found that the concept of reasonable accommodation under the *Charter* did not apply, neither made any factual findings as to whether C was reasonably accommodated. In particular, the CLP did not make any findings about whether the employer would have had suitable employment if it had reasonably accommodated him. The decision of the CLP should be set aside and the matter remitted to the Administrative Labour Tribunal (the CLP's institutional successor) for reconsideration taking into account the duty to reasonably accommodate.

Per Côté and Rowe JJ.: There is agreement with the majority to remit the matter for a determination of whether the employer has discharged its duty to accommodate in the circumstances, but disagreement in applying a blanket presumption of conformity of the *Act* with the *Charter* as

précepte fondamental du droit du travail canadien, et plus particulièrement du droit du travail québécois. L'obligation d'accommodement étant l'un des principes centraux de la *Charte*, elle s'applique donc à l'interprétation et à l'application des dispositions de la loi québécoise sur les accidents du travail. Il n'existe aucune raison de priver quelqu'un qui devient invalide par suite d'un accident du travail des principes applicables à toutes les personnes invalides, notamment du droit à des mesures d'accommodement raisonnables. Les droits et avantages qu'accorde la *Loi* au travailleur victime d'une lésion professionnelle doivent donc être interprétés et mis en œuvre conformément à l'obligation de l'employeur d'accommoder raisonnablement les employés ayant subi une lésion professionnelle. L'examen des objectifs et politiques de la *Loi* ainsi que des droits qu'elle confère — comme le droit à la réintégration, à un emploi équivalent ou à un emploi convenable — révèle que le régime établi par celle-ci prévoit clairement la prise de mesures raisonnables visant à faciliter autant que possible le retour au travail du travailleur invalide. L'obligation d'accommodement raisonnable sert à indiquer comment il faut mettre en application ces droits au vu des faits de l'espèce sans que cela ne cause une contrainte excessive.

La mise en œuvre de cette obligation à la lumière de la *Charte* québécoise ne perturbe pas le régime soigneusement calibré d'obligations et de rapports établi par la *Loi*. Elle ne fait que requérir une conception plus robuste de la mise en application des droits des travailleurs invalides par la CSST et la CLP et, nécessairement, par l'employeur. Cela veut dire en fin de compte que la CSST et la CLP possèdent le pouvoir de réparation exclusif d'imposer à l'employeur des mesures d'accommodement raisonnablement possibles à l'égard de la lésion subie par le travailleur invalide.

Étant donné que la CSST et la CLP ont jugé que le concept d'accommodement raisonnable au sens de la *Charte* québécoise ne s'appliquait pas, ni l'une ni l'autre de ces organisations n'ont tiré de conclusion de fait quant à savoir si C avait bénéficié de mesures d'accommodement raisonnables. En particulier, la CLP n'a formulé aucune conclusion relativement à la question de savoir s'il y aurait eu un emploi convenable chez l'employeur si ce dernier avait pris en sa faveur des mesures d'accommodement raisonnables. Il convient d'annuler la décision de la CLP et de renvoyer l'affaire au Tribunal administratif du travail (l'institution qui a succédé à la CLP) pour qu'il la réexamine en tenant compte de l'obligation d'accommodement raisonnable.

Les juges Côté et Rowe : Il y a accord avec la majorité pour renvoyer l'affaire afin que l'on décide si l'employeur s'est acquitté de son obligation d'accommodement dans les circonstances, mais il y a désaccord avec elle pour appliquer une présomption générale de conformité de la

this is contrary to the Court's jurisprudence and to s. 51 of the *Charter*.

The “*Charter values*” interpretive principle does not allow the courts to generate in the name of *Charter values* an interpretation unsupported by the text of the statute. The *Act* and the *Charter* have different purposes. The *Act* is a compensatory, no-fault scheme for employment injuries. The *Charter* has the wider goal of safeguarding fundamental rights, including the right to equality. This includes the duty to accommodate. Unlike the *Act*, the origin of the disability does not matter for the *Charter*; while it need not be a workplace accident, it includes disability arising from such an accident. The two legal schemes are distinct conceptually, which means that a worker's *Charter* rights exist in addition to his or her statutory rights under the *Act*.

The duty to accommodate in situations such as the present one does not require an employer to create a new position from scratch for a disabled worker. This would not be a reasonable accommodation. Rather, it means that when an employer is looking at available positions, the employer is required to consider whether it has any suitable employment as defined by the *Act*, and also what its obligations under the *Charter* require with respect to flexibility in work standards. If what stands in the way of a position being suitable is a reasonable accommodation (to the point of undue hardship), then the employer is required by the *Charter* to take the steps needed to accommodate the disabled worker.

The decision under review in this case is that of the CLP stating that it could not grant C a remedy under the *Charter*. Given the importance of this question to the legal system, including the system of administrative justice, the applicable standard of review is correctness. The CLP's statement to the effect that the *Act* constitutes the full extent of an employer's duty to accommodate was accordingly incorrect in that the CLP had the authority and the duty to give effect to C's *Charter* rights, as well as to his rights under the *Act*.

The Court has set out a two-part inquiry to determine whether an administrative tribunal has jurisdiction to grant various remedies under s. 24(1) of the Canadian *Charter*. The first question is institutional: Does the tribunal have jurisdiction to grant *Charter* remedies? If a tribunal has the power to decide questions of law, the answer to this question is “yes”. The second question is specific to the remedy sought: Can the tribunal grant the remedy having

Loi à la *Charte* car cette présomption est contraire à la jurisprudence de la Cour et à l'art. 51 de la *Charte*.

Le principe d'interprétation fondé sur les « valeurs de la *Charte* » ne permet pas au tribunal de proposer, au nom des valeurs de la *Charte*, une interprétation non étayée par le texte de la loi. La *Loi* et la *Charte* ont des objets différents. La *Loi* constitue un régime d'indemnisation sans égard à la faute pour lésions professionnelles. La *Charte* a un objectif plus général de protection des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité, ce qui comprend l'obligation d'accommodement. Contrairement à la *Loi*, l'origine de l'invalidité n'a pas d'importance pour la *Charte* québécoise; il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un accident du travail, mais elle s'applique à l'invalidité résultant d'un tel accident. Les deux régimes juridiques sont distincts sur le plan conceptuel, ce qui signifie que les droits garantis par la *Charte* au travailleur existent en sus des droits que lui confère la *Loi*.

L'obligation d'accommodement dans des cas comme celui en l'espèce n'oblige pas l'employeur à créer de toutes pièces un nouveau poste pour l'employé atteint d'une invalidité. Il ne s'agirait pas d'un accommodement raisonnable. Elle signifie plutôt que, lorsque l'employeur examine les postes disponibles, il doit à la fois se demander s'il a un emploi convenable au sens de la *Loi* et ce que les obligations que lui impose la *Charte* exigent sur le plan de la souplesse dans l'application des normes d'emploi. Si ce qui empêche un poste d'être convenable tient à un accommodement raisonnable (sans qu'il n'en résulte pour l'employeur une contrainte excessive), la *Charte* oblige l'employeur à prendre les mesures qui s'imposent pour accommoder le travailleur atteint d'une invalidité.

La décision contrôlée en l'espèce est celle de la CLP affirmant qu'elle ne pouvait accorder à C une réparation fondée sur la *Charte*. Vu l'importance que revêt cette question pour le système juridique, notamment le régime de justice administrative, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. L'affirmation de la CLP selon laquelle la *Loi* représente la pleine étendue de l'obligation d'accommodement d'un employeur était donc incorrecte en ce que la CLP avait le pouvoir et le devoir de donner effet aux droits que la *Charte* garantit à C, ainsi qu'à ceux que lui confère la *Loi*.

La Cour a établi une démarche à deux volets pour décider si un tribunal administratif a compétence pour accorder diverses réparations sur le fondement du par. 24(1) de la *Charte* canadienne. Le premier angle est institutionnel : le tribunal a-t-il le pouvoir d'accorder une réparation fondée sur la *Charte*? Si le tribunal peut trancher des questions de droit, la réponse à cette question est « oui ». Le second angle est propre à la réparation demandée : le tribunal

regard to its statutory mandate? This question concerns legislative intent. While this framework was set out in the context of the Canadian *Charter*, there is no reason why the underlying rationale for the framework should not also apply to the Quebec *Charter*.

In carrying out its statutory mandate, the CLP had (and the Administrative Labour Tribunal now has) jurisdiction to grant remedies under the *Charter*, including the remedy sought in this case for an order requiring the employer to accommodate C when determining whether it has suitable employment. Indeed, the CLP expressly had the power to decide questions of law and the type of remedy sought here fell within the powers granted to it. Therefore, the CLP erred in determining that its statutory grant of power did not give it authority to decide this matter.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; **referred to:** *Société des établissements de plein air du Québec v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2009 QCCA 329; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 427 v. Tembec, usine de Matane*, 2012 QCCA 179; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *de Montigny v. Brossard (Succession)*, 2010 SCC 51, [2010] 3 S.C.R. 64; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, 2000 SCC 27, [2000] 1 S.C.R. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489; *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 SCC 4, [2007] 1 S.C.R. 161; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591; *Quebec*

peut-il accorder la réparation demandée compte tenu de son mandat légal? Cette question s'attache à l'intention du législateur. Bien que ce cadre ait été énoncé dans le contexte de la *Charte* canadienne, je ne vois pas pourquoi le raisonnement qui le sous-tend ne devrait pas s'appliquer lui aussi à la *Charte* québécoise.

Dans l'accomplissement de son mandat légal, la CLP avait (et le Tribunal administratif du travail a désormais) compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte*, y compris la réparation demandée en l'espèce, soit une ordonnance enjoignant à l'employeur d'accommoder C au moment de déterminer s'il a un emploi convenable à lui offrir. En effet, la CLP était expressément investie du pouvoir de trancher des questions de droit et la réparation demandée en l'espèce relève des pouvoirs qui lui ont été conférés. Par conséquent, la CLP a eu tort de décider que les pouvoirs dont le législateur l'a investie ne l'autorisaient pas à trancher cette question.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; **arrêts mentionnés :** *Société des établissements de plein air du Québec c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2009 QCCA 329; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 427 c. Tembec, usine de Matane*, 2012 QCCA 179; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *de Montigny c. Brossard (Succession)*, 2010 CSC 51, [2010] 3 R.C.S. 64; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, 2000 CSC 27, [2000] 1 R.C.S. 665; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Centre universitaire de santé McGill (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l'Hôpital général de Montréal*, 2007 CSC 4, [2007]

(*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*) v. *Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Gauthier v. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin. L.R. (4th) 222; *Gougeon (Re)*, 1999 CanLII 21577.

By Rowe J.

Applied: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; **referred to:** *Gauthier v. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin. L.R. (4th) 222; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Association des cadres de la Société des casinos du Québec v. Société des casinos du Québec*, 2014 QCCA 603; *Université de Montréal v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2006 QCCA 508; *Moulin de préparation de bois en transit de St-Romuald v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] C.A.L.P. 574; *Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257; *Université McGill v. McGill University Non Academic Certified Association (MUNACA)*, 2015 QCCA 1943; *Parry Sound (District)*

1 R.C.S. 161; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Gauthier c. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin. L.R. (4th) 222; *Gougeon (Re)*, 1999 CanLII 21577.

Citée par le juge Rowe

Arrêts appliqués : *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22 [2010] 1 R.C.S. 765; **arrêts mentionnés :** *Gauthier c. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin. L.R. (4th) 222; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Association des cadres de la Société des casinos du Québec c. Société des casinos du Québec*, 2014 QCCA 603; *Université de Montréal c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2006 QCCA 508; *Moulin de préparation de bois en transit de St-Romuald c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] C.A.L.P. 574; *Okwuobi c. Commission Scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257; *Université McGill c. McGill University Non Academic*

Social Services Administration Board v. O.P.S.E.U., Local 324, 2003 SCC 42, [2003] 2 S.C.R. 157.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, CQLR, c. J-3.
Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001, ss. 1, 2 “benefit”, “employment injury”, “equivalent employment”, “suitable employment”, 4, 32, 48, 49 para. 1, 57(1), 145 et seq., 145, 166, 167, 170, 171, 172, 173 paras. 1 and 2, 174, 176, 181, 235(1), 236, 239, 240, 242 paras. 1 and 2, 244, 255, 281, 326, 349, 351 para. 1, 358, 359, 369 [rep. 2015, c. 15, s. 116], 377 [rep. *idem*], 378 [rep. *idem*], 438.
Act to establish the Administrative Labour Tribunal, CQLR, c. T-15.1, ss. 1 para. 2, 6, 9, 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 24(1).
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, preamble, ss. 1 to 38, 1 to 9, 3, 9.1, 10, 16 to 20, 16, 49, 51, 52, 53.

Authors Cited

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
 Cormier, France. “La victime de harcèlement et le processus de réadaptation professionnelle”, dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 263, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2007, 113.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Bélanger and Schrager JJ.A.), 2015 QCCA 1048, [2015] AZ-51185251, [2015] J.Q. n° 5365 (QL), 2015 CarswellQue 5584 (WL Can.), affirming a decision of Dugré J., 2014 QCCS 2580, [2014] AZ-51080015, [2014] J.Q. n° 5490 (QL), 2014 CarswellQue 5655 (WL Can.), allowing an application for judicial review of a decision of the Commission des lésions professionnelles and re-mitting the matter for reconsideration, 2012 QCCLP 3625, [2012] C.L.P. 173, [2012] AZ-50863875, 2012 LNQCCLP 606 (QL). Appeal dismissed.

François Bilodeau and Lucille Giard, for the appellant.

Certified Association (MUNACA), 2015 QCCA 1943; *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.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2(a), 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, préambule, art. 1 à 38, 1 à 9, 3, 9.1, 10, 16 à 20, 16, 49, 51, 52, 53.
Loi instituant le Tribunal administratif du travail, RLRQ, c. T-15.1, art. 1 al. 2, 6, 9, 10.
Loi sur la justice administrative, RLRQ, c. J-3.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001, art. 1, 2 « emploi convenable », « emploi équivalent », « lésion professionnelle », « prestation », 4, 32, 48, 49 al. 1, 57(1), 145 et seq., 145, 166, 167, 170, 171, 172, 173 al. 1 et 2, 174, 176, 181, 235(1), 236, 239, 240, 242 al.1 et 2, 244, 255, 281, 326, 349, 351 al.1, 358, 359, 369 [abr. 2015, c. 15, s. 116], 377 [abr. *idem*], 378 [abr. *idem*], 438.

Doctrine et autres documents cités

Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6^e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
 Cormier, France. « La victime de harcèlement et le processus de réadaptation professionnelle », dans *Service de la formation continue du Barreau du Québec*, vol. 263, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 113.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Hilton, Bélanger et Schrager), 2015 QCCA 1048, [2015] AZ-51185251, [2015] J.Q. n° 5365 (QL), 2015 CarswellQue 5584 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Dugré, 2014 QCCS 2580, [2014] AZ-51080015, [2014] J.Q. n° 5490 (QL), 2014 CarswellQue 5655 (WL Can.), qui avait accueilli une requête en révision judiciaire d’une décision de la Commission des lésions professionnelles et renvoyé l’affaire pour réexamen, 2012 QCCLP 3625, [2012] C.L.P. 173, [2012] AZ-50863875, 2012 LNQCCLP 606 (QL). Pourvoi rejeté.

François Bilodeau et Lucille Giard, pour l’appelante.

Sophie Cloutier and Frédéric Tremblay, for the respondent.

Patrice Claude, Dana Pescarus and Abdou Thiaw, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Marie-France Bernier, for the intervener the Administrative Labour Tribunal (formerly known as Commission des lésions professionnelles).

Pierre Douville and Isabelle Auclair, for the intervener Miriam Home and Services.

Jean-Claude Turcotte and Sébastien Parent, for the intervener Conseil du patronat du Québec inc.

Maryth Yachnin, Ivana Petricone and Rachel Weiner, for the interveners the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Claudine Morin, Nathalie Léger and Amy Nguyen, for the intervener Centrale des syndicats du Québec.

Josée Aubé, Céline Giguère and Julie Girard-Lemay, for the intervener the Canadian Union of Public Employees.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — The *Act Respecting Industrial Accidents and Occupational Diseases*¹ governs the

¹ CQLR, c. A-3.001. The dispute in this case arose prior to amendments to the *Act* which came into force on January 1, 2016. The amendments replaced the Commission de la santé et de la sécurité du travail ("CSST") with the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail ("CNESST") and replaced the Commission des lésions professionnelles ("CLP") with the Administrative Labour Tribunal's ("ALT") occupational health and safety division. Their roles have not changed substantively. The reasons refer to the CSST and CLP throughout and provide references to the *Act* as it stood at the time of the CLP's decision. Where these provisions no longer exist, the reasons cite to the updated provisions to reflect the amendments that came into force in 2016.

Sophie Cloutier et Frédéric Tremblay, pour l'intimé.

Patrice Claude, Dana Pescarus et Abdou Thiaw, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

Marie-France Bernier, pour l'intervenant le Tribunal administratif du travail (anciennement connu sous le nom de Commission des lésions professionnelles).

Pierre Douville et Isabelle Auclair, pour l'intervenant le Centre Miriam.

Jean-Claude Turcotte et Sébastien Parent, pour l'intervenant le Conseil du patronat du Québec inc.

Maryth Yachnin, Ivana Petricone et Rachel Weiner, pour les intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario.

Claudine Morin, Nathalie Léger et Amy Nguyen, pour l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec.

Josée Aubé, Céline Giguère et Julie Girard-Lemay, pour l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique.

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

[1] LA JUGE ABELLA — La *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*¹ régit le

¹ RLRQ, c. A-3.001. Le présent litige est antérieur aux modifications apportées à la *Loi*, lesquelles sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016. Par suite de ces modifications, la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») a été remplacée par la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (« CNESST »), et la Commission des lésions professionnelles (« CLP ») a été remplacée par le Tribunal administratif du travail (« TAT »), division de la santé et de la sécurité du travail. Le rôle de ces organismes n'a pas changé substantiellement. Les acronymes CSST et CLP sont utilisés tout au long des présents motifs, et les dispositions dont on fait état dans ceux-ci sont celles de la *Loi* en vigueur à la date de la décision de la CLP. Lorsque les dispositions mentionnées n'existent plus, les motifs renvoient aux dispositions actuelles pour tenir compte des modifications entrées en vigueur en 2016.

workplace injury compensation scheme in Quebec. It stipulates that a worker who becomes disabled as a result of an employment injury receives a number of benefits, including income replacement indemnities, assistance with rehabilitation, and, when certain conditions are met, the “right to return to work” with his or her employer.

[2] An injured worker who is able to return to his or her employment within a certain period of time has the right to be reinstated to his or her pre-injury employment or an equivalent one.² If the employment injury renders a worker unable to return to his or her pre-injury employment, there is a right to the first *suitable* employment that becomes available with the employer.³

[3] The issue in this appeal is whether the Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) and the Commission des lésions professionnelles (CLP) must take into account the employer’s duty to reasonably accommodate an injured worker in determining if and how a return to work is possible under the scheme.

[4] This case is in classic reasonableness territory — the CLP is interpreting the scope and application of its home statute. In my respectful view, however, its conclusion that employers do not have a duty of reasonable accommodation under the scheme, does not survive a reasonableness review.

Background

[5] Alain Caron worked as a special educator at Centre Miriam, a center for persons with intellectual disabilities. On October 20, 2004, Mr. Caron hit his left elbow on a door frame in the course of his duties and developed lateral epicondylitis, or tennis elbow.

régime d’indemnisation des accidentés du travail au Québec. Elle précise que le travailleur qui devient invalide par suite d’une lésion professionnelle bénéficie d’un certain nombre de prestations, entre autres d’une indemnité de remplacement du revenu, de soutien en vue de sa réadaptation et, lorsque certaines conditions sont remplies, du « droit au retour au travail » chez son employeur.

[2] Le travailleur victime d’une lésion professionnelle qui peut retourner au travail dans un délai précis a le droit de réintégrer l’emploi qu’il occupait avant de se blesser ou un emploi équivalent². Si, en raison de cette lésion professionnelle, le travailleur est incapable de réintégrer l’emploi qu’il occupait, il a le droit d’occuper le premier emploi *convenable* qui devient disponible chez son employeur³.

[3] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) et la Commission des lésions professionnelles (CLP) doivent tenir compte de l’obligation de l’employeur de prendre des mesures d’accommodement raisonnables à l’égard d’un travailleur victime d’une lésion professionnelle lorsqu’elles décident si un retour au travail est possible en vertu du régime, et selon quelles modalités.

[4] La présente affaire appartient à la sphère classique de la décision raisonnable — la CLP interprète la portée et l’application de sa loi constitutive. À mon avis, toutefois, sa conclusion selon laquelle le régime n’impose aucune obligation d’accommodement raisonnable aux employeurs ne résiste pas à un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

Contexte

[5] Alain Caron travaillait comme éducateur spécialisé au Centre Miriam, un centre pour personnes ayant des déficiences intellectuelles. Le 20 octobre 2004, il s’est blessé au coude gauche en heurtant un cadre de porte pendant qu’il exerçait ses

² Sections 236 and 240 of the *Act*.

³ Sections 239 and 240 of the *Act*.

² Articles 236 et 240 de la *Loi*.

³ Articles 239 et 240 de la *Loi*.

This was recognized as an employment injury within the meaning of s. 2 of the *Act*, which states:

“**employment injury**” means an injury or a disease arising out of or in the course of an industrial accident, or an occupational disease, including a recurrence, relapse or aggravation;

[6] The day after Mr. Caron’s injury, Centre Miriam gave him a temporary assignment as the team leader for the night shift. At the time, Centre Miriam was responsible for transferring patients of the Rivière-des-Prairies Hospital with intellectual or developmental disabilities to locations tailored to their needs, such as specialized residences. Mr. Caron helped with the required paperwork as well as with training and support to new and existing personnel on the night shift.

[7] Centre Miriam ended Mr. Caron’s temporary assignment when the process of transferring persons in its care was completed in 2007. It also decided that, given his disability, Mr. Caron could not return to his pre-injury position as an educator, and indicated that it had no suitable employment for Mr. Caron.

[8] At the time, the CSST and, on appeal, the CLP were the administrative bodies charged with implementing the *Act*.⁴ The CSST has exclusive jurisdiction to examine and decide any question under the *Act*,⁵ including findings relating to the ability of workers to return to their pre-injury employment or suitable employment (*Société des établissements de plein air du Québec v. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2009 QCCA 329 (SEPAQ); *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 427 v. Tembec, usine de*

fonctions; il a développé une épicondylite latérale ou « coude du joueur de tennis ». Cette blessure a été reconnue comme une lésion professionnelle au sens de l’art. 2 de la *Loi*, qui dispose :

« **lésion professionnelle** » : une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l’occasion d’un accident du travail, ou une maladie professionnelle, y compris la récidive, la rechute ou l’aggravation;

[6] Le jour suivant celui où M. Caron s’est blessé, le Centre Miriam l’a affecté temporairement au poste de chef d’équipe du quart de nuit. Durant la période concernée, le Centre Miriam était chargé de transférer des patients ayant des déficiences intellectuelles ou des troubles du développement de l’hôpital Rivière-des-Prairies vers des endroits adaptés à leurs besoins, par exemple des résidences spécialisées. M. Caron aidait à remplir les documents nécessaires, en plus de former et d’appuyer le personnel — existant et nouveau — de l’équipe de nuit.

[7] Le Centre Miriam a mis fin à l’affectation temporaire de M. Caron en 2007, une fois terminé le processus de transfert des personnes confiées à ses soins. Le Centre a aussi décidé qu’en raison de son invalidité, M. Caron ne pouvait réintégrer le poste d’éducateur qu’il occupait avant de se blesser et lui a affirmé ne disposer d’aucun emploi convenable à lui offrir.

[8] À l’époque, la CSST et, en appel, la CLP étaient les organismes administratifs chargés de la mise en œuvre de la *Loi*.⁴ La CSST a compétence exclusive pour examiner et décider toute question visée par la *Loi*,⁵ y compris les conclusions sur la capacité d’un travailleur de réintégrer l’emploi qu’il occupait avant sa blessure ou d’exercer un emploi convenable (*Société des établissements de plein air du Québec c. Syndicat de la fonction publique du Québec*, 2009 QCCA 329 (SEPAQ); *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale*

⁴ As noted above, amendments to the legislation came into force on January 1, 2016. The CSST was replaced by the CNESST and the CLP was replaced by the ALT’s occupational health and safety division. Though the names of the organizations have changed, their substantive roles have remained the same.

⁵ Section 349.

⁴ Comme il a été mentionné précédemment, les modifications apportées à la *Loi* sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016. La CSST a été remplacée par la CNESST, et la CLP a été remplacée par le TAT, division de la santé et de la sécurité du travail. Bien que le nom de ces organisations ait changé, le rôle de celles-ci est resté substantiellement le même.

⁵ Article 349.

Matane, 2012 QCCA 179). It has authority to “render its decisions according to equity and upon the real merits and justice of the case”.⁶ Its decision is first reviewed internally⁷ and can then be challenged before the CLP,⁸ which has exclusive jurisdiction on appeal.⁹

[9] The CLP can make the decision or order that, in its opinion, should have been made.¹⁰ It can decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction,¹¹ and can make any order it considers appropriate to safeguard the rights of the parties.¹²

[10] The CSST informed Mr. Caron that, given the fact that there was no suitable employment with Centre Miriam, it would pursue the rehabilitation process and solutions elsewhere. Mr. Caron argued that this decision was premature and that his rehabilitation process with Centre Miriam should continue in order to ensure implementation of the protections against discrimination in the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*,¹³ including the employer’s duty to accommodate.

[11] On review, the CSST concluded that the duty to accommodate under the Quebec *Charter* does not apply to the *Act*.

[12] The CLP dismissed Mr. Caron’s appeal ([2012] C.L.P. 173). It concluded that the statutory benefits in the legislation represent the full extent of an employer’s duty to accommodate and that additional accommodation measures could not be imposed on an

427 c. *Tembec, usine de Matane*, 2012 QCCA 179). Elle a le pouvoir de « rend[re] ses décisions suivant l’équité, d’après le mérite réel et la justice du cas »⁶. Sa décision fait d’abord l’objet d’une révision à l’interne⁷ et peut ensuite être contestée devant la CLP⁸, qui a compétence exclusive en appel⁹.

[9] La CLP peut rendre la décision, l’ordre ou l’ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendu en premier lieu¹⁰. Elle peut décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l’exercice de sa compétence¹¹, et elle peut rendre toute ordonnance qu’elle estime propre à sauvegarder les droits des parties¹².

[10] La CSST a informé M. Caron que, comme aucun emploi convenable n’était disponible au Centre Miriam, elle poursuivrait le processus de réadaptation professionnelle et chercherait des solutions ailleurs. M. Caron a fait valoir que cette décision était prématurée et que le processus de réadaptation devait se poursuivre auprès du Centre Miriam afin d’assurer l’application des protections contre la discrimination garanties par la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec¹³, y compris l’obligation de l’employeur de prendre des mesures d’accommodement.

[11] Au terme de son examen, la CSST a conclu que l’obligation d’accommodement découlant de la *Charte* québécoise ne s’applique pas à la *Loi*.

[12] La CLP a rejeté l’appel de M. Caron ([2012] C.L.P. 173), concluant que les prestations prévues par les dispositions législatives pertinentes représentent la pleine étendue de l’obligation d’accommodement qui incombe aux employeurs, et qu’aucune

⁶ Section 351 para. 1.

⁷ Section 358.

⁸ Section 359.

⁹ Section 369 (now repealed). See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, CQLR, c. T-15.1, at s. 1 para. 2 and s. 6.

¹⁰ Section 377 para. 2 (now repealed). See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, at s. 9 para. 2(4).

¹¹ Section 377 para. 1 (now repealed). See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, at s. 9 para. 1.

¹² Section 378 para. 2 (now repealed). See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, at s. 9 para. 2(3).

¹³ CQLR, c. C-12.

⁶ Article 351, al. 1.

⁷ Article 358.

⁸ Article 359.

⁹ Article 369 (maintenant abrogé). Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, RLRQ, c. T-15.1, art. 1, al. 2, et art. 6.

¹⁰ Article 377, al. 2 (maintenant abrogé). Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, art. 9, par. 2(4).

¹¹ Article 377, al. 1 (maintenant abrogé). Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, art. 9, al. 1.

¹² Article 372, al. 2 (maintenant abrogé). Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, art. 9, par. 2(3).

¹³ RLRQ, c. C-12.

employer. It also concluded that Mr. Caron’s right to return to work had expired.

[13] On judicial review, the Quebec Superior Court set aside the CLP’s decision and directed that the case be reconsidered in accordance with the employer’s duty to accommodate under the Quebec *Charter* (2014 QCCS 2580).

[14] The Quebec Court of Appeal dismissed the appeal (2015 QCCA 1048). It agreed that the legislation should be interpreted and applied in accordance with the provisions of the Quebec *Charter*, including the employer’s duty to accommodate. It concluded that this duty under the Quebec *Charter* should be integrated into the legislation. I agree.

Analysis

[15] Quebec’s injured worker legislation “expresses a well thought-out social compromise between various contradictory forces” (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 114).

[16] The development and purpose of the scheme were described in *Béliveau* as being to “remov[e] work accidents from the purview of civil liability” (para. 109). The statutory compromise reached in the original legislation in 1909 was that in exchange for avoiding the “uncertainties of civil proceedings” (para. 109) and having to prove an employer’s fault, injured workers were entitled to fault-free, partial and fixed-sum compensation. In exchange, in other words, for workers giving up the possibility of full compensation, employers had to provide partial compensation when an accident occurred. The costs were divided between workers and employers (see *de Montigny v. Brossard (Succession)*, [2010] 3 S.C.R. 64, at para. 42).

[17] When legislative reforms were introduced in 1985, the compensation system was revised but the

autre mesure d’accommodement ne pouvait leur être imposée. Elle a de plus conclu que le droit de retour au travail de M. Caron était expiré.

[13] À l’issue d’un contrôle judiciaire, la Cour supérieure du Québec a annulé la décision de la CLP et a ordonné le réexamen de l’affaire conformément à l’obligation d’accommodement imposée à l’employeur par la *Charte* québécoise (2014 QCCS 2580).

[14] La Cour d’appel du Québec a rejeté l’appel (2015 QCCA 1048). Elle a reconnu que la loi devait être interprétée et appliquée conformément aux dispositions de la *Charte* québécoise, y compris l’obligation d’accommodement de l’employeur. Elle a conclu qu’il fallait intégrer à la loi cette obligation imposée par la *Charte* québécoise. Je suis d’accord.

Analyse

[15] La législation québécoise sur les accidents du travail « transpose un compromis social, longuement mûri, entre diverses forces contradictoires » (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 114).

[16] L’objet de ce régime et son évolution ont été décrits comme suit dans l’arrêt *Béliveau* : « [faire en sorte que] les accidents du travail [. . .] échapp[ent] au domaine de la responsabilité civile » (par. 109). Le compromis atteint dans la loi initiale en 1909 est qu’en échange du fait d’éviter les « aléas des poursuites civiles » (par. 109) et de ne pas avoir à établir la faute de l’employeur, les travailleurs victimes d’une lésion professionnelle avaient droit à une compensation partielle et forfaitaire sans égard à la faute. Autrement dit, en échange de la renonciation par les travailleurs à la possibilité d’obtenir compensation pleine et entière, les employeurs avaient l’obligation d’offrir une compensation partielle dès lors qu’il se produisait un accident. Les coûts furent répartis entre les travailleurs et les employeurs (voir *de Montigny c. Brossard (Succession)*, [2010] 3 R.C.S. 64, par. 42).

[17] Quand la réforme législative fut introduite en 1985, le système d’indemnisation a été modifié,

underlying principles were not. Moreover, under s. 349, any matters contemplated by the scheme were conferred exclusively on the CSST.

[18] Section 438 is the provision that makes the *Act* an exclusive scheme:

438. No worker who has suffered an employment injury may institute a civil liability action against his employer by reason of his employment injury.

That means that under the scheme,¹⁴ there is no other recourse for an injured worker, and no other forum in which to vindicate his or her rights (*SEPAQ*; *Tembec*). Any solution, therefore, lies in the way the legislative scheme is interpreted and applied.

[19] Like similar legislation across Canada, Quebec's injured worker legislation deals with workers who have become disabled as a result of injuries suffered at their workplace. It is, in effect, legislation that seeks to prevent unfair treatment of injured workers based on their disability. It offers remedies for the economic, personal and physical consequences of the injuries, and seeks to ensure that the rights of workers are protected as fully as possible so that the disabilities do not result in workplace discrimination. The Quebec legislation expressly acknowledges this in s. 32, which states:

32. No employer may dismiss, suspend or transfer a worker or practice discrimination or take reprisals against him, or impose any other sanction upon him because he has suffered an employment injury or exercised his rights under this *Act*.

[20] The issue in this appeal is whether the employer's duty to reasonably accommodate someone with a disability, a core and transcendent human rights principle, applies to workers disabled at their workplace. The *Act* sets up a comprehensive scheme

mais non les principes qui le sous-tendaient. De plus, selon l'art. 349, toute affaire liée au régime était exclusivement confiée à la CSST.

[18] L'article 438 est la disposition qui fait de la *Loi* un régime exclusif :

438. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne peut intenter une action en responsabilité civile contre son employeur en raison de sa lésion.

Ainsi donc, d'après le régime¹⁴, le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne dispose d'aucun autre recours et ne peut s'adresser à aucune autre instance pour défendre ses droits (*SEPAQ*; *Tembec*). Par conséquent, toute solution réside dans l'interprétation et l'application du régime législatif.

[19] À l'instar des lois similaires adoptées ailleurs au Canada, la loi québécoise sur les accidents du travail s'applique aux travailleurs qui deviennent invalides par suite de blessures subies à leur lieu de travail. Elle constitue dans les faits une mesure législative visant à empêcher que les victimes d'accidents du travail soient traitées injustement en raison de leur invalidité. Elle offre des moyens de remédier aux conséquences financières, personnelles et physiques de ces blessures, et vise à protéger le plus pleinement possible les droits des travailleurs afin d'éviter que ces derniers ne fassent l'objet de discrimination au travail en raison d'une invalidité résultant de telles blessures. La loi québécoise reconnaît expressément cet objectif à l'art. 32 :

32. L'employeur ne peut congédier, suspendre ou déplacer un travailleur, exercer à son endroit des mesures discriminatoires ou de représailles ou lui imposer toute autre sanction parce qu'il a été victime d'une lésion professionnelle ou à cause de l'exercice d'un droit que lui confère la présente loi.

[20] La question en litige dans le présent pourvoi consiste à se demander si l'obligation de l'employeur de prendre des mesures d'accommodement raisonnables en faveur de quelqu'un ayant une invalidité, une obligation constituant un principe central

¹⁴ The only exception may be under a collective agreement pursuant to ss. 4 and 244 of the *Act*.

¹⁴ Selon les art. 4 et 244 de la *Loi*, la seule exception peut être prévue par une convention collective.

for the treatment of injured workers but does not *expressly* impose a duty to accommodate them.

[21] The Quebec *Charter* imposes a duty to accommodate in ss. 10 and 16:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, gender identity or expression, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

The issue is whether the legislative scheme should be interpreted to include a duty to accommodate in line with the approach taken pursuant to these provisions of the Quebec *Charter*.

[22] The duty to reasonably accommodate disabled employees is a fundamental tenet of Canadian and, more particularly, Quebec labour law. The goal of the duty to accommodate in the employment context was summarized by Deschamps J. as being “to ensure that an employee who is able to work can do so. . . . The purpose of the duty to accommodate is to ensure that persons who are otherwise fit to work are not unfairly excluded where working conditions can be adjusted without undue hardship” (*Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques*

et transcendant en matière de droits de la personne, s’applique aux travailleurs subissant une invalidité à leur lieu de travail. La *Loi* prévoit un régime complet d’indemnisation des accidentés du travail, mais n’impose pas *expressément* l’obligation de les accommoder.

[21] Les articles 10 et 16 de la *Charte* québécoise imposent une obligation d’accommodement :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l’identité ou l’expression de genre, la grossesse, l’orientation sexuelle, l’état civil, l’âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l’utilisation d’un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l’embauche, l’apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d’une personne ainsi que dans l’établissement de catégories ou de classifications d’emploi.

Il s’agit de savoir si le régime législatif devrait être interprété comme englobant une obligation d’accommodement qui s’accorde avec l’approche adoptée conformément à ces dispositions de la *Charte* québécoise.

[22] L’obligation de prendre des mesures d’accommodement raisonnables en faveur des employés invalides est un précepte fondamental du droit du travail canadien, et plus particulièrement du droit du travail québécois. La juge Deschamps a résumé l’objet de l’obligation d’accommodement en contexte d’emploi comme étant le fait « de permettre à l’employé capable de travailler de le faire. [. . .] L’obligation d’accommodement a pour objet d’empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail

professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ), [2008] 2 S.C.R. 561, at para. 14; see also *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, at para. 36; *Commission scolaire régionale de Chambly v. Bergevin*, [1994] 2 S.C.R. 525, at p. 544). The duty reflects a choice by legislatures to ensure “that the standards governing the performance of work should be designed to reflect all members of society, in so far as this is reasonably possible” (*British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3 (*Meiorin*), at para. 68).

[23] In *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 (*Grismer*), McLachlin J. explained that

[e]mployers and others governed by human rights legislation are now required in all cases to accommodate the characteristics of affected groups within their standards, rather than maintaining discriminatory standards supplemented by accommodation for those who cannot meet them. Incorporating accommodation into the standard itself ensures that each person is assessed according to her or his own personal abilities, instead of being judged against presumed group characteristics. [Emphasis in original; para. 19.]

[24] As McLachlin J. explained in *Meiorin*, “there may be different ways to perform the job while still accomplishing the employer’s legitimate work-related purpose The skills, capabilities and potential contributions of the individual claimant and others like him or her must be respected as much as possible” (para. 64).

[25] The duty to accommodate is not unlimited; its scope in any particular case is defined by the symmetrical concepts of “reasonable accommodation” and “undue hardship”. In *Council of Canadians*

pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive » (*Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 14; voir aussi *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, par. 36; *Commission scolaire régionale de Chambly c. Bergevin*, [1994] 2 R.C.S. 525, p. 544). L’obligation reflète la décision des législateurs « que les normes régissant l’exécution du travail devraient tenir compte de tous les membres de la société, dans la mesure où il est raisonnablement possible de le faire » (*Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3 (*Meiorin*), par. 68).

[23] Dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (*Grismer*), la juge McLachlin a formulé les explications suivantes :

Les employeurs et autres personnes régies par une loi concernant les droits de la personne sont maintenant requis, dans tous les cas, de tenir compte dans leurs normes des caractéristiques des groupes touchés, au lieu de maintenir des normes discriminatoires complétées par des mesures d’accommodement pour ceux qui ne peuvent pas y satisfaire. L’incorporation de l’accommodement dans la norme elle-même assure que chaque personne est évaluée selon ses propres capacités personnelles, au lieu d’être jugée en fonction de présumées caractéristiques de groupe. [Souligné dans l’original; par. 19.]

[24] Comme l’a expliqué la juge McLachlin dans *Meiorin*, « il y a lieu de prendre en considération [. . .] la possibilité d’exécuter le travail de différentes manières tout en réalisant l’objet légitime lié à l’emploi que vise l’employeur. Les aptitudes, les capacités et l’apport potentiel du demandeur et de ceux qui sont dans la même situation que lui doivent être respectés autant qu’il est possible de le faire » (par. 64).

[25] L’obligation d’accommodement n’est pas illimitée; sa portée est dans chaque cas définie par les concepts symétriques d’« accommodement raisonnable » et de « contrainte excessive ». Dans l’arrêt

with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 S.C.R. 650, this Court observed that “[u]ndue hardship implies that there may necessarily be some hardship in accommodating someone’s disability, but unless that hardship imposes an undue or unreasonable burden, it yields to the need to accommodate” (para. 122), explaining:

The jurisprudence of this Court reveals that undue hardship can be established where a standard or barrier is “reasonably necessary” insofar as there is a “sufficient risk” that a legitimate objective like safety would be threatened enough to warrant the maintenance of the . . . standard . . . ; where “such steps as may be reasonable to accommodate without undue interference in the operation of the employer’s business and without undue expense to the employer” have been taken . . . ; where no reasonable alternatives are available . . . ; where only “reasonable limits” are imposed on the exercise of a right . . . ; where an employer or service provider shows “that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual” The point of undue hardship is reached when reasonable means of accommodation are exhausted and only unreasonable or impracticable options for accommodation remain. [Citations omitted; para. 130.]

[26] As Deschamps J. explained in *Hydro-Québec*,

[w]hat is really required is not proof that it is impossible to integrate an employee who does not meet a standard, but proof of undue hardship, which can take as many forms as there are circumstances. . . .

...

. . . The employer does not have a duty to change working conditions in a fundamental way, but does have a duty, if it can do so without undue hardship, to arrange the employee’s workplace or duties to enable the employee to do his or her work. [paras. 12 and 16]

Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc., [2007] 1 R.C.S. 650, notre Cour a fait observer que « [l]’expression “contraintes excessives” laisse entendre qu’il se peut que l’accommodement relatif à la déficience d’une personne impose nécessairement certaines contraintes, mais qu’à moins qu’il n’en résulte un fardeau excessif ou déraisonnable, ces contraintes s’effacent devant la nécessité d’accommoder » (par. 122), et a donné les explications suivantes à cet égard :

La jurisprudence de notre Cour révèle que l’existence d’une contrainte excessive peut être établie lorsque la norme ou l’obstacle est « raisonnablement nécessaire » dans la mesure où il existe un « risque suffisant » qu’un objectif légitime comme la sécurité soit assez compromis pour justifier le maintien de la norme [. . .], lorsqu’on a pris « les mesures qui peuvent être raisonnables pour s’entendre sans que cela n’entrave indûment l’exploitation de l’employeur et ne lui impose des frais excessifs » [. . .], lorsqu’il n’existe aucune autre solution raisonnable [. . .], lorsque l’exercice d’un droit est seulement assujéti à des « limites raisonnables » [. . .], lorsque l’employeur ou le fournisseur de services démontre « qu’il n’aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l’individu » [. . .] Il y a contrainte excessive lorsque les moyens raisonnables d’accommoder ont été épuisés et qu’il ne reste que des options d’accommodement déraisonnables ou irréalistes. [Citations omises; par. 130.]

[26] Comme l’a expliqué la juge Deschamps dans l’arrêt *Hydro-Québec* :

Ce qui est véritablement requis ce n’est pas la démonstration de l’impossibilité d’intégrer un employé qui ne respecte pas une norme, mais bien la preuve d’une contrainte excessive qui, elle, peut prendre autant de formes qu’il y a de circonstances. . . .

...

. . . L’employeur n’a pas l’obligation de modifier de façon fondamentale les conditions de travail, mais il a cependant l’obligation d’aménager, si cela ne lui cause pas une contrainte excessive, le poste de travail ou les tâches de l’employé pour lui permettre de fournir sa prestation de travail. [par. 12 et 16]

[27] In short, the duty to accommodate requires accommodation to the point that an employer is able to demonstrate “that it could not have done anything else reasonable or practical to avoid the negative impact on the individual” (*Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, at para. 49, quoting *Meiorin*, at para. 38; *Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 S.C.R. 489, at pp. 518-19; *VIA Rail*, at para. 130). The relevant considerations depend “on the factors relevant to the circumstances and legislation governing each case” (*VIA Rail*, at para. 123; *Central Alberta Dairy Pool*, at pp. 520-21).

[28] Deschamps J. in *McGill University Health Centre (Montreal General Hospital) v. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 S.C.R. 161, stressed that what is involved is an individualized assessment process:

The importance of the individualized nature of the accommodation process cannot be minimized. The scope of the duty to accommodate varies according to the characteristics of each enterprise, the specific needs of each employee, and the specific circumstances in which the decision is to be made. [para. 22]

(See also *VIA Rail*, at para. 123.)

[29] Most recently, Gascon J. in his reasons in *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, [2017] 1 S.C.R. 591, dissenting but not on this point, summarized the operative principles: an employer is not required to establish that it is “impossible . . . to accommodate”, only that nothing else reasonable or practical could be offered; an individualized analysis is required; the duty to accommodate includes both procedural and substantive duties; and the undue hardship threshold means an employer will always bear some sort of hardship (paras. 125-28).

[30] A duty to accommodate has been found under all of Canada’s human rights statutes prohibiting discrimination, including under the Quebec Charter (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc.*

[27] Bref, l’obligation d’accommodement exige un accommodement important à un point tel que l’employeur peut démontrer « qu’il n’aurait pu prendre aucune autre mesure raisonnable ou pratique pour éviter les conséquences fâcheuses pour l’individu » (*Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 49, citant *Meiorin*, par. 38; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489, p. 518-519; *VIA Rail*, par. 130). L’analyse dépend « des facteurs pertinents sur le plan des circonstances et des mesures législatives qui régissent chaque cas » (*VIA Rail*, par. 123; *Central Alberta Dairy Pool*, p. 520-521).

[28] Dans l’arrêt *McGill University Health Centre (Hôpital général de Montréal) c. Syndicat des employés de l’Hôpital général de Montréal*, [2007] 1 R.C.S. 161, la juge Deschamps a insisté sur le fait qu’il s’agit d’un processus d’examen individualisé :

Le caractère individualisé du processus d’accommodement ne saurait être minimisé. En effet, l’obligation d’accommodement varie selon les caractéristiques de chaque entreprise, les besoins particuliers de chaque employé et les circonstances spécifiques dans lesquelles la décision doit être prise. [par. 22]

(Voir aussi *VIA Rail*, par. 123.)

[29] Tout récemment, dans l’affaire *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, [2017] 1 R.C.S. 591, le juge Gascon, dissident, mais non sur ce point, a résumé les principes clés : l’employeur n’est pas tenu de démontrer qu’il est « impossib[le] de composer » avec l’employé, mais seulement qu’aucune autre solution de rechange raisonnable ou pratique ne s’offre à lui; une analyse individualisée est nécessaire; l’obligation d’accommodement implique tant des obligations procédurales que des obligations de fond; le critère de la contrainte excessive signifie que l’employeur doit toujours supporter une certaine contrainte (par. 125-128).

[30] Au Canada, il a été jugé que toutes les lois sur les droits de la personne prohibant la discrimination comportent une obligation d’accommodement, y compris la Charte québécoise (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*

(*Bombardier Aerospace Training Center*), [2015] 2 S.C.R. 789.

[31] This brings us to the heart of this appeal, namely whether the legislative scheme should be interpreted and implemented by taking into account the duty imposed on employers to reasonably accommodate, in light of ss. 10 and 16 of the Quebec *Charter*.

[32] The tools to address the issues in this case are found in this Court's decision in *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 S.C.R. 789, where LeBel J. confirmed that Quebec legislation must be interpreted in accordance with the principles of the Quebec *Charter*:

In Quebec law, in matters within the jurisdiction of the National Assembly, *the Quebec Charter has been elevated to the rank of a source of fundamental law. The interpretation of legislation must draw on its principles.* The preliminary provision of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, states that the *Code*, as the *jus commune* of Quebec, must be interpreted in harmony with the Quebec *Charter*. [Emphasis added; para. 20.]

It is an approach that has generally been followed in the Quebec jurisprudence. It endorses the view that *all* Quebec law should be interpreted in conformity with the Quebec *Charter*. It is, as a result, unnecessary to deal with Mr. Caron's argument, raised for the first time in this Court, that *R. v. Conway*, [2010] 1 S.C.R. 765, should be applied.

[33] This approach has also been applied outside Quebec, as this Court noted in *VIA Rail*:

... human rights legislation, as a declaration of "public policy regarding matters of general concern", forms part of the body of relevant law necessary to assist a tribunal in interpreting its enabling legislation. [para. 114]

(See also *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, [2006] 1 S.C.R. 513.)

c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation), [2015] 2 R.C.S. 789).

[31] Ces constatations nous amènent à l'examen de la question qui est au cœur du présent pourvoi, celle de savoir si le régime législatif devrait être interprété et appliqué compte tenu de l'obligation d'accommodement raisonnable incombant à l'employeur, eu égard aux art. 10 et 16 de la *Charte* québécoise.

[32] Les outils servant à aborder les questions soulevées en l'espèce se trouvent dans l'arrêt *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, [2004] 1 R.C.S. 789, où le juge LeBel a confirmé que les lois québécoises doivent être interprétées conformément aux principes de la *Charte* québécoise :

Dans le droit du Québec, dans les matières relevant de la compétence de l'Assemblée nationale, *la Charte québécoise se trouve élevée au rang de source de droit fondamental. L'interprétation de la législation doit s'inspirer de ses principes.* La disposition préliminaire du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, souligne d'ailleurs que ce dernier, à titre de droit commun du Québec, doit s'interpréter en harmonie avec elle. [Italiques ajoutés; par. 20.]

Il s'agit d'une méthode qui a généralement été employée dans la jurisprudence québécoise. Elle adhère au point de vue selon lequel *toutes* les lois du Québec doivent être interprétées conformément à la *Charte* québécoise. Il n'est donc pas nécessaire de traiter de l'argument, que M. Caron a invoqué la première fois devant notre Cour, selon lequel l'arrêt *R. c. Conway*, [2010] 1 R.C.S. 765, doit être appliqué.

[33] Cette approche a également été appliquée à l'extérieur du Québec, comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *VIA Rail* :

[D]u fait qu'elle énonce « une politique générale applicable à des questions d'intérêt général », une loi sur les droits de la personne fait partie de l'ensemble des règles de droit pertinentes nécessaires pour aider un tribunal administratif à interpréter sa loi habilitante. [par. 114]

(Voir aussi *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, [2006] 1 R.C.S. 513.)

[34] It was applied to the injured worker legislation by the Quebec Court of Appeal in *Gauthier v. Demers* (2007), 65 Admin. L.R. (4th) 222. The issue in that case was the meaning of “another good and sufficient reason” under s. 255 of the *Act*, which states that to rebut the presumption that an action was taken against the worker because of an employment injury or the exercise of a right under the *Act*, in breach of s. 32 of the *Act*, the employer must prove that the action was taken for “another good and sufficient reason”. Vézina J.A. emphasized the quasi-constitutional nature of the Quebec *Charter* and its interaction with other laws:

[TRANSLATION] In a way, the provisions of the *Charter* that protect fundamental rights form an integral part of every statute without the statute itself having to say so.

More specifically, the provision of the [*Act Respecting Occupational Health and Safety*, CQLR, c. S-2.1] that refers to a “good and sufficient reason” must be interpreted as if it included the words “that is consistent with the *Charter*”. This is the principle of supremacy of the *Charter*, a quasi-constitutional Act. [paras. 51-52]

[35] Since a core principle of the Quebec *Charter* is the duty to accommodate, it follows that this duty applies when interpreting and applying the provisions of Quebec’s injured worker legislation. There is no reason to deprive someone who becomes disabled as a result of an injury *at work*, of principles available to all disabled persons, namely, the right to be reasonably accommodated.

[36] Implementing this duty in light of the Quebec *Charter* does not disrupt the carefully calibrated duties and relationships that are set out in the *Act*. It merely requires a more robust approach to the implementation of the rights of disabled workers by the CSST and CLP and, by necessary implication, the employer.

[37] Interpreting and implementing the *Act* in a given case in accordance with the principle of reasonable accommodation is, in fact, consistent with

[34] Elle a été appliquée à la loi sur les accidents du travail par la Cour d’appel du Québec dans l’arrêt *Gauthier c. Demers* (2007), 65 Admin. L.R. (4th) 222. Cet arrêt portait sur le sens de l’expression « une autre cause juste et suffisante » figurant à l’art. 255 de la *Loi*. Suivant cet article, pour réfuter la présomption qu’une mesure visée à l’art. 32 de la *Loi* a été prise contre le travailleur en raison d’une lésion professionnelle ou de l’exercice d’un droit conféré par la *Loi*, l’employeur doit démontrer qu’il a pris cette mesure « pour une autre cause juste et suffisante ». Le juge Vézina a souligné la nature quasi constitutionnelle de la *Charte* et son interaction avec les autres lois :

En quelque sorte, les dispositions de la *Charte* qui assurent la protection des droits fondamentaux sont partie intégrante de toute loi sans qu’il soit nécessaire d’en faire mention dans le texte de celle-ci.

Plus particulièrement, la disposition de la [*Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1] qui fait état d’une « cause juste et suffisante » doit être interprétée tout comme si elle comportait les mots « et conforme à la *Charte* ». C’est le principe de la suprématie de la *Charte*, loi quasi constitutionnelle. [par. 51-52]

[35] L’obligation d’accommodement étant l’un des principes centraux de la *Charte* québécoise, elle s’applique donc à l’interprétation et à l’application des dispositions de la loi québécoise sur les accidents du travail. Il n’existe aucune raison de priver quelqu’un qui devient invalide par suite d’un accident *du travail* des principes applicables à toutes les personnes invalides, notamment du droit à des mesures d’accommodement raisonnables.

[36] La mise en œuvre de cette obligation à la lumière de la *Charte* québécoise ne perturbe pas le régime soigneusement calibré d’obligations et de rapports établi par la *Loi*. Elle ne fait que requérir une conception plus robuste de la mise en application des droits des travailleurs invalides par la CSST et la CLP et, nécessairement, par l’employeur.

[37] Interpréter et mettre en œuvre la *Loi* dans un cas donné conformément au principe de l’accommodement raisonnable est, en fait, compatible avec les

the scheme's efforts to enable the worker to return to work. If we examine the *Act's* goals and underlying policies, we see a statutory scheme that already clearly anticipates that reasonable steps will be taken to assist the disabled worker in being able to work if possible.

[38] The *Act* entitles an injured worker to reinstatement in his or her former job, to reassignment to "equivalent employment", or to hold "suitable employment", as set out in ss. 236 and 239:

236. A worker who has suffered an employment injury and again becomes able to carry on his employment is entitled to be reinstated by preference to others in his employment in the establishment where he was working when the employment injury appeared or reassigned to equivalent employment in that establishment or in another establishment of his employer.

239. A worker who remains unable to carry on his employment as a result of an employment injury and who becomes able to carry on suitable employment is entitled to hold the first suitable employment that becomes available in an establishment of his employer.

The right conferred by the first paragraph is exercised subject to the rules respecting seniority prescribed by the collective agreement applicable to the worker.

[39] Workers who become able to carry on the employment they held at the time of their injury, are entitled to be reinstated in their pre-injury jobs or to be reassigned to "equivalent employment" with the employer.

[40] "Equivalent employment" is defined in s. 2 as an "employment of a similar nature to the employment held by the worker when he suffered the employment injury, from the standpoint of vocational qualifications required, wages, social benefits, duration and working conditions". This arises in circumstances where a worker is technically able to do his pre-injury employment but cannot return to it for reasons unrelated to the injury, such as the elimination of the position (France Cormier, "La victime de harcèlement et le processus de réadaptation

efforts envisagés par le régime en vue de permettre au travailleur de retourner au travail. L'examen des objectifs et politiques sous-jacents de la *Loi* révèle que le régime établi par celle-ci prévoit clairement la prise de mesures raisonnables visant à faciliter autant que possible le retour au travail du travailleur invalide.

[38] La *Loi* permet au travailleur victime d'une lésion professionnelle de réintégrer son ancien emploi, de réintégrer un « emploi équivalent » ou d'occuper un « emploi convenable », comme le prévoient les art. 236 et 239 :

236. Le travailleur victime d'une lésion professionnelle qui redevient capable d'exercer son emploi a droit de réintégrer prioritairement son emploi dans l'établissement où il travaillait lorsque s'est manifestée sa lésion ou de réintégrer un emploi équivalent dans cet établissement ou dans un autre établissement de son employeur.

239. Le travailleur qui demeure incapable d'exercer son emploi en raison de sa lésion professionnelle et qui devient capable d'exercer un emploi convenable a droit d'occuper le premier emploi convenable qui devient disponible dans un établissement de son employeur.

Le droit conféré par le premier alinéa s'exerce sous réserve des règles relatives à l'ancienneté prévues par la convention collective applicable au travailleur.

[39] Le travailleur qui redevient capable d'exercer l'emploi qu'il occupait au moment de la lésion a le droit de réintégrer cet emploi ou d'être affecté à un « emploi équivalent » chez l'employeur.

[40] L'expression « emploi équivalent » est définie à l'art. 2 comme étant un « emploi qui possède des caractéristiques semblables à celles de l'emploi qu'occupait le travailleur au moment de sa lésion professionnelle relativement aux qualifications professionnelles requises, au salaire, aux avantages sociaux, à la durée et aux conditions d'exercice ». Un emploi équivalent est offert au travailleur qui est techniquement capable d'exercer l'emploi qu'il occupait avant la lésion, mais qui ne peut le réintégrer pour des motifs étrangers à la lésion, telle

professionnelle”, in Barreau du Québec, vol. 263, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail* (2007), 113; *Gougeon (Re)*, 1999 CanLII 21577 (Que. C.L.P.).

[41] As a result, workers who recover sufficiently that they can return to their pre-injury employment within the stipulated time, return either to that job or to an equivalent one, with the same salary and benefits they would have had if they had continued to work.¹⁵ Workers who are able to carry on their pre-injury employment *after* their right to return to work has expired, will have access to assistance in finding employment elsewhere¹⁶ and to income replacement benefits for a maximum period of one year.¹⁷

[42] And under s. 239 of the *Act*, a worker who becomes able to carry on “suitable employment”, is entitled to the first suitable employment in the workplace. “[S]uitable employment” is defined in s. 2 as an “appropriate employment that allows a worker who has suffered an employment injury to use his remaining ability to work and his vocational qualifications, that he has a reasonable chance of obtaining and the working conditions of which do not endanger the health, safety or physical well-being of the worker, considering his injury”.

[43] Workers who obtain “suitable employment” with the employer receive the salaries and benefits related to this work, based on their seniority and accumulated service.¹⁸ A reduced income replacement indemnity helps compensate for any loss in salary between the pre-injury employment and the “suitable employment”.¹⁹

l’abolition du poste (France Cormier, « La victime de harcèlement et le processus de réadaptation professionnelle », dans Barreau du Québec, vol. 263, *Développements récents en droit de la santé et de la sécurité au travail* (2007), 113; *Gougeon (Re)*, 1999 CanLII 21577 (C.L.P. Qué.)).

[41] En conséquence, le travailleur qui se rétablit suffisamment pour réintégrer son emploi avant le délai prescrit réintègre cet emploi ou un emploi équivalent, et il a droit aux mêmes salaire et avantages que s’il avait continué à exercer son emploi¹⁵. Le travailleur qui redevient capable d’exercer son emploi *après* l’expiration du droit de retour au travail aura accès à des services de support en recherche d’emploi¹⁶ et recevra une indemnité de remplacement du revenu pendant une période maximale d’un an¹⁷.

[42] Et suivant l’art. 239 de la *Loi*, le travailleur qui devient capable d’exercer un « emploi convenable » a droit d’occuper le premier emploi convenable qui devient disponible au lieu de travail. L’expression « emploi convenable » est définie à l’art. 2 comme étant « un emploi approprié qui permet au travailleur victime d’une lésion professionnelle d’utiliser sa capacité résiduelle et ses qualifications professionnelles, qui présente une possibilité raisonnable d’embauche et dont les conditions d’exercice ne comportent pas de danger pour la santé, la sécurité ou l’intégrité physique du travailleur compte tenu de sa lésion ».

[43] Le travailleur qui obtient un « emploi convenable » chez l’employeur reçoit le salaire et les avantages liés à cet emploi, compte tenu de l’ancienneté et du service continu qu’il a accumulés¹⁸. Le versement d’une indemnité réduite de remplacement du revenu permet d’indemniser le travailleur de tout écart entre le salaire tiré de l’emploi qu’il occupait avant de subir la lésion professionnelle et le salaire tiré de l’« emploi convenable »¹⁹.

¹⁵ Sections 242 para. 1 and 235(1).

¹⁶ Sections 173 para. 1 and 174.

¹⁷ Sections 48 and 57(1).

¹⁸ Sections 242 para. 2 and 235(1).

¹⁹ Section 49 para. 1.

¹⁵ Article 242, al. 1, et par. 235(1).

¹⁶ Article 173, al. 1, et art. 174.

¹⁷ Article 48 et par. 57(1).

¹⁸ Article 242, al. 2, et par. 235(1).

¹⁹ Article 49, al. 1.

[44] If the employer has no “suitable employment” available, the worker can have his or her vocational potential evaluated to help determine what employment would be suitable elsewhere, get access to vocational training programs, and receive assistance in finding employment.²⁰

[45] Each of these entitlements — reinstatement, equivalent, or suitable employment — is reflective of ensuring “that an employee who is able to work can do so” (*Hydro-Québec*, at para. 14). And this, in turn, is consistent with the employer’s duty to reasonably accommodate, a duty which informs how these entitlements are to be implemented on the facts of any particular case.

[46] The *Act*’s provisions dealing with rehabilitation also reflect the duty to accommodate. A worker who suffers permanent impairment due to his employment injury is entitled to rehabilitation measures with a view to his social and professional reintegration.²¹ The worker will receive a personal rehabilitation plan, prepared and implemented by the CSST with the worker’s cooperation.²² This plan may include a physical, social and professional rehabilitation program.

[47] The purpose of the professional rehabilitation program is to facilitate the worker’s reinstatement in his or her employment or an equivalent employment or, where that objective is not feasible, to facilitate his or her access to suitable employment.²³ The *Act* defines a professional rehabilitation program broadly. It may include measures like a refresher program, an evaluation of vocational potential, a vocational training program, assistance in finding employment, the payment of subsidies to an employer to favour the employment of workers who have sustained permanent physical or mental impairments, the payment of any cost incurred to explore the employment market or to move near a new

[44] S’il n’y a aucun « emploi convenable » disponible chez l’employeur, le travailleur peut bénéficier de services d’évaluation de ses possibilités professionnelles en vue de l’aider à déterminer un emploi convenable qu’il pourrait exercer ailleurs, en plus d’avoir accès à des programmes de formation professionnelle et à des services de support en recherche d’emploi²⁰.

[45] Tous ces droits — réintégration, emploi équivalent ou emploi convenable — témoignent du fait de permettre « à l’employé capable de travailler de le faire » (*Hydro-Québec*, par. 14). Et cela concorde avec l’obligation d’accommodement raisonnable de l’employeur, obligation qui influe sur la manière dont ces droits doivent être mis en application compte tenu des faits de l’espèce.

[46] Les dispositions de la *Loi* qui traitent de la réadaptation témoignent également de l’obligation d’accommodement. Le travailleur qui subit une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique en raison d’une lésion professionnelle a droit à des mesures de réadaptation en vue de sa réinsertion sociale et professionnelle²¹. Le travailleur aura ainsi accès à un plan personnalisé de réadaptation, préparé et mis en œuvre par la CSST, avec sa collaboration²². Ce plan peut comprendre un programme de réadaptation physique, sociale et professionnelle.

[47] Le programme de réadaptation professionnelle a pour but de faciliter la réintégration du travailleur ou de la travailleuse dans son emploi ou dans un emploi équivalent ou, si cet objectif ne peut être atteint, l’accès à un emploi convenable²³. La *Loi* définit de manière générale en quoi peut consister un programme de réadaptation professionnelle. Un tel programme peut comprendre un programme de recyclage, une évaluation des possibilités professionnelles, un programme de formation professionnelle, des services de support en recherche d’emploi, le paiement de subventions à un employeur pour favoriser l’embauche du travailleur qui a subi une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique, le

²⁰ Sections 171, 172 and 173 para. 2.

²¹ Section 145.

²² Section 145 et seq.

²³ Section 166.

²⁰ Article 171, 172 et 173, al. 2.

²¹ Article 145.

²² Article 145 et suiv.

²³ Article 166.

place of employment, the payment of subsidies to the worker, and, notably, the adaptation of a position.²⁴

[48] The cost of rehabilitation is assumed by the CSST.²⁵ It in turn collects the money it needs for the administration of the *Act* from employers.²⁶ It also attributes to the employer the cost of benefits payable by reason of an industrial accident suffered by a worker while in the employ of the employer.²⁷

[49] The CSST may also, under s. 176,²⁸ reimburse the cost of adapting a position, if the adaptation enables a worker who has sustained permanent physical impairment as a result of his or her employment injury, to carry on his or her employment, “equivalent employment” or “suitable employment”, including expenses incurred for purchasing and installing the required materials and equipment. This provision anticipates that there may be compensable changes to a workplace which has been adapted to allow a worker to return to any pre-injury, equivalent or suitable employment. This too shows that the scheme clearly envisions some form of accommodation for the worker.

[50] As this review shows, the objectives of Quebec’s injured worker scheme overlap with those of the Quebec *Charter*. The injured worker scheme seeks “to facilitate the worker’s reinstatement in his employment or an equivalent employment or, where

paiement de frais pour explorer un marché d’emplois ou pour déménager près d’un nouveau lieu de travail, le paiement de subventions au travailleur, et, plus particulièrement, l’adaptation d’un poste de travail²⁴.

[48] Le coût de la réadaptation est assumé par la CSST²⁵. Par ailleurs, cette dernière perçoit des employeurs les sommes requises pour l’application de la *Loi*²⁶. De plus, elle impute à l’employeur le coût des prestations dues en raison d’un accident du travail survenu à un travailleur alors qu’il était à son emploi²⁷.

[49] La CSST peut aussi, en vertu de l’art. 176²⁸, rembourser les frais d’adaptation d’un poste de travail, y compris le coût d’achat et d’installation des matériaux et équipements nécessaires, si cette adaptation permet au travailleur qui a subi une atteinte permanente à son intégrité physique en raison de sa lésion professionnelle d’exercer son emploi, un « emploi équivalent » ou un « emploi convenable ». Cette disposition prévoit la possibilité que des changements indemnisables soient apportés à un poste de travail pour l’adapter et ainsi permettre au travailleur de réintégrer son emploi ou d’exercer un emploi équivalent ou un emploi convenable. Tout cela démontre aussi que le régime envisage clairement une certaine forme d’accommodement en faveur du travailleur.

[50] Comme l’indique l’examen qui précède, les objectifs du régime d’indemnisation des accidentés du travail du Québec recourent ceux de la *Charte* québécoise. Le régime d’indemnisation des accidentés du travail vise à « faciliter la réintégration du

²⁴ Section 167.

²⁵ Section 181.

²⁶ Section 281.

²⁷ Section 326. “[B]enefit” is defined under s. 2 as compensation or an indemnity paid in money, financial assistance or services furnished under the *Act*.

²⁸ **176.** The Commission may reimburse the cost of adapting a position if the adaptation enables a worker who has sustained permanent physical impairment as a result of his employment injury to carry on his employment, equivalent employment or suitable employment.

The cost includes the expenses incurred for purchasing and installing the materials and equipment necessary for adapting the position, but no cost may be reimbursed except to the person who incurred it with the prior authorization of the Commission to that effect.

²⁴ Article 167.

²⁵ Article 181.

²⁶ Article 281.

²⁷ Article 326. Aux termes de l’art. 2, le mot « prestation » s’entend d’une indemnité versée en argent, d’une assistance financière ou d’un service fourni en vertu de la *Loi*.

²⁸ **176.** La Commission peut rembourser les frais d’adaptation d’un poste de travail si cette adaptation permet au travailleur qui a subi une atteinte permanente à son intégrité physique en raison de sa lésion professionnelle d’exercer son emploi, un emploi équivalent ou un emploi convenable.

Ces frais comprennent le coût d’achat et d’installation des matériaux et équipements nécessaires à l’adaptation du poste de travail et ils ne peuvent être remboursés qu’à la personne qui les a engagés après avoir obtenu l’autorisation préalable de la Commission à cette fin.

that object is not attainable, to facilitate his access to suitable employment”.²⁹ Similarly, Quebec’s *Charter* seeks “to ensure that persons who are otherwise fit to work are not unfairly excluded where working conditions can be adjusted without undue hardship” (*Hydro-Québec*, at para. 14). This is the essence of the duty of reasonable accommodation. The injured worker scheme sets out various types of accommodation, such as reinstatement, equivalent employment, or failing that, the most suitable employment possible. The fact that the scheme sets out *some* type of accommodation does not negate the broader, general accommodation required by the Quebec *Charter*.

[51] An injured worker’s rights and entitlements under the *Act* must therefore be interpreted and implemented in accordance with the employer’s duty to reasonably accommodate an employee disabled by a workplace injury, which in turn means that the CSST and the CLP have the exclusive remedial authority, in implementing ss. 236 and 239 of the *Act* dealing with reinstatement, equivalent, or suitable employment, to impose measures on the employer to do whatever is reasonably possible to accommodate the disabled worker’s individual injury and the circumstances that flow from it.

[52] How then does this apply in the circumstances of this case?

[53] Mr. Caron is relying on his right to return to suitable employment under s. 239 of the *Act*. Interpreting the provision in accordance with Quebec *Charter* principles and the objectives of the *Act* means that the employer has a duty to reasonably accommodate Mr. Caron in determining whether suitable employment is available under s. 239.

travailleur dans son emploi ou dans un emploi équivalent ou, si ce but ne peut être atteint, l’accès à un emploi convenable »²⁹. De même, la *Charte* québécoise vise à « empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient pas injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive » (*Hydro-Québec*, par. 14). C’est là l’essence de l’obligation d’accommodement raisonnable. Le régime d’indemnisation des accidentés du travail prévoit divers types d’accommodement, comme la réintégration, un emploi équivalent ou, à défaut, l’emploi qui convient le mieux. Le fait que le régime prévoit *certain*s types d’accommodement n’exclut pas l’accommodement général plus vaste qu’exige la *Charte* québécoise.

[51] Les droits et avantages qu’accorde la *Loi* au travailleur victime d’une lésion professionnelle doivent donc être interprétés et mis en œuvre conformément à l’obligation de l’employeur d’accommoder raisonnablement les employés ayant subi une lésion professionnelle, conclusion qui, à son tour, emporte que la CSST et la CLP possèdent le pouvoir de réparation exclusif, dans la mise en œuvre des art. 236 et 239 de la *Loi* en ce qui concerne le droit à la réintégration, à un emploi équivalent ou à un emploi convenable, d’imposer à l’employeur des mesures d’accommodement raisonnablement possibles à l’égard de la lésion subie par le travailleur invalide et des circonstances qui en découlent.

[52] En conséquence, comment s’appliquent ces obligations dans les circonstances de l’espèce?

[53] M. Caron invoque le droit de retourner au travail et d’occuper un emploi convenable que lui confère l’art. 239 de la *Loi*. Interprétée à la lumière des principes établis par la *Charte* québécoise et des objectifs de la *Loi*, cette disposition signifie que lorsque l’employeur détermine, en application de l’art. 239, si un emploi convenable est disponible, il a l’obligation d’accommoder raisonnablement M. Caron.

²⁹ Section 166.

²⁹ Article 166.

[54] Mr. Caron identified two “suitable” jobs at Centre Miriam which he claimed he could perform if he was reasonably accommodated: (1) his pre-injury employment position as an educator, provided that certain modifications were made to accommodate his functional disability, and (2) the team leader position he held during his temporary assignment with Centre Miriam.

[55] Because the CSST and the CLP found that the concept of reasonable accommodation under the Quebec *Charter* did not apply, neither made any factual findings as to whether Mr. Caron was reasonably accommodated. In particular, the CLP did not make any findings about whether the employer would have had “suitable employment” if it had reasonably accommodated him. It may be that if the employer had considered its duty to accommodate in its search for suitable employment, it would have found other suitable positions for Mr. Caron to occupy.

[56] Given the direction in these reasons that the statutory scheme is to be interpreted and applied in accordance with the employer’s duty to reasonably accommodate under the Quebec *Charter*, it seems to me that Mr. Caron should be given the opportunity to attempt to vindicate his rights as an injured worker in accordance with the revised approach. I appreciate that these proceedings have been protracted, perhaps even unduly, but important legal principles had yet to be resolved.

[57] As a result, like the Court of Appeal, I would set aside the decision of the CLP and remit the matter to the Administrative Labour Tribunal (the CLP’s institutional successor) so that the claim of Mr. Caron can be decided taking into account the employer’s duty to reasonably accommodate in accordance with

[54] M. Caron a fait état de deux emplois « convenable[s] » qu’il pourrait, selon lui, exercer au Centre Miriam si l’on prenait des mesures d’accommodement raisonnables en sa faveur : (1) le poste d’éducateur qu’il occupait avant de se blesser, à condition que l’on y apporte certaines modifications afin de tenir compte de sa limitation fonctionnelle; et (2) le poste de chef d’équipe qu’il a occupé temporairement au Centre Miriam.

[55] Étant donné que la CSST et la CLP ont jugé que le concept d’accommodement raisonnable au sens de la *Charte* québécoise ne s’appliquait pas, ni l’une ni l’autre de ces organisations n’ont tiré de conclusion de fait quant à savoir si M. Caron avait bénéficié de mesures d’accommodement raisonnables. En particulier, la CLP n’a formulé aucune conclusion relativement à la question de savoir s’il y aurait eu un « emploi convenable » chez l’employeur si ce dernier avait pris en sa faveur des mesures d’accommodement raisonnables. Si l’employeur avait tenu compte de son obligation d’accommodement lorsqu’il cherchait s’il existait un emploi convenable, peut-être aurait-il trouvé d’autres postes convenables que M. Caron aurait pu occuper.

[56] Vu la directive donnée dans les présents motifs selon laquelle il faut interpréter et appliquer le régime législatif en conformité avec l’obligation d’accommodement raisonnable imposée à l’employeur par la *Charte* québécoise, il me semble que l’on devrait donner à M. Caron la possibilité de défendre ses droits en tant que travailleur victime d’une lésion professionnelle conformément à l’approche modifiée. Je reconnais que les procédures ont été longues, peut-être même indûment longues, mais il restait encore à se prononcer sur des principes juridiques importants.

[57] Par conséquent, à l’instar de la Cour d’appel, j’annulerais la décision de la CLP et renverrais l’affaire au Tribunal administratif du travail (l’institution qui a succédé à la CLP) pour qu’il puisse trancher la réclamation de M. Caron eu égard à l’obligation de l’employeur de prendre des mesures

the Quebec *Charter*. Section 240³⁰ of the *Act* stipulates that the entitlements in the scheme are time limited. Whether the time limit should be applied to Mr. Caron is a determination for the Administrative Labour Tribunal to make in the context of this revised approach and the relevant circumstances of this case.

[58] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Côté and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. —

I. Introduction

[59] I have had the benefit of reading the reasons of Justice Abella and I agree with her in the result, to remit the matter to the Administrative Labour Tribunal (“ALT”), formerly known as the Commission des lésions professionnelles (“CLP”), for a determination of whether the employer has discharged its duty to accommodate.

[60] Where Justice Abella and I differ is in the approach to attain this result. My colleague takes an approach in which she interprets the legislative scheme “to include a duty to accommodate” (reasons of Abella J., at para. 21) in accordance with the view that “*all* Quebec law should be interpreted in conformity with the Quebec *Charter*” (reasons of Abella J., at para. 32 (emphasis in original)). In my view, this goes beyond the approach to statutory

d’accommodement raisonnables en conformité avec la *Charte* québécoise. Selon l’art. 240³⁰ de la *Loi*, les droits que confèrent le régime peuvent être exercés pendant des périodes limitées. Il revient au Tribunal administratif du travail de décider si le délai doit s’appliquer à M. Caron compte tenu de cette approche modifiée et des circonstances pertinentes de l’espèce.

[58] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Côté et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[59] J’ai eu l’occasion de lire les motifs de la juge Abella et je suis d’accord avec elle quant au résultat, qui consiste à renvoyer l’affaire au Tribunal administratif du travail (« TAT »), anciennement connu sous le nom de Commission des lésions professionnelles (« CLP »), pour qu’il décide si l’employeur s’est acquitté de son obligation d’accommodement.

[60] Là où la juge Abella et moi divergeons d’opinion, c’est sur l’approche à adopter pour atteindre ce résultat. Ma collègue retient une approche dans le cadre de laquelle elle interprète le régime législatif comme « englobant une obligation d’accommodement » (motifs de la juge Abella, par. 21) en conformité avec l’opinion que « *toutes* les lois du Québec doivent être interprétées conformément à la *Charte* québécoise » (motifs de la juge Abella,

³⁰ 240. The rights conferred by sections 236 to 239 may be exercised

(1) within one year following the beginning of the period of continuous absence of the worker as a result of an employment injury if he held employment in an establishment numbering twenty workers or fewer at the beginning of the period; or

(2) within two years following the beginning of the period of continuous absence of the worker as a result of an employment injury if he held employment in an establishment numbering more than 20 workers at the beginning of the period.

The fact that a worker returns to work following medical advice does not interrupt his period of continuous absence if, as a consequence of his injury, the state of his health related to his injury forces him to leave his work the day he returns.

³⁰ 240. Les droits conférés par les articles 236 à 239 peuvent être exercés :

1^o dans l’année suivant le début de la période d’absence continue du travailleur en raison de sa lésion professionnelle, s’il occupait un emploi dans un établissement comptant 20 travailleurs ou moins au début de cette période; ou

2^o dans les deux ans suivant le début de la période d’absence continue du travailleur en raison de sa lésion professionnelle, s’il occupait un emploi dans un établissement comptant plus de 20 travailleurs au début de cette période.

Le retour au travail d’un travailleur à la suite d’un avis médical n’interrompt pas la période d’absence continue du travailleur si son état de santé relative à sa lésion l’oblige à abandonner son travail dans la journée du retour.

interpretation set out by this Court whereby “[t]he interpretation of legislation must draw on [the] principles [of the Quebec Charter]” (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789, at para. 20 (emphasis added)). It also goes beyond what the Quebec Court of Appeal did in *Gauthier v. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin L.R. (4th) 222, where the Quebec Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12 (“Quebec Charter”), was used to conclude that a discriminatory reason could not be “good and sufficient” within the meaning of the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001 (“Act”). In effect, my colleague shoehorns the duty to accommodate into an Act that was not created for that purpose and extends the scope of a provision of law. This is contrary to this Court’s jurisprudence and to s. 51 of the Quebec Charter.

[61] As this Court explained in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, the “Charter values” interpretive principle serves a narrow purpose: when faced with two interpretations — one compliant with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (“Canadian Charter”), the other infringing it — courts can apply the presumption of compliance with the Canadian Charter to read the statute in a manner respectful of the Charter value in question. This allows the statute to remain in force — untouched — and interpreted such that it complies with the Canadian Charter. This principle, however, does not allow the courts to generate in the name of Charter values an interpretation unsupported by the text of the statute (*Bell ExpressVu*, at para. 62; *R. v. Clarke*, 2014 SCC 28, [2014] 1 S.C.R. 612, at para. 12).

[62] Given the nature of the Quebec Charter as a quasi-constitutional instrument and its similarities with the Canadian Charter with respect to derogation, interpretation, and justification, the interpretative role of the courts should operate in a similar

par. 32) (en italique dans l’original). À mon avis, cela va au-delà de la méthode d’interprétation législative établie par la Cour selon laquelle « [l]’interprétation de la législation doit s’inspirer [des] principes [de la Charte québécoise] » (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789, par. 20 (je souligne)). Cela va aussi au-delà de ce que la Cour d’appel du Québec a fait dans *Gauthier c. Demers*, 2007 QCCA 1433, 65 Admin. L.R. (4th) 222, où elle s’est servie de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« Charte québécoise »), pour conclure qu’un motif de discrimination ne pouvait pas être « juste et suffisant[t] » au sens de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001 (« Loi »). En effet, ma collègue case l’obligation d’accommodement dans une loi qui n’a pas été créée à cette fin et élargit la portée d’une disposition législative, ce qui est contraire à la jurisprudence de notre Cour et à l’art. 51 de la Charte québécoise.

[61] Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, le principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la Charte » vise un objectif restreint : lorsque deux interprétations sont possibles — l’une qui est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés* (« Charte canadienne »), et l’autre qui l’enfreint — les tribunaux peuvent appliquer la présomption de conformité à la Charte canadienne pour interpréter la loi d’une manière qui respecte la valeur de la Charte en question. Cela permet que la loi demeure en vigueur — intacte — et soit interprétée de manière à ce qu’elle se conforme à la Charte canadienne. Ce principe ne permet toutefois pas au tribunal de proposer, au nom des valeurs de la Charte, une interprétation non étayée par le texte de la loi (*Bell ExpressVu*, par. 62; *R. c. Clarke*, 2014 CSC 28, [2014] 1 R.C.S. 612, par. 12).

[62] Vu le caractère quasi constitutionnel de la Charte québécoise et les similitudes qu’elle présente avec la Charte canadienne sur les plans de la déroga-tion, de l’interprétation et de la justification, le rôle d’interprétation des tribunaux devrait se jouer de

way for both instruments. A blanket presumption of conformity with the Quebec *Charter* could “frustrate true legislative intent, contrary to what is mandated by the preferred approach to statutory construction” (*Bell ExpressVu*, at para. 64) just as such a blanket presumption could for the Canadian *Charter*.

[63] Further, while pursuant to s. 53, the Quebec *Charter* can be used “[i]f any doubt arises in the interpretation of a provision” of an Act, s. 51 of the Quebec *Charter* “makes a point of stating that the [Quebec] *Charter* must not, as a general rule, be interpreted so as to extend or amend the scope of a provision of law” (*Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 131). With respect, my colleague’s approach conflicts with these rules.

[64] The analytical path I propose is similar to that taken by the courts below. It is based on the jurisdiction of the CLP and the ALT as administrative tribunals with the power to decide questions of law and to make orders appropriate to vindicate the rights of the parties. This approach maintains the distinct character of the two regimes and corresponds to the Quebec *Charter* remedies Mr. Caron sought before the CLP.

II. Facts

[65] On October 20, 2004, the respondent, Mr. Alain Caron, developed epicondylitis (often referred to as “tennis elbow”) while carrying out his duties as a special educator at Centre Miriam, a center for persons with intellectual disabilities. He was temporarily re-assigned, the following day, as team leader of the night shift. This re-assignment was possible due to the needs of Centre Miriam at the time; it was receiving a number of patient transfers from another hospital.

[66] On October 6, 2006, the Commission de la santé et de la sécurité du travail (“CSST”) decided

façon semblable à l’égard de ces deux instruments. Une présomption générale de conformité à la *Charte* québécoise pourrait « contrecarrer le respect de l’intention véritable du législateur, contrairement à ce que prescrit la démarche privilégiée en matière d’interprétation législative » (*Bell ExpressVu*, par. 64), tout comme une telle présomption générale pourrait le faire dans le cas de la *Charte* canadienne.

[63] De plus, bien qu’il soit possible, suivant l’art. 53, de recourir à la *Charte* québécoise « [s]i un doute surgit dans l’interprétation d’une disposition » d’une loi, l’art. 51 de la *Charte* québécoise « prend soin de préciser que la *Charte* [québécoise] ne doit pas, en règle générale, être interprétée de manière à augmenter ou modifier la portée d’une disposition de la loi » (*Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, par. 131). Soit dit en tout respect, l’approche de ma collègue entre en conflit avec ces règles.

[64] Le cheminement analytique que je propose ressemble à celui suivi par les cours inférieures. Il est fondé sur la compétence de la CLP et du TAT en tant que tribunaux administratifs ayant le pouvoir de décider des questions de droit et de rendre des ordonnances propres à donner effet aux droits des parties. Cette approche préserve le caractère distinct des deux régimes et correspond à la réparation fondée sur la *Charte* québécoise que M. Caron a demandée à la CLP.

II. Faits

[65] Le 20 octobre 2004, l’intimé, M. Alain Caron, a développé une épicondylite (aussi appelée « coude du joueur de tennis ») alors qu’il exerçait ses fonctions d’éducateur spécialisé au Centre Miriam, un centre pour personnes ayant des déficiences intellectuelles. Il a été affecté temporairement, le lendemain, au poste de chef d’équipe du quart de nuit. Cette affectation a été rendue possible en raison des besoins du Centre Miriam à ce moment-là; il recevait des patients transférés d’un autre hôpital.

[66] Le 6 octobre 2006, la Commission de la santé et de la sécurité du travail (« CSST ») a décidé que

that the employment injury had consolidated, leaving permanent impairment and functional limitations. On October 5, 2007, Centre Miriam ended Mr. Caron's temporary re-assignment because the patient transfer process had been completed. The CSST decided at that point that Mr. Caron could return to his original employment. This decision was contested by Centre Miriam; it was reversed by the CLP in 2009.

[67] On April 16, 2010, Centre Miriam informed the CSST that it did not have suitable employment for Mr. Caron. This was challenged by Mr. Caron's union on the grounds that Centre Miriam should have taken into account its duty to accommodate pursuant to the Quebec *Charter* in determining whether there was suitable employment. In the union's view, there were two positions that would have been available for Mr. Caron, had it done so. The CSST sided with Centre Miriam, on the basis that the Act is a complete accommodation scheme for employment injuries. In the CSST's view, it follows that there is no need to look to the Quebec *Charter* to supplement what is provided for under the Act. Centre Miriam terminated Mr. Caron's employment shortly thereafter.

[68] Mr. Caron contested the CSST's decision before the CLP. It is this decision that is the subject of judicial review.

III. Judicial History

A. *Commission des lésions professionnelles, 2012 QCCLP 3625, [2012] C.L.P. 173*

[69] In its decision, the CLP recognized that it has the power to decide any question of law necessary to the exercise of its jurisdiction and that this carried with it the authority and the duty to apply the Quebec *Charter*.

[70] However, the CLP took the view that it was bound by the jurisprudence of the Quebec Court of Appeal and by its own decisions to the effect that measures provided for under the Act exhaust the duty to accommodate. Accordingly, the employer

la lésion professionnelle était consolidée et laissait une atteinte permanente et des limitations fonctionnelles. Le 5 octobre 2007, le Centre Miriam a mis fin à l'affectation temporaire de M. Caron parce que le processus de transfert des patients était terminé. La CSST a décidé à ce stade que M. Caron pouvait réintégrer son emploi antérieur. Cette décision a été contestée par le Centre Miriam; elle a été infirmée par la CLP en 2009.

[67] Le 16 avril 2010, le Centre Miriam a informé la CSST qu'il n'avait aucun emploi convenable à offrir à M. Caron, ce qui a été contesté par le syndicat de M. Caron au motif que le Centre Miriam aurait dû tenir compte de son obligation d'accommodement découlant de la *Charte* québécoise pour déterminer s'il existait un emploi convenable. Selon le syndicat, deux postes auraient pu être offerts à M. Caron si le Centre Miriam l'avait fait. La CSST a donné raison au Centre Miriam, pour le motif que la Loi constitue un régime d'accommodement complet pour les lésions professionnelles. Selon la CSST, il n'est donc pas nécessaire de recourir à la *Charte* québécoise pour compléter ce qui est prévu par la Loi. Le Centre Miriam a mis fin à l'emploi de M. Caron peu de temps après.

[68] M. Caron a contesté la décision de la CSST devant la CLP. C'est cette décision qui fait l'objet d'un contrôle judiciaire.

III. Historique judiciaire

A. *Commission des lésions professionnelles, 2012 QCCLP 3625, [2012] C.L.P. 173*

[69] Dans sa décision, la CLP a reconnu qu'elle avait le pouvoir de décider de toute question de droit nécessaire à l'exercice de sa compétence et que cela comportait le pouvoir et le devoir d'appliquer la *Charte* québécoise.

[70] Toutefois, la CLP a estimé qu'elle était liée par la jurisprudence de la Cour d'appel du Québec et par ses propres décisions selon lesquelles les mesures prévues par la Loi épuisent l'obligation d'accommodement. Par conséquent, l'employeur n'était

was not required to accommodate Mr. Caron beyond what the Act provided. The CLP also decided that Mr. Caron's right to work under the Act had expired. The CLP therefore granted Mr. Caron no remedy; it dismissed his appeal.

B. *Quebec Superior Court, 2014 QCCS 2580*

[71] Mr. Caron sought judicial review before the Superior Court. Dugré J. held that the applicable standard of review was reasonableness. In his view, the question was not one of jurisdiction, but rather whether the CLP made a decision that reasonably balanced Quebec *Charter* values and the Act.

[72] He found the CLP's decision to be unreasonable. In his view, the CLP confused the question of whether the employer fulfilled its duties under the Quebec *Charter*, and the question of whether the Act complies with the Quebec *Charter*. According to Dugré J., if the absence of suitable employment results from a violation of a right protected by the Quebec *Charter* — i.e. if the claimant has been discriminated against by reason of his disability resulting from an employment injury — the CLP has the duty to grant a remedy under s. 49 of the Quebec *Charter*.

[73] Likewise, according to Dugré J., the CLP's decision that Mr. Caron's right to return to work had expired was unreasonable. Having decided that it could not rule on whether Mr. Caron had been the victim of discrimination on the basis of his disability, the CLP did not make the proper inquiry regarding whether s. 240 of the Act (which provides that the right to return to work expires two years after the period of continuous absence of the worker as a result of an employment injury) is rendered inoperative due to a conflict with the Quebec *Charter*. Accordingly, Dugré J. held that the CLP should rehear the matter to decide, first, whether Mr. Caron was a victim of discrimination and, second, whether s. 240 of the Act is rendered inoperative by s. 52 of the Quebec *Charter*. Dugré J. returned the matter to the CLP to determine whether the employer had discharged

pas tenu d'accommoder M. Caron au-delà de ce que prévoyait la Loi. La CLP a également décidé que le droit au travail que la Loi conférait à M. Caron était expiré. La CLP n'a donc accordé aucune réparation à M. Caron; elle a rejeté son appel.

B. *Cour supérieure du Québec, 2014 QCCS 2580*

[71] M. Caron a présenté une demande de contrôle judiciaire à la Cour supérieure. Le juge Dugré a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. À son avis, il s'agissait non pas d'une question de compétence, mais plutôt de savoir si la CLP avait rendu une décision qui établissait un équilibre raisonnable entre les valeurs de la *Charte* québécoise et la Loi.

[72] Il a estimé que la décision de la CLP était déraisonnable. À son avis, la CLP a confondu la question de savoir si l'employeur avait respecté les obligations que lui imposait la *Charte* québécoise et la question de savoir si la Loi était conforme à la *Charte* québécoise. Selon le juge Dugré, si l'absence d'emploi convenable résulte d'une violation d'un droit protégé par la *Charte* québécoise — c.-à-d. si le demandeur a été victime de discrimination en raison de son handicap résultant d'une lésion professionnelle — la CLP a le devoir d'accorder une réparation fondée sur l'art. 49 de la *Charte* québécoise.

[73] Dans la même veine, selon le juge Dugré, la décision de la CLP portant que le droit au retour au travail de M. Caron avait expiré était déraisonnable. Ayant décidé qu'elle ne pouvait se prononcer sur la question de savoir si M. Caron avait été victime de discrimination en raison de son handicap, la CLP n'a pas procédé à l'analyse appropriée quant à savoir si l'art. 240 de la Loi (qui prévoit que le droit au retour au travail expire deux ans après le début de la période d'absence continue du travailleur en raison d'une lésion professionnelle) était inopérant du fait d'un conflit avec la *Charte* québécoise. Par conséquent, le juge Dugré a conclu que la CLP devait instruire à nouveau l'affaire pour décider, d'abord, si M. Caron avait été victime de discrimination, et ensuite, si l'art. 240 de la Loi était rendu inopérant par l'art. 52 de la *Charte* québécoise. Le juge Dugré a renvoyé

its duty to accommodate as required by the Quebec *Charter*.

C. *Quebec Court of Appeal, 2015 QCCA 1048*

[74] Bélanger J.A., with the concurrence of Hilton and Schrager J.J.A., came to a similar conclusion. The Court of Appeal did so applying the correctness standard, on the basis that applying the Quebec *Charter* is a question of law that is of central importance to the legal system and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 60).

[75] The Court of Appeal held that the CLP had the authority to require an employer to accommodate a disabled employee with respect to suitable employment, as per the Quebec *Charter*. While the duty to accommodate under the Quebec *Charter* and relief under the Act evolved in parallel, this does not prevent the CLP from drawing on the Quebec *Charter* in exercising its authority conferred by the Act. Its power to decide questions of law authorizes it to grant the remedy sought by Mr. Caron. The duty to accommodate stemming from the Quebec *Charter* and the Act may well overlap.

[76] Regarding the expiry of the right to return to work pursuant to s. 240 of the Act, the Court of Appeal held that the duty to accommodate was incompatible with a mechanical application of a clause which provides for the termination of the employment relationship after a set period of time. The duty to accommodate calls for an individualized assessment making the two-year limit, at most, a factor to be considered, rather than being determinative. The CLP must first decide whether Mr. Caron suffered discrimination based on his disability. Once the circumstances of the case have been examined, then the CLP will be able to make a determination on the two-year limit under s. 240. The appeal against Dugré J.'s decision was dismissed and his order returning the matter to the CLP was affirmed.

l'affaire à la CLP pour qu'elle décide si l'employeur s'était acquitté de son obligation d'accommodement, comme l'exige la *Charte* québécoise.

C. *Cour d'appel du Québec, 2015 QCCA 1048*

[74] La juge Bélanger, avec l'accord des juges Hilton et Schrager, a tiré une conclusion semblable. La Cour d'appel l'a fait en appliquant la norme de la décision correcte, au motif que l'application de la *Charte* québécoise est une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique et étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 60).

[75] La Cour d'appel a conclu que la CLP avait le pouvoir d'obliger un employeur à accommoder un employé atteint d'une incapacité pour ce qui est d'un emploi convenable, conformément à la *Charte* québécoise. Même si l'obligation d'accommodement prévue par la *Charte* québécoise et les mesures de réparation prévues par la Loi ont évolué de façon parallèle, cela n'empêche pas la CLP d'avoir recours à la *Charte* québécoise dans l'exercice du pouvoir que lui confère la Loi. Son pouvoir de trancher des questions de droit l'autorise à accorder la réparation demandée par M. Caron. L'obligation d'accommodement découlant de la *Charte* québécoise peut très bien s'imbriquer dans la Loi.

[76] Quant à l'expiration du droit au retour au travail prévu à l'art. 240 de la Loi, la Cour d'appel a conclu que l'obligation d'accommodement était inconciliable avec l'application mécanique d'une clause prévoyant la rupture du lien d'emploi après une période donnée. L'obligation d'accommodement commande un examen individualisé faisant en sorte que le délai de deux ans constitue tout au plus un facteur à prendre en considération, sans toutefois être déterminant. La CLP doit d'abord décider si M. Caron a été victime de discrimination en raison de son handicap. Une fois que les circonstances de l'affaire auront été examinées, la CLP pourra se prononcer sur le délai de deux ans prévu par l'art. 240. L'appel formé contre la décision du juge Dugré a été rejeté et son ordonnance renvoyant l'affaire à la CLP a été confirmée.

IV. Relevant Provisions

[77] The relevant provisions of the Quebec *Charter* and Act are as follows:

Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, gender identity or expression, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

In case of unlawful and intentional interference, the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to punitive damages.

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, CQLR, c. A-3.001

1. The object of this Act is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries.

IV. Dispositions pertinentes

[77] Voici les dispositions pertinentes de la *Charte* québécoise et de la Loi :

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l'identité ou l'expression de genre, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs.

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001

1. La présente loi a pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires.

The process of compensation for employment injuries includes provision of the necessary care for the consolidation of an injury, the physical, social and vocational rehabilitation of a worker who has suffered an injury, the payment of income replacement indemnities, compensation for bodily injury and, as the case may be, death benefits.

This Act, within the limits laid down in Chapter VII, also entitles a worker who has suffered an employment injury to return to work.

349. The Commission has exclusive jurisdiction to examine and decide any question contemplated in this Act unless a special provision gives the jurisdiction to another person or agency

377. The board has the power to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction.

It may confirm, quash or amend a contested decision or order and, if appropriate, make the decision or order that should, in its opinion, have been made initially. [Now repealed. See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, CQLR, c. T-15.1, at s. 9.]

378. The board and its commissioners are vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37), except the power to order imprisonment.

They are also vested with all the powers necessary for the performance of their duties; they may, in particular, make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties.

No judicial proceedings may be brought against them by reason of an act done in good faith in the performance of their duties. [Now repealed. See the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, at ss. 9 and 10.]

V. Analysis

A. *Standard of Review*

[78] This Court has held that deference is owed to a tribunal making a determination within its specialized jurisdiction even when drawing on the *Quebec Charter*:

Le processus de réparation des lésions professionnelles comprend la fourniture des soins nécessaires à la consolidation d'une lésion, la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur victime d'une lésion, le paiement d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour préjudice corporel et, le cas échéant, d'indemnités de décès.

La présente loi confère en outre, dans les limites prévues au chapitre VII, le droit au retour au travail du travailleur victime d'une lésion professionnelle.

349. La Commission a compétence exclusive pour examiner et décider toute question visée dans la présente loi, à moins qu'une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme.

377. La Commission des lésions professionnelles a le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence.

Elle peut confirmer, modifier ou infirmer la décision, l'ordre ou l'ordonnance contesté et, s'il y a lieu, rendre la décision, l'ordre ou l'ordonnance qui, à son avis, aurait dû être rendu en premier lieu. [Maintenant abrogé. Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, CQLR, c. T-15.1, art. 9.]

378. La Commission des lésions professionnelles et ses commissaires sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la *Loi sur les commissions d'enquête* (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions : ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties.

Ils ne peuvent être poursuivis en justice en raison d'un acte accompli de bonne foi dans l'exercice de leurs fonctions. [Maintenant abrogé. Voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, art. 9 et 10.]

V. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[78] La Cour a statué qu'il faut faire preuve de déférence à l'égard d'un tribunal qui rend une décision relevant de son expertise, même s'il a recours à la *Charte québécoise* :

Deference is in order where the Tribunal acts within its specialized area of expertise, interprets the *Quebec Charter* and applies that charter's provisions to the facts to determine whether a complainant has been discriminated against

(*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46)

[79] The CLP declined jurisdiction on the basis that the Act was exhaustive of an employer's duty to accommodate and that it could not grant any remedies in addition to those provided for in the Act (CLP decision, at para. 87). One could view this as a specialized tribunal interpreting its home statute; in such an instance the deferential standard of reasonableness would apply (*Dunsmuir*, at para. 54).

[80] By contrast, in deciding that it could not grant a remedy under the *Quebec Charter*, one could characterize the CLP's decision as one relating to the scope of its statutory grant of power, i.e. its jurisdiction. Under that characterization, the decision would be reviewed on the standard of correctness:

Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. . . . [T]rue jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter.

(*Dunsmuir*, at para. 59)

[81] In the end, I am persuaded by the analysis set out by the Quebec Court of Appeal:

[TRANSLATION] The question in the instant case relates not to the application of the Charter *per se*, but to a refusal to apply it.

What this question informs is the obligation of a specialized tribunal in applying its enabling legislation to take the Charter, a quasi-constitutional statute, into account.

Lorsque le Tribunal agit à l'intérieur de son champ d'expertise et qu'il interprète la *Charte québécoise* et applique ses dispositions aux faits pour décider de l'existence de discrimination, la déférence s'impose

(*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46)

[79] La CLP a décliné compétence au motif que la Loi épuisait l'obligation d'accommodement d'un employeur et qu'elle ne pouvait accorder des réparations en sus de celles prévues par la Loi (décision de la CLP, par. 87). On pourrait considérer qu'il s'agit d'un tribunal spécialisé qui interprète sa loi constitutive, auquel cas la norme déférente de la décision raisonnable s'appliquerait (*Dunsmuir*, par. 54).

[80] Par contre, la CLP ayant décidé qu'elle ne pouvait accorder une réparation fondée sur la *Charte québécoise*, sa décision pourrait être qualifiée de décision touchant à l'étendue des pouvoirs dont le législateur l'a investie, c.-à-d. sa compétence. Selon cette qualification, la décision serait examinée en fonction de la norme de la décision correcte :

Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence. . . . [U]ne véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question.

(*Dunsmuir*, par. 59)

[81] Au bout du compte, je me laisse convaincre par l'analyse à laquelle s'est livrée la Cour d'appel du Québec :

Dans la présente affaire, nous ne sommes pas en présence d'une question relative à l'application de la Charte en soi, mais plutôt en face d'un refus de l'appliquer.

Ce que cette question sous-tend c'est l'obligation pour un tribunal spécialisé d'appliquer sa loi constitutive en tenant compte de la loi quasi constitutionnelle qu'est la Charte.

In my view, the Quebec legislature did not intend to protect the jurisdiction of a specialized tribunal such as the CLP to decide whether to apply the Quebec Charter. That is also a question of general law that is of importance to the legal system, including the system of administrative justice. The applicable standard is therefore correctness. [paras. 35-37 (CanLII)]

B. *The Purposes of the Act and the Quebec Charter*

(1) The Act

[82] The Act is the current iteration of the historic compromise between employers and employees regarding compensation for work-related injuries through a no-fault scheme for victims of employment injuries. This purpose is set out in the opening section of the Act:

1. The object of this Act is to provide compensation for employment injuries and the consequences they entail for beneficiaries.

The process of compensation for employment injuries includes provision of the necessary care for the consolidation of an injury, the physical, social and vocational rehabilitation of a worker who has suffered an injury, the payment of income replacement indemnities, compensation for bodily injury and, as the case may be, death benefits.

This Act, within the limits laid down in Chapter VII, also entitles a worker who has suffered an employment injury to return to work.

[83] This Court has commented on the compensatory nature of the Act:

The evolution and characteristics of this normative scheme show that it is largely independent from the general law. It expresses a well thought-out social compromise between various contradictory forces. . . . It establishes a compensation system that is based on the principles of insurance and no-fault collective liability, the main purpose of which is compensation and thus a form of final liquidation of remedies.

(*Béliveau St-Jacques*, at para. 114)

À mon avis, le législateur québécois n'a pas voulu protéger la compétence d'un tribunal spécialisé comme la CLP de décider ou non d'appliquer la Charte québécoise. Il s'agit là aussi d'une question de droit général d'importance pour le système juridique, comprenant le système de justice administrative. La norme de la décision correcte s'applique donc. [par. 35-37 (CanLII)]

B. *Les objets de Loi et de la Charte québécoise*

(1) La Loi

[82] La Loi constitue la version actuelle du compromis historique entre employeurs et employés concernant la réparation des lésions liées au travail par l'entremise d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute destiné aux victimes de lésions professionnelles. Cet objet est énoncé au premier article de la Loi :

1. La présente loi a pour objet la réparation des lésions professionnelles et des conséquences qu'elles entraînent pour les bénéficiaires.

Le processus de réparation des lésions professionnelles comprend la fourniture des soins nécessaires à la consolidation d'une lésion, la réadaptation physique, sociale et professionnelle du travailleur victime d'une lésion, le paiement d'indemnités de remplacement du revenu, d'indemnités pour préjudice corporel et, le cas échéant, d'indemnités de décès.

La présente loi confère en outre, dans les limites prévues au chapitre VII, le droit au retour au travail du travailleur victime d'une lésion professionnelle.

[83] La Cour a commenté le caractère indemnitaire de la Loi :

L'évolution et les caractéristiques de cet ensemble normatif permettent de conclure à sa large autonomie face au droit commun. Il transpose un compromis social, longuement mûri, entre diverses forces contradictoires. [. . .] Elle établit en effet un système d'indemnisation fondé sur les principes d'assurance et de responsabilité collective sans égard à la faute, axé sur l'indemnisation et donc sur une forme de liquidation définitive des recours.

(*Béliveau St-Jacques*, par. 114)

[84] The right to return to work and the right to rehabilitation under the Act are relatively recent additions (see S.Q. 1985, c. 6) to Quebec’s compensation scheme. As explained by the Court of Appeal, the Act itself does not impose a duty to accommodate on the employer; rather, under s. 170 of the Act, the CSST only asks the employer if he has suitable employment available (C.A. reasons, at para. 62). By contrast, the Quebec *Charter* does impose a duty to accommodate on the employer.

(2) The Quebec Charter

[85] The overarching goal of the Quebec *Charter*, as stated in its preamble, is the recognition and protection of fundamental rights and freedoms:

Whereas it is expedient to solemnly declare the fundamental human rights and freedoms in a Charter, so that they may be guaranteed by the collective will and better protected against any violation;

[86] The Quebec *Charter* protects the right to equality and its corollary, the prohibition against discrimination. Section 10 of the Quebec *Charter* does this in the following terms:

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on race, colour, sex, gender identity or expression, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

[87] Section 10 of the Quebec *Charter*, however, does not operate in isolation. Rather, its protections operate in conjunction with other protected rights: “. . . the right to non-discrimination cannot serve as a basis for an application on its own and . . . it must necessarily be attached to another human right or freedom recognized by law” (*Quebec (Commission*

[84] Le droit au retour au travail et le droit à la réadaptation conférés par la Loi sont des ajouts apportés assez récemment (voir L.Q. 1985, c. 6) au régime d’indemnisation québécois. Comme l’a expliqué la Cour d’appel, la Loi elle-même n’impose aucune obligation d’accommodement à l’employeur; au contraire, selon l’art. 170 de la Loi, la CSST demande seulement à l’employeur s’il a un emploi convenable à offrir (motifs de la C.A., par. 62). Par contre, la *Charte* québécoise impose une obligation d’accommodement à l’employeur.

(2) La Charte québécoise

[85] L’objectif prépondérant de la *Charte* québécoise, énoncé à son préambule, est la reconnaissance et la protection des libertés et droits fondamentaux :

Considérant qu’il y a lieu d’affirmer solennellement dans une Charte les libertés et droits fondamentaux de la personne afin que ceux-ci soient garantis par la volonté collective et mieux protégés contre toute violation;

[86] La *Charte* québécoise protège le droit à l’égalité et son corollaire, l’interdiction de toute discrimination. L’article 10 de la *Charte* québécoise le fait en ces termes :

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, l’identité ou l’expression de genre, la grossesse, l’orientation sexuelle, l’état civil, l’âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l’utilisation d’un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu’une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

[87] L’article 10 de la *Charte* québécoise ne s’applique toutefois pas isolément. Les protections qu’il prévoit s’appliquent conjointement avec d’autres droits protégés : « . . . le droit à l’absence de discrimination ne peut à lui seul fonder un recours et doit nécessairement être rattaché à un autre droit ou à une autre liberté de la personne reconnus par

des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. *Bombardier Inc.* (*Bombardier Aerospace Training Center*), 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 54). In the employment context, such rights are set out in ss. 16 to 20 of the *Quebec Charter*. Thus, the duty to accommodate in the employment context is derived from ss. 10 and 16 of the *Quebec Charter* operating together.

[88] The duty to accommodate was recognized by this Court in 1985 (a few months after the Act was enacted) (*Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536). It requires accommodation by employers to the point of undue hardship. Deschamps J., for a unanimous Court, summarized the duty:

... the duty to accommodate implies that the employer must be flexible in applying its standard if such flexibility enables the employee in question to work and does not cause the employer undue hardship. ...

... the goal of accommodation is to ensure that an employee who is able to work can do so. ... The purpose of the duty to accommodate is to ensure that persons who are otherwise fit to work are not unfairly excluded where working conditions can be adjusted without undue hardship.

(*Hydro-Québec v. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 SCC 43, [2008] 2 S.C.R. 561, at paras. 13-14)

[89] Section 52 of the *Quebec Charter* provides that, save where legislation expressly states the contrary, no provision of any Act may infringe the rights protected in ss. 1 to 38 of the *Quebec Charter*. Thus, these sections of the *Quebec Charter* have primacy over other enactments, in the absence of express derogation. Where a provision infringes these sections of the *Quebec Charter*, the provision is inoperative, subject to justification under s. 9.1 in the case of the rights protected under ss. 1 to 9 (*Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at

la loi » (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 54). Dans un contexte d'emploi, ces droits sont énoncés aux art. 16 à 20 de la *Charte québécoise*. L'obligation d'accommodement dans ce contexte trouve donc son origine dans l'application conjointe des art. 10 et 16 de la *Charte québécoise*.

[88] La Cour a reconnu l'existence de l'obligation d'accommodement en 1985 (quelques mois après l'adoption de la Loi) (*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536). Celle-ci oblige l'employeur à prendre des mesures d'accommodement tant qu'il n'en résulte pas pour lui une contrainte excessive. S'exprimant au nom de la Cour à l'unanimité, la juge Deschamps a résumé l'obligation :

... l'obligation d'accommodement [...] implique que l'employeur est tenu de faire preuve de souplesse dans l'application de sa norme si un tel assouplissement permet à l'employé concerné de fournir sa prestation de travail sans que l'employeur subisse une contrainte excessive. ...

... les mesures d'accommodement ont pour but de permettre à l'employé capable de travailler de le faire. [...] L'obligation d'accommodement a pour objet d'empêcher que des personnes par ailleurs aptes ne soient injustement exclues, alors que les conditions de travail pourraient être adaptées sans créer de contrainte excessive.

(*Hydro-Québec c. Syndicat des employé-e-s de techniques professionnelles et de bureau d'Hydro-Québec, section locale 2000 (SCFP-FTQ)*, 2008 CSC 43, [2008] 2 R.C.S. 561, par. 13-14)

[89] L'article 52 de la *Charte québécoise* prévoit qu'à moins qu'une loi n'énonce expressément le contraire, aucune disposition de cette loi ne peut porter atteinte aux droits protégés par les art. 1 à 38 de la *Charte québécoise*. Ces articles de la *Charte québécoise* prévalent donc sur les autres textes de loi, en l'absence d'une dérogation expresse. Lorsqu'une disposition porte atteinte à ces articles de la *Charte québécoise*, elle est inopérante, sous réserve d'une justification fondée sur l'article 9.1 dans le cas des droits protégés par les articles 1 à 9 (*Ford c. Québec*

pp. 769-71; see also *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791).

[90] Where there is infringement of a right, either by state action or by a private party, s. 49 of the Quebec *Charter* provides the claimant with various remedies. First, the claimant may be awarded compensatory damages. Second, the claimant may be awarded punitive damages, in the case of unlawful and intentional interference with the claimant's rights. Third, the claimant may be granted an order for the cessation of the interference with his or her rights. In such a case, the law of civil liberties can go beyond the law of civil liability. As stated by LeBel J.:

It is sometimes necessary to put an end to actions or change practices or procedures that are incompatible with the *Quebec Charter* even where there is no fault within the meaning of the law of civil liability. . . . Thus, in the context of seeking appropriate recourse before an administrative body or a court of competent jurisdiction, the enforcement of [the law of civil liberties] can lead to the imposition of affirmative or negative obligations designed to correct or bring an end to situations that are incompatible with the *Quebec Charter*.

(*Communauté urbaine de Montréal*, at para. 26)

In this case, the remedy that is sought falls under this category; Mr. Caron is seeking a reasonable accommodation by Centre Miriam, an affirmative obligation intended to correct a situation incompatible with the *Quebec Charter*.

(3) Conclusion on the Purposes of the Act and the Quebec Charter

[91] The Act and the *Quebec Charter* have different purposes. The Act is a compensatory, no-fault scheme for employment injuries. The *Quebec Charter* has the wider goal of safeguarding fundamental rights, including the right to equality. This includes the duty to accommodate. By contrast, the rights to compensation and to return to work after an employment accident arise from the Act. The two

(*Procureur général*), [1988] 2 R.C.S. 712, p. 769-771; voir aussi *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791).

[90] En cas d'atteinte à un droit, soit par l'État soit par une partie privée, l'art. 49 de la *Charte québécoise* offre au demandeur diverses mesures de réparation. Tout d'abord, le demandeur peut se voir octroyer des dommages-intérêts compensatoires. Ensuite, le demandeur peut se voir octroyer des dommages-intérêts punitifs en cas d'atteinte illicite et intentionnelle à ses droits. Enfin, le demandeur peut obtenir la cessation de l'atteinte à ses droits. Dans un tel cas, le droit des libertés civiles peut aller au-delà du droit de la responsabilité civile. Comme l'a affirmé le juge LeBel :

Il faut parfois mettre fin à des comportements ou modifier des usages ou des méthodes incompatibles avec la *Charte québécoise*, même en l'absence de faute au sens du droit de la responsabilité civile. [. . .] Ainsi, dans le cadre de l'exercice des recours appropriés devant les organismes ou les tribunaux compétents, la mise en œuvre [du droit des libertés civiles] peut conduire à l'imposition d'obligations de faire ou de ne pas faire, destinées à corriger ou à empêcher la perpétuation de situations incompatibles avec la *Charte québécoise*.

(*Communauté urbaine de Montréal*, par. 26)

En l'espèce, la réparation demandée entre dans cette catégorie; M. Caron cherche à obtenir un accommodement raisonnable de la part du Centre Miriam, une obligation de faire destinée à corriger une situation incompatible avec la *Charte québécoise*.

(3) Conclusion sur les objets de la Loi et de la Charte québécoise

[91] La Loi et la *Charte québécoise* ont des objets différents. La Loi constitue un régime d'indemnisation sans égard à la faute pour lésions professionnelles. La *Charte québécoise* a un objectif plus général de protection des droits fondamentaux, dont le droit à l'égalité, ce qui comprend l'obligation d'accommodement. Par contre, les droits à l'indemnisation et au retour au travail à la suite d'un

legal schemes are distinct conceptually. Nonetheless, they can intersect in practice.

[92] Inflexibility, short of undue hardship, in the application of an employer's employment standards is a failure to accommodate and, consequently, a discriminatory practice. Unlike the Act, the origin of the disability does not matter for the Quebec *Charter*; while it need not be a workplace accident, it includes disability arising from such an accident. A failure by the employer to reasonably accommodate its disabled employee is discriminatory as it constitutes a violation of the disabled employee's right to equality. Such victims of discrimination are entitled under s. 49 of the Quebec *Charter* to an order requiring an employer to accommodate them.

[93] The CLP's statement to the effect that the Act constitutes the full extent of an employer's duty to accommodate was incorrect in that the CLP had the authority and the duty to give effect to Mr. Caron's Quebec *Charter* rights, as well as to his rights under the Act. Put simply, Mr. Caron's Quebec *Charter* rights exist *in addition to* his statutory rights under the Act.

C. *Jurisdiction to Grant Remedies Under the Quebec Charter*

(1) The Conway Test

[94] In *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, this Court dealt with whether an administrative tribunal has jurisdiction to grant various remedies under s. 24(1) of the Canadian *Charter*. The inquiry is twofold. The first question is institutional: Does the tribunal have jurisdiction to grant *Charter* remedies? If the tribunal has the power to decide questions of law, the answer to this question is "yes". The second question is specific to the remedy sought: Can the tribunal grant the remedy having regard to

accident du travail découlent de la Loi. Les deux régimes juridiques sont distincts sur le plan conceptuel. Néanmoins, ils peuvent se recouper en pratique.

[92] À moins que le fait de prendre des mesures ne crée une contrainte excessive, le manque de souplesse d'un employeur dans l'application de ses normes d'emploi constitue un défaut d'accommoder et, par conséquent, une pratique discriminatoire. Contrairement à la Loi, l'origine du handicap n'a pas d'importance pour la *Charte* québécoise; il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse d'un accident du travail, mais elle s'applique au handicap résultant d'un tel accident. Le défaut d'un employeur de fournir un accommodement raisonnable à un employé atteint d'un handicap est discriminatoire, car il constitue une violation du droit à l'égalité de cet employé. Ces victimes de discrimination ont droit, en vertu de l'art. 49 de la *Charte* québécoise, à une ordonnance enjoignant à leur employeur de prendre des mesures d'accommodement en leur faveur.

[93] L'affirmation de la CLP selon laquelle la Loi représente la pleine étendue de l'obligation d'accommodement d'un employeur était incorrecte en ce que la CLP avait le pouvoir et le devoir de donner effet aux droits que la *Charte* québécoise garantit à M. Caron, ainsi qu'à ceux que lui confère la Loi. En termes simples, les droits que la *Charte* québécoise garantit à M. Caron existent *en sus* des droits que lui confère la Loi.

C. *Compétence pour accorder des réparations fondées sur la Charte québécoise*

(1) Le critère énoncé dans l'arrêt Conway

[94] Dans *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si un tribunal administratif a compétence pour accorder diverses réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* canadienne. La question doit être examinée sous deux angles. Le premier angle est institutionnel : le tribunal a-t-il le pouvoir d'accorder une réparation fondée sur la *Charte*? Si le tribunal peut trancher des questions de droit, la réponse à cette question est « oui ». Le second angle est

its statutory mandate? This question concerns legislative intent.

[95] Certain indicia assist in answering this second question. For instance, prompt and efficient resolution in one tribunal of all matters whose essential character falls within its specialized statutory jurisdiction favours recognizing jurisdiction to grant the remedy sought:

Citizens are permitted to assert their *Charter* rights in a prompt, inexpensive, informal way. The parties are not required to duplicate submissions on the case in two different fora, for determination of two different legal issues. A specialized tribunal can quickly sift the facts and compile a record for the reviewing court.

(*Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, at para. 60)

This facilitates vindication of Canadian *Charter* rights and seeks to avoid the burden and inefficiency of multiple venues; it is better to determine the matter before one administrative tribunal.

[96] Likewise, when Canadian *Charter* rights are at risk of being infringed, a tribunal will be empowered to rule on incidental *Charter* questions, unless this jurisdiction is expressly excluded:

... where a legislature confers on a court or tribunal a function that involves the determination of matters where *Charter* rights may be affected, and furnishes it with processes and powers capable of fairly and justly resolving those incidental *Charter* issues, then it must be inferred, in the absence of a contrary intention, that the legislature intended to empower the tribunal to apply the *Charter*.

(*R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575 (“*Dunedin*”), at para. 75)

[97] In contrast with s. 24(1) of the Canadian *Charter*, s. 49 of the Quebec *Charter* is mute on the topic

propre à la réparation demandée : le tribunal peut-il accorder la réparation demandée compte tenu de son mandat légal? Cette question s’attache à l’intention du législateur.

[95] Certains indices permettent de répondre à la seconde question. Par exemple, le règlement rapide et efficace par un tribunal de toutes les questions dont l’essence relève de la compétence spécialisée que lui confère la loi joue en faveur de la reconnaissance d’une compétence pour accorder la réparation demandée :

Ainsi, les citoyens sont autorisés à faire valoir les droits qui leur sont garantis par la *Charte* de façon rapide, peu coûteuse et informelle. Les parties ne sont pas obligées de présenter deux requêtes à deux juridictions différentes pour que soient tranchées deux questions juridiques distinctes. Un tribunal spécialisé peut rapidement passer les faits au crible et dresser un dossier pour le tribunal d’appel.

(*Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, par. 60)

Cela facilite la défense des droits garantis par la *Charte* canadienne et vise à éviter le fardeau et l’inefficacité des instances multiples; il vaut mieux trancher la question devant un seul tribunal administratif.

[96] De même, lorsqu’il risque d’y avoir atteinte à des droits garantis par la *Charte* canadienne, le tribunal a le pouvoir de trancher les questions accessoires liées à la *Charte*, à moins que cette compétence ne soit expressément exclue :

... lorsqu’un législateur confie à un tribunal judiciaire ou administratif une fonction l’amenant à trancher des questions susceptibles de toucher des droits garantis par la *Charte* et le dote de mécanismes et procédures lui permettant de décider de façon juste et équitable ces questions accessoires liées à la *Charte*, il faut alors en déduire, en l’absence d’intention contraire, que le législateur entendait habiliter ce tribunal à appliquer la *Charte*.

(*R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575 (« *Dunedin* »), par. 75)

[97] Contrairement au par. 24(1) de la *Charte* canadienne, l’art. 49 de la *Charte* québécoise est muet

of competent tribunal. The absence of an express limitation, however, does not mean that there is no implicit limitation; not all tribunals are competent to grant remedies under the Quebec *Charter*. Professors Brun, Tremblay and Brouillet are of this view:

[TRANSLATION] Section 49 is silent on this subject. Accordingly, it follows that for a tribunal to be competent to rule on a claim under section 49, it must be one that has authority under the ordinary law to grant the remedy sought.

(H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 1082)

[98] While the *Conway* framework was set out in the context of the Canadian *Charter*, I see no reason why the underlying rationale for the framework should not also apply to the Quebec *Charter*. The similarities between the two instruments have led to significant “cross pollination” in the jurisprudence. Of note, this Court has applied the framework for analysis under s. 1 of the Canadian *Charter* as set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, to s. 9.1 of the Quebec *Charter*. This recognizes the similar justificatory purpose of s. 9.1 of the Quebec *Charter* and s. 1 of the Canadian *Charter*, notwithstanding differences in the text of the two provisions (*Ford*, at pp. 769-71; *Chaouilli*, at paras. 46-48, per Deschamps J.). Conversely, the analytical framework for determining infringements of a person’s freedom of religion initially devised in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, a case regarding s. 3 of the Quebec *Charter*, has helped frame subsequent jurisprudence regarding s. 2(a) of the Canadian *Charter* (*Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386). The similar nature of s. 24(1) of the Canadian *Charter* and of s. 49 of the Quebec *Charter* favours a parallel analytical framework for determining whether an administrative tribunal can grant a remedy under either *Charter*.

sur la question du tribunal compétent. Par contre, l’absence de limitation expresse ne signifie pas qu’il n’y a aucune limitation implicite; les tribunaux n’ont pas tous compétence pour accorder des réparations en vertu de la *Charte* québécoise. Les professeurs Brun, Tremblay et Brouillet sont du même avis :

L’article 49 ne dit rien à ce sujet. Il faut en déduire que le tribunal qui peut donner suite à une demande fondée sur [l’article] 49 doit être un tribunal qui est compétent suivant le droit ordinaire pour accorder le redressement réclamé.

(H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6^e éd. 2014), p. 1082)

[98] Bien que le cadre énoncé dans l’arrêt *Conway* l’ait été dans le contexte de la *Charte* canadienne, je ne vois pas pourquoi le raisonnement qui le sous-tend ne devrait pas s’appliquer lui aussi à la *Charte* québécoise. Les similitudes entre ces deux instruments ont donné lieu à une importante « pollinisation croisée » dans la jurisprudence. Fait à souligner, la Cour a appliqué le cadre d’analyse fondé sur l’article premier de la *Charte* canadienne, tel qu’il a été exposé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise, ce qui confirme l’objet justificatif semblable de l’art. 9.1 de la *Charte* québécoise et de l’article premier de la *Charte* canadienne, malgré les différences qui existent entre les textes des deux dispositions (*Ford*, p. 769-771; *Chaouilli*, par. 46-48, la juge Deschamps). Inversement, le cadre d’analyse permettant de déterminer s’il y a eu atteinte à la liberté de religion d’une personne, qui a d’abord été conçu dans *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, un arrêt portant sur l’art. 3 de la *Charte* québécoise, a contribué à l’élaboration de la jurisprudence subséquente relative à l’al. 2a) de la *Charte* canadienne (*Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386). La nature semblable du par. 24(1) de la *Charte* canadienne et de l’art. 49 de la *Charte* québécoise milite en faveur de l’application d’un cadre d’analyse parallèle pour décider si un tribunal administratif peut accorder une réparation fondée sur l’une ou l’autre des *Chartes*.

[99] This is not novel. The Quebec Court of Appeal has applied the *Conway* framework, *mutatis mutandis*, when determining whether the Commission des relations du travail (now also part of the ALT) had jurisdiction to grant a remedy under the Canadian and Quebec *Charters* (*Association des cadres de la Société des casinos du Québec v. Société des casinos du Québec*, 2014 QCCA 603, at paras. 10 and 31 (CanLII)). Further, prior to this Court's ruling in *Conway*, the Quebec Court of Appeal stated that, given their similar nature, it followed that a grievance arbitrator, being a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the Canadian *Charter*, would also be a court of competent jurisdiction under s. 49 of the Quebec *Charter* (*Université de Montréal v. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2006 QCCA 508, at para. 55 (CanLII)).

[100] Nonetheless, the Quebec *Charter* and the Canadian *Charter* are distinct instruments; as such, they may need to be approached in different ways in various circumstances. The use of the *Conway* framework in this case in no way precludes or detracts from the possibility that distinct approaches may be warranted, depending on the context.

(2) The CSST (Now the CNESST)

[101] I would recall that the decision under review is that of the CLP and not the initial decision of the CSST; an appeal to the CLP is *de novo* (*Moulin de préparation de bois en transit de St-Romuald v. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] C.A.L.P. 574 (Que. C.A.)).

[102] The first part of the *Conway* inquiry involves a determination as to whether the tribunal has the authority to decide questions of law. Within the Quebec administrative framework, the CSST (now the CNESST) exercises “administrative functions” within the meaning of the *Act respecting administrative justice*, CQLR, c. J-3, rather than “adjudicative” or quasi-judicial functions. While administrative functions are subject to certain procedural safeguards, they are qualitatively different from adjudicative functions. Notably, adjudicative bodies function in an adversarial setting, presided over by

[99] Cela n'est pas nouveau. La Cour d'appel du Québec a appliqué *mutatis mutandis* le cadre énoncé dans l'arrêt *Conway* pour décider si la Commission des relations du travail (qui fait aussi maintenant partie du TAT) avait compétence pour accorder une réparation fondée sur les *Chartes* québécoise et canadienne (*Association des cadres de la Société des casinos du Québec c. Société des casinos du Québec*, 2014 QCCA 603, par. 10 et 31 (CanLII)). De plus, avant l'arrêt *Conway* de notre Cour, la Cour d'appel du Québec a affirmé que, compte tenu de leur nature semblable, il s'ensuivait que l'arbitre de griefs, un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* canadienne, était aussi un tribunal compétent au sens de l'art. 49 de la *Charte* québécoise (*Université de Montréal c. Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2006 QCCA 508, par. 55 (CanLII)).

[100] Il n'en demeure pas moins que la *Charte* québécoise et la *Charte* canadienne sont des instruments distincts; par conséquent, elles peuvent commander des approches différentes dans des situations différentes. L'application en l'espèce du cadre énoncé dans l'arrêt *Conway* n'écarte ni ne diminue en rien la possibilité que des approches distinctes soient justifiées, selon le contexte.

(2) La CSST (aujourd'hui la CNESST)

[101] Je rappelle que la décision contrôlée est celle de la CLP, et non la décision initiale de la CSST; un appel interjeté devant la CLP est un appel *de novo* (*Moulin de préparation de bois en transit de St-Romuald c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] C.A.L.P. 574 (C.A. Qué.)).

[102] Dans le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Conway*, il faut se demander si le tribunal a le pouvoir de trancher des questions de droit. À l'intérieur du cadre administratif québécois, la CSST (maintenant la CNESST) exerce des « fonctions administratives » au sens de la *Loi sur la justice administrative*, RLRQ, c. J-3, plutôt que des fonctions « juridictionnelles » ou quasi judiciaires. Si les fonctions administratives font l'objet de certaines garanties procédurales, elles sont qualitativement différentes des fonctions juridictionnelles. Notamment, les organismes juridictionnels fonctionnent

an administrative judge, while administrative bodies give operational effect to legislative schemes in a bureaucratic setting.

[103] The statutory grant of powers to the CSST (now the CNESST) in the Act confers exclusive jurisdiction over questions relating to the Act:

349. The Commission has exclusive jurisdiction to examine and decide any question contemplated in this Act unless a special provision gives the jurisdiction to another person or agency.

The power to decide questions of law generally is not provided for. The administrative, rather than adjudicative, nature of the CSST (now the CNESST) means that it is not a forum to adjudicate issues relating to Quebec *Charter* rights.

(3) The CLP (Now the ALT)

[104] By contrast, the CLP expressly had the power to decide questions of law:

377. The board has the power to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction. [Now repealed, see the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*, at s. 9.]

Its successor, the ALT, has similar jurisdiction pursuant to s. 9 of the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*. This Court has recognized the jurisdiction of the Administrative Tribunal of Québec to rule on constitutional questions incidental to the exercise of its jurisdiction based on a grant of authority set out in the same words as quoted above (*Okwuobi v. Lester B. Pearson School Board*, 2005 SCC 16, [2005] 1 S.C.R. 257). The answer to the first question under the *Conway* analysis is therefore “yes”: the CLP (now the ALT) had jurisdiction to grant remedies under the Quebec *Charter* in relation to issues that arose in carrying out its statutory mandate.

dans le contexte d’un débat contradictoire, présidé par un juge administratif, tandis que les organismes administratifs donnent effet à des régimes législatifs dans un contexte bureaucratique.

[103] La disposition de la Loi qui confère des pouvoirs à la CSST (aujourd’hui la CNESST) investit celle-ci d’une compétence exclusive sur toute question relative à la Loi :

349. La Commission a compétence exclusive pour examiner et décider toute question visée dans la présente loi, à moins qu’une disposition particulière ne donne compétence à une autre personne ou à un autre organisme.

Le pouvoir de décider des questions de droit de façon générale n’est pas prévu. La nature administrative, plutôt que juridictionnelle, de la CSST (aujourd’hui la CNESST) signifie qu’il ne s’agit pas d’un tribunal conçu pour trancher des questions relatives à des droits garantis par la *Charte* québécoise.

(3) La CLP (aujourd’hui le TAT)

[104] En revanche, la CLP était expressément investie du pouvoir de trancher des questions de droit :

377. La Commission des lésions professionnelles a le pouvoir de décider de toute question de droit ou de fait nécessaire à l’exercice de sa compétence. [Maintenant abrogé, voir la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*, art. 9.]

Son successeur, le TAT, possède une compétence semblable en vertu de l’art. 9 de la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*. La Cour a reconnu la compétence du Tribunal administratif du Québec pour trancher des questions constitutionnelles accessoires à l’exercice de sa compétence en se fondant sur une disposition habilitante formulée dans les mêmes termes que ceux cités ci-dessus (*Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16, [2005] 1 R.C.S. 257). La réponse à la question du premier volet du critère énoncé dans l’arrêt *Conway* est donc « oui » : la CLP (aujourd’hui le TAT) avait compétence pour accorder des réparations fondées sur la *Charte* québécoise relativement à des questions soulevées dans le cadre de l’accomplissement de son mandat légal.

[105] The second leg of the *Conway* framework asks whether the specific remedy sought fits the tribunal's statutory framework. The remedy sought in this case is an order that would require Centre Miriam to accommodate Mr. Caron when determining whether it has suitable employment (CLP decision, at para. 14). In my view, the CLP had (and the ALT now has) authority to grant this remedy. Whether granting such a remedy is warranted in the circumstances is another matter, one yet to be determined.

[106] The general considerations noted above in *Weber* and *Dunedin* are applicable to this case. The CLP was a sophisticated quasi-judicial tribunal that allowed for thorough exploration of issues through an adversarial process. There was no language in the Act that excluded the power to grant remedies under the Quebec *Charter*. As well, it is clearly undesirable that Mr. Caron be forced to go first to another forum to obtain a ruling on the Quebec *Charter* issue and only then appeal to the CLP to obtain a final determination with regard to accommodation.

[107] The CLP was given broad powers to carry out its statutory mandate. As the CLP heard appeals *de novo* pursuant to s. 377 of the Act, it was not bound by findings of the CSST; rather it could freshly consider facts and issues relevant to the matter before it. The CLP was vested with the powers necessary to the performance of its duties and could make suitable orders to safeguard the rights of parties (s. 378 of the Act). The type of remedy sought here fell within the powers granted to the CLP and now the ALT (see s. 9 of the *Act to establish the Administrative Labour Tribunal*).

[108] I would respectfully disagree with my colleague's statement that the effect of s. 438 of the Act is that "there is no other recourse for an injured worker" (reasons of Abella J., at para. 18). Finding

[105] Dans le second volet du critère énoncé dans *Conway*, il faut se demander si la réparation demandée s'agence avec le cadre législatif du tribunal. En l'espèce, la réparation demandée est une ordonnance enjoignant au Centre Miriam d'accueillir M. Caron au moment de déterminer s'il a un emploi convenable (décision de la CLP, par. 14). À mon avis, la CLP avait (et le TAT a maintenant) le pouvoir d'accorder cette réparation. La question de savoir s'il y a lieu d'accorder une réparation de ce genre dans les circonstances est une autre question, qu'il reste à trancher.

[106] Les considérations générales susmentionnées dont il est question dans les arrêts *Weber* et *Dunedin* s'appliquent en l'espèce. La CLP était un tribunal quasi judiciaire complexe qui se prêtait à l'étude approfondie de questions dans le cadre d'une procédure contradictoire. La Loi ne contenait aucune disposition excluant le pouvoir d'accorder des réparations en application de la *Charte* québécoise. De plus, il n'est manifestement pas souhaitable que M. Caron soit contraint de s'adresser d'abord à un autre tribunal pour obtenir une décision sur la question relative à la *Charte* québécoise avant de pouvoir interjeter appel devant la CLP afin d'obtenir une décision définitive en ce qui concerne l'accommodement.

[107] La CLP a été investie de vastes pouvoirs lui permettant d'accomplir son mandat légal. Comme la CLP entendait des appels *de novo* selon l'art. 377 de la Loi, elle n'était pas liée par les conclusions de la CSST; elle pouvait au contraire poser un regard neuf sur les questions et les faits pertinents à l'égard de l'affaire dont elle était saisie. La CLP a été investie des pouvoirs nécessaires à l'exécution de ses fonctions et pouvait rendre des ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties (art. 378 de la Loi). La réparation demandée en l'espèce relève des pouvoirs qui ont été conférés à la CLP, et maintenant au TAT (voir l'art. 9 de la *Loi instituant le Tribunal administratif du travail*).

[108] Avec égards, je ne souscris pas à l'affirmation de ma collègue selon laquelle l'art. 438 de la Loi a pour effet que « le travailleur victime d'une lésion professionnelle ne dispose d'aucun autre recours »

that the CLP had authority to make an order requiring a reasonable accommodation does not conflict with this provision. This Court has held that this section “applies to an action for damages under the [Quebec] *Charter* based on the events that gave rise to the employment injury” (*Béliveau St-Jacques*, at para. 130). This prohibition is inapplicable here since the remedy sought by Mr. Caron under s. 49 of the Quebec *Charter* is not grounded in civil liability (*Communauté urbaine de Montréal*, at para. 26) and is not “by reason of his employment injury” under s. 438 of the Act.

[109] Therefore, in stating that it could not grant a remedy under the Quebec *Charter*, the CLP erred in determining that its statutory grant of power did not give it authority to decide this matter. This decision was incorrect.

(4) Jurisdiction of the Grievance Arbitrator

[110] The Quebec Court of Appeal dealt also with the jurisdictional interplay between grievance arbitrators, on the one hand, and the CSST and the CLP, on the other hand, when a collective agreement provides greater benefits than those contained in the Act (*Université McGill v. McGill University Non Academic Certified Association (MUNACA)*, 2015 QCCA 1943). This issue does not arise in this case. I would note only that substantive rights and obligations under the Quebec *Charter* are incorporated into collective agreements concerning which an arbitrator has jurisdiction (*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. 23).

VI. The Duty to Accommodate

[111] The duty to accommodate in situations such as this does not require an employer to create a new position from scratch for a disabled employee. This would not be a reasonable accommodation. Rather, it means that when an employer is looking at available positions, the employer is required to consider

(motifs de la juge Abella, par. 18). Le fait de conclure que la CLP avait le pouvoir de rendre une ordonnance exigeant un accommodement raisonnable ne va pas à l’encontre de cette disposition. La Cour a statué que cet article « vise le recours en dommages, offert par la *Charte* [québécoise], qui prendrait appui sur les événements constitutifs de la lésion professionnelle » (*Béliveau St-Jacques*, par. 130). Cette interdiction ne s’applique pas en l’espèce, car la réparation demandée par M. Caron en vertu de l’art. 49 de la *Charte* québécoise ne relève pas de la responsabilité civile (*Communauté urbaine de Montréal*, par. 26) et n’est pas « en raison de sa lésion [professionnelle] » aux termes de l’art. 438 de la Loi.

[109] Par conséquent, en affirmant qu’elle ne pouvait accorder une réparation fondée sur la *Charte* québécoise, la CLP a eu tort de décider que les pouvoirs dont le législateur l’a investie ne l’autorisaient pas à trancher cette question. Cette décision était incorrecte.

(4) Compétence de l’arbitre de griefs

[110] La Cour d’appel du Québec s’est également penchée sur l’interaction entre la compétence des arbitres de griefs, d’une part, et celle de la CSST et de la CLP, d’autre part, lorsqu’une convention collective offre des avantages plus grands que ceux prévus par la Loi (*Université McGill c. McGill University Non Academic Certified Association (MUNACA)*, 2015 QCCA 1943). Cette question ne se pose pas en l’espèce. Je ferai seulement remarquer que les droits et obligations substantiels prévus par la *Charte* québécoise sont incorporés dans les conventions collectives à l’égard desquelles les arbitres ont compétence (*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. 23).

VI. L’obligation d’accommodement

[111] L’obligation d’accommodement dans des cas comme celui qui nous occupe n’oblige pas l’employeur à créer de toutes pièces un nouveau poste pour l’employé atteint d’un handicap. Il ne s’agirait pas d’un accommodement raisonnable. Elle signifie plutôt que, lorsque l’employeur examine les postes

whether it has any suitable employment under s. 170 of the Act, for instance, *and* also what its obligations under the Quebec *Charter* require with respect to flexibility in work standards. If what stands in the way of a position being suitable is a reasonable accommodation (to the point of undue hardship), then the employer is required by the Quebec *Charter* to take the steps needed to accommodate the disabled employee. Where the employer fails to do so, the CLP has authority to make an appropriate order.

[112] One can understand the frustration of employees who would have to seek a decision by the CSST, have it reviewed within that organization and then appeal the matter to the CLP where, after a hearing *de novo*, an order requiring an accommodation may be made. I would offer a few remarks. First, the fact that the CSST cannot compel an employer to accommodate an employee does not mean that the CSST cannot discuss with the employer its duty to accommodate. Indeed, one would hope that the CSST would assist employers to understand not only the rights of workers under the Act, but also those under the Quebec *Charter*.

[113] Second, the duty to accommodate does not come into existence once the matter is before the CLP. Rather, the duty to accommodate exists by virtue of the Quebec *Charter*; the CLP adjudicates the application of the duty where there is a dispute between an employer and a disabled employee. Good faith by the employer in the realization of its obligations should mean that the CLP's involvement will be the exception and not the rule.

[114] Finally, the difference in the jurisdiction of the CSST and the CLP reflects the different roles assigned to each by the Act. The fact that the CLP has a power to decide any question of law and the CSST does not have such power has consequences for what each can do. Adjudicating issues relating to the Quebec *Charter* is a function for which the

disponibles, il doit à la fois se demander s'il a un emploi convenable à offrir conformément à l'art. 170 de la Loi, par exemple, *et ce* que les obligations que lui impose la *Charte* québécoise exigent sur le plan de la souplesse dans l'application des normes d'emploi. Si ce qui empêche un poste d'être convenable tient à un accommodement raisonnable (sans qu'il n'en résulte pour lui une contrainte excessive), la *Charte* québécoise oblige alors l'employeur à prendre les mesures qui s'imposent pour accommoder l'employé atteint d'un handicap. Lorsque l'employeur omet de le faire, la CLP a le pouvoir de rendre l'ordonnance appropriée.

[112] On peut comprendre la frustration des employés qui doivent obtenir une décision de la part de la CSST, la faire réviser au sein de cet organisme pour ensuite porter l'affaire en appel devant la CLP, où, à la suite d'un appel *de novo*, une ordonnance exigeant un accommodement peut être rendue. Je tiens à faire quelques remarques. Tout d'abord, le fait que la CSST ne peut pas obliger un employeur à prendre des mesures d'accommodement en faveur d'un employé ne signifie pas qu'elle ne peut pas discuter avec l'employeur de son obligation d'accommodement. En effet, il est à espérer que la CSST aide les employeurs à comprendre non seulement les droits que la Loi confère aux travailleurs, mais aussi ceux que leur confère la *Charte* québécoise.

[113] Ensuite, l'obligation d'accommodement ne prend pas naissance une fois que la CLP est saisie de l'affaire. L'obligation d'accommodement doit plutôt son existence à la *Charte* québécoise; la CLP se prononce sur l'application de l'obligation lorsqu'il y a un différend entre un employeur et un employé atteint d'un handicap. La bonne foi de l'employeur dans l'accomplissement de ses obligations devrait signifier que l'intervention de la CLP constitue l'exception et non la règle.

[114] Enfin, la différence entre la compétence de la CSST et celle de la CLP témoignent des différentes attributions que la Loi a confiées à chacune. Le fait que la CLP a le pouvoir de décider de toute question de droit et que la CSST n'a pas ce pouvoir a des conséquences sur ce que chacune d'elles peut faire. Trancher des questions relatives à la *Charte* québécoise est une

CLP is equipped; this differs from the role of expeditious administrative decision maker carried out by the CSST. The National Assembly can revisit this attribution of authority in the future if it so chooses.

VII. Conclusion

[115] Like my colleague, I would dismiss the appeal with costs and return the matter to the ALT for a determination of whether the duty to accommodate has been satisfied in Mr. Caron's case, and if not, whether the time limit precludes any remedy in the circumstances.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Paquet Tellier, Saint-Jérôme.

Solicitors for the respondent: Poudrier Bradet, Québec.

Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervenor the Administrative Labour Tribunal (formerly known as Commission des lésions professionnelles): Verge Bernier, Québec.

Solicitors for the intervenor Miriam Home and Services: Monette Barakett, Montréal.

Solicitors for the intervenor Conseil du patronat du Québec inc.: Loranger Marcoux, Montréal.

Solicitor for the intervenors the Ontario Network of Injured Workers' Groups and the Industrial Accident Victims' Group of Ontario: IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervenor Centrale des syndicats du Québec: Barabé Casavant, Montréal.

Solicitor for the intervenor the Canadian Union of Public Employees: Canadian Union of Public Employees, Montréal.

fonction que la CLP est apte à exercer; cela diffère du rôle de décideur administratif expéditif que joue la CSST. L'Assemblée nationale aura tout le loisir de revoir cet octroi de pouvoirs à l'avenir.

VII. Conclusion

[115] À l'instar de ma collègue, je rejetterais le pourvoi avec dépens et renverrais l'affaire au TAT pour qu'il décide si l'obligation d'accommodement a été respectée dans le cas de M. Caron et, dans la négative, si le délai de prescription fait obstacle à toute réparation dans les circonstances.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Paquet Tellier, Saint-Jérôme.

Procureurs de l'intimé : Poudrier Bradet, Québec.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal administratif du travail (anciennement connu sous le nom de Commission des lésions professionnelles) : Verge Bernier, Québec.

Procureurs de l'intervenant le Centre Miriam : Monette Barakett, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil du patronat du Québec inc. : Loranger Marcoux, Montréal.

Procureur des intervenants Ontario Network of Injured Workers' Groups et Industrial Accident Victims' Group of Ontario : IAVGO Community Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Centrale des syndicats du Québec : Barabé Casavant, Montréal.

Procureur de l'intervenant le Syndicat canadien de la fonction publique : Syndicat canadien de la fonction publique, Montréal.

Williams Lake Indian Band *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada
as represented by the Minister of Aboriginal
Affairs and Northern Development Canada**
Respondent

and

**Specific Claims Tribunal, Assembly of
Manitoba Chiefs, Federation of Sovereign
Indigenous Nations, Indigenous Bar
Association in Canada, Assembly of First
Nations, Union of British Columbia Indian
Chiefs, Nlaka’pamux Nation Tribal Council,
Stó:lō Nation, Stó:lō Tribal Council, Carrier
Sekani Tribal Council, Assembly of First
Nations of Quebec and Labrador, Cowichan
Tribes, Stz’uminus First Nation, Penelakut
Tribe and Halalt First Nation** *Interveners*

**INDEXED AS: WILLIAMS LAKE INDIAN BAND v.
CANADA (ABORIGINAL AFFAIRS AND NORTHERN
DEVELOPMENT)**

2018 SCC 4

File No.: 36983.

2017: April 26; 2018: February 2.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and
Rowe JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

*Aboriginal law — Land claims — Crown — Fiduciary
duty — Indian reserves — Band seeking to establish stat-
utory specific claim and obtain compensation for losses of
lands within its traditional territory pre-empted by settlers
before Confederation — Whether before Confederation
Imperial Crown owed to band, and breached, legal ob-
ligation under colonial legislation to protect lands from
pre-emption and set them aside as reserve — Whether
after Confederation federal Crown owed, and breached,*

Williams Lake Indian Band *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada
représentée par le ministre des Affaires
autochtones et du Développement du Nord
Canada** *Intimée*

et

**Tribunal des revendications particulières,
Assembly of Manitoba Chiefs, Federation of
Sovereign Indigenous Nations, Indigenous
Bar Association in Canada, Assemblée des
Premières Nations, Union of British Columbia
Indian Chiefs, Nlaka’pamux Nation Tribal
Council, Stó:lō Nation, Stó:lō Tribal Council,
Carrier Sekani Tribal Council, Assemblée
des Premières Nations du Québec et du
Labrador, Cowichan Tribes, Stz’uminus First
Nation, Penelakut Tribe et Halalt First Nation**
Intervenants

**RÉPERTORIÉ : WILLIAMS LAKE INDIAN BAND
c. CANADA (AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU
DÉVELOPPEMENT DU NORD)**

2018 CSC 4

N° du greffe : 36983.

2017 : 26 avril; 2018 : 2 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown
et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit des Autochtones — Revendications territo-
riales — Couronne — Obligation fiduciaire — Réserves
indiennes — Demande d’une bande en vue de faire éta-
blir le bien-fondé d’une revendication particulière pré-
sentée en application de la loi et d’obtenir une indemnité
pour la perte de terres situées dans son territoire tradi-
tionnel préemptées par des colons avant la Confédération —
Avant la Confédération, la Couronne impériale avait-elle
envers la bande, suivant la loi coloniale, l’obligation de*

fiduciary obligation to set aside pre-emptions and allocate lands as reserve — Framework for determining whether Crown owed and breached fiduciary obligation — British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13 — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14(1)(b), (c).

Aboriginal law — Land claims — Crown liability — Band seeking to validate statutory specific claim based on pre-Confederation breaches against federal Crown — Whether pre-Confederation legal obligation alleged to have been breached was legal obligation of Crown for which federal Crown assumed responsibility — Extended meaning of “Crown” — British Columbia Terms of Union, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13 — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14(2).

Administrative law — Judicial review — Boards and tribunals — Standard of review applicable to Specific Claims Tribunal’s decision to validate band’s claim — Whether expanding upon Tribunal’s reasoning constitutes permissible supplementing of Tribunal’s reasons — Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, s. 14.

The Williams Lake Indian Band’s (“band”) traditional territory includes the site of a village near Williams Lake in British Columbia (“Village Lands”). In the early days of the Colony, settlers were rapidly taking up unsurveyed lands, including those occupied by the band. In response, the Colony enacted the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (“*Proclamation No. 15*”), under which “Indian settlements” were not available for pre-emption. The officials responsible for implementing the pre-emption system took no steps to protect the Village Lands from pre-emption or mark them out as a reserve. After British Columbia joined Confederation, Canada assumed, under Article 13 of the *British Columbia Terms of Union* (“*Terms of Union*”), responsibility for the creation of Indian reserves according to a policy as liberal as the Colony’s. The federal Crown officials acknowledged that the pre-emptions had been a mistake but were not prepared to interfere with settlers’ rights. Instead, they allocated to

protéger les terres contre la préemption et de les mettre de côté à titre de réserve, et a-t-elle manqué à cette obligation? — Après la Confédération, la Couronne fédérale avait-elle l’obligation fiduciaire d’annuler les préemptions et d’attribuer les terres pour l’établissement d’une réserve, et a-t-elle manqué à cette obligation? — Cadre d’analyse permettant de décider si la Couronne avait une obligation fiduciaire et si elle l’a violée — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, app. II, n° 10, art. 13 — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14(1)(b), c).

Droit des Autochtones — Revendications territoriales — Responsabilité de l’État — Demande d’une bande dirigée contre la Couronne fédérale en vue d’obtenir une décision sur le bien-fondé d’une revendication particulière pour la violation d’une obligation légale pendant la période préconfédérative — L’obligation légale préconfédérative dont la violation est alléguée constitue-t-elle une obligation légale de Sa Majesté à l’égard de laquelle la Couronne fédérale a engagé sa responsabilité? — Sens élargi du terme « Sa Majesté » — Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique, L.R.C. 1985, app. II, n° 10, art. 13 — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14(2).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Organismes et tribunaux administratifs — Norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal des revendications particulières tenant pour fondée la revendication de la bande — Développer le raisonnement du Tribunal constitue-t-il un étoffement admissible des motifs du Tribunal? — Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, art. 14.

Le territoire traditionnel de la Williams Lake Indian Band (« bande ») englobe l’emplacement d’un village situé près de Williams Lake, en Colombie-Britannique (« terres du village »). Aux débuts de la colonie, les colons se sont rapidement approprié les terres non arpentées, dont celles qu’occupait la bande. C’est pourquoi la colonie a adopté la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (« *Proclamation n° 15* ») suivant laquelle les « établissements indiens » ne pouvaient faire l’objet de préemptions. Les fonctionnaires responsables de la mise en œuvre du régime de préemption n’ont pris aucune mesure pour protéger les terres du village contre la préemption, ni mis ces terres de côté à titre de réserve. Après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, le Canada s’est vu conférer par l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique* (« *Conditions de l’adhésion* ») l’obligation de créer des réserves indiennes selon une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par la colonie.

the band another tract of land as a reserve. The band filed a claim to compensation under the *Specific Claims Tribunal Act* (“Act”) for losses arising from these events.

Parliament established the Specific Claims Tribunal (“Tribunal”) with a mandate to award monetary compensation to First Nations for claims arising from the Crown’s failure to honour its legal obligations to Indigenous peoples. In this case, the Tribunal concluded that the band had a valid specific claim for losses arising from the Crown’s acts and omissions in relation to the Village Lands. It found that the Imperial Crown had owed, and breached, a legal obligation to the band in relation to the protection of its lands from pre-emption based on s. 14(1)(b) of the Act and that the Crown in right of Canada (“Canada”) had owed, and breached, a fiduciary obligation to the band based on s. 14(1)(c). It further found that Canada could be held responsible under the Act for the band’s pre-Confederation claim. Before the Tribunal ruled on compensation, Canada sought judicial review of the Tribunal’s validity decision. The Federal Court of Appeal allowed Canada’s application and dismissed the band’s claim.

Held (Côté and Rowe JJ. dissenting in part and McLachlin C.J. and Brown J. dissenting): The appeal should be allowed and the Tribunal’s decision restored.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The standard of review applicable to the Tribunal’s decision is reasonableness. The validity of the band’s claim did not depend on the resolution of a constitutional issue. Rather, it required the Tribunal to interpret its home statute to decide whether the grounds advanced relate to a legal obligation of the Crown within the meaning of s. 14 of the Act. It also required the Tribunal to derive legal obligations of the Crown from legislation, treaties and the common law, including fiduciary law. In making these legal determinations, the Tribunal applies judicial doctrines to historical circumstances that, by virtue of the applicable limitation periods, others will rarely consider. This distinctive task conferred by Parliament requires a measure of flexibility and adaptation to map onto historical claims.

Les fonctionnaires fédéraux ont reconnu qu’autoriser les préemptions avait été une erreur, mais ils n’étaient pas disposés à empiéter sur les droits des colons. Ils ont plutôt attribué à la bande une autre étendue de terre à titre de réserve. La bande a présenté une demande d’indemnisation des pertes ayant découlé de ces événements en application de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* (« Loi »).

Le législateur a créé le Tribunal des revendications particulières (« Tribunal ») en lui confiant le mandat d’indemniser financièrement les Premières nations qui présentent des revendications fondées sur l’omission de la Couronne de s’acquitter de ses obligations légales envers les peuples autochtones. Le Tribunal a conclu en l’espèce que la revendication particulière de la bande donnait ouverture à l’indemnisation des pertes subies à cause des actes et des omissions de la Couronne en lien avec les terres du village. Il a statué que la Couronne impériale avait envers la bande l’obligation légale de protéger ses terres contre la préemption et qu’elle a manqué à cette obligation (suivant l’al. 14(1)b de la Loi) et que Sa Majesté du chef du Canada (« Canada ») avait une obligation fiduciaire envers la bande et qu’elle l’a violée (suivant l’al. 14(1)c). Il a conclu en outre que le Canada pouvait, en application de la Loi, être tenu responsable à l’égard de la revendication de la bande visant la période préconfédérative. Avant que le Tribunal ne se prononce sur l’indemnisation, le Canada a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal sur le bien-fondé de la revendication. La Cour d’appel fédérale a accueilli la demande et rejeté la revendication de la bande.

Arrêt (les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie et la juge en chef McLachlin et le juge Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la décision du Tribunal est rétablie.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal est celle de la décision raisonnable. Le bien-fondé de la revendication de la bande ne tenait pas à la résolution d’une question constitutionnelle. Le Tribunal devait plutôt interpréter sa loi habilitante pour décider si les faits invoqués avaient trait à une obligation légale de Sa Majesté au sens de l’art. 14 de la Loi. Il devait par ailleurs déterminer les obligations légales de la Couronne à partir de la loi, des traités ou de la common law (y compris le droit des fiducies). Dans la formulation de ces conclusions de droit, le Tribunal applique des doctrines d’origine judiciaire à des faits historiques qui, en raison des délais de prescription applicables, sont rarement pris en compte par les autres tribunaux. Cette fonction de nature particulière confiée

The application of fiduciary law in the historical contexts in specific claims and familiarity with the large and specialized evidentiary records fall within the Tribunal's expertise and are entitled to deference.

The Tribunal's analysis of the Crown's *sui generis* fiduciary obligation is a sufficient basis on which to restore its decision, without considering the application of an *ad hoc* fiduciary obligation to the conduct of Crown officials under either s. 14(1)(b) or (c) of the Act. A *sui generis* fiduciary obligation arises from the Crown's discretionary control over a specific or cognizable Aboriginal interest and is specific to the relationship between the Crown and Aboriginal peoples. The interest at stake must be sufficiently independent of the Crown's executive and legislative functions to give rise to fiduciary duties. A fiduciary obligation requires that the Crown's discretionary control be exercised in accordance with the standard of conduct to which equity holds a fiduciary, as embodied, for example, in the fiduciary duties of loyalty, good faith and full disclosure. The standard of care to which a fiduciary is held in its pursuit of the beneficiary's interests is that of an ordinary prudence in managing one's own affairs. The conduct of the fiduciary that comes under scrutiny is its exercise of discretionary control over the Aboriginal interest vulnerable to the exercise of discretion. The Crown fulfils its fiduciary obligation by meeting the prescribed standard of conduct, not by delivering a particular result. Although the Crown must have regard to competing interests, the existence of such interests does not absolve it altogether of its fiduciary duty to reconcile them fairly.

The Tribunal's conclusion that the band had established a valid claim on the grounds of the Imperial Crown's breach of a *sui generis* fiduciary obligation — before Confederation based on s. 14(1)(b) of the Act — was reasonable. The Tribunal identified the specific or cognizable Aboriginal interest at stake as the band's interest in the Village Lands, and found that, by *Proclamation No. 15*, the Imperial Crown had assumed discretionary control over that interest. The Tribunal further found that the Crown had not acted with reference to the band's best interest in exercising its control over these lands. The duty of ordinary prudence required the Crown, at a minimum, to inquire into the extent of the band's settlement so that it could be protected, and the failure to do so put the Crown in breach of the fiduciary obligation. The Village

par le législateur commande un certain degré de souplesse et d'adaptation pour tenir compte du caractère historique des réclamations. L'application du droit des fiducies aux faits historiques propres à une revendication particulière et la familiarisation avec un dossier de preuve volumineux et spécialisé relèvent de l'expertise du Tribunal et commandent la déférence.

L'analyse de l'obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne à laquelle se livre le Tribunal constitue un fondement suffisant pour rétablir sa décision. Point n'est besoin de se prononcer sur l'application de l'obligation fiduciaire *ad hoc* aux actes des fonctionnaires suivant les al. 14(1)(b) ou c) de la Loi. Une obligation fiduciaire *sui generis* découle du pouvoir discrétionnaire de la Couronne à l'égard d'un intérêt autochtone particulier ou identifiable et elle est propre à la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. L'intérêt en jeu doit être suffisamment indépendant des pouvoirs exécutif et législatif de l'État pour faire naître des obligations fiduciaires. L'obligation fiduciaire exige de la Couronne qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire conformément à la norme de conduite à laquelle un fiduciaire est tenu en equity, ce que consacrent par exemple les obligations fiduciaires de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information. La norme de prudence à laquelle est astreint le fiduciaire dans la défense de l'intérêt du bénéficiaire est celle qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires. La conduite du fiduciaire qui est soumise à l'examen est l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'intérêt autochtone qui est vulnérable face à cet exercice. La Couronne s'acquitte de son obligation fiduciaire en respectant la norme de conduite prescrite, non en assurant l'obtention d'un résultat précis. Même si la Couronne doit tenir compte des intérêts concurrents, l'existence de ces intérêts ne saurait la soustraire au respect de son obligation fiduciaire de les concilier de manière équitable.

La conclusion du Tribunal tenant pour fondée la revendication de la bande qui allègue la violation par la Couronne impériale d'une obligation fiduciaire *sui generis* — avant la Confédération suivant l'al. 14(1)(b) de la Loi — était raisonnable. Le Tribunal a conclu que l'intérêt autochtone particulier ou identifiable en jeu correspondait à l'intérêt de la bande dans les terres du village et que, de par la *Proclamation n° 15*, la Couronne impériale avait exercé un pouvoir discrétionnaire à l'égard de cet intérêt. Il a ajouté que la Couronne n'avait pas agi dans l'intérêt de la bande lorsqu'elle avait exercé son pouvoir à l'égard de ces terres. Le devoir de prudence minimale obligeait à tout le moins la Couronne à se renseigner sur l'étendue de l'établissement de la bande afin que celui-ci puisse être protégé, et l'omission de le faire a emporté la violation

Lands would have qualified as “Indian settlements” under *Proclamation No. 15* and the colonial policy governing its implementation ought to have led to measures reserving them from pre-emption. In the Tribunal’s view, the band’s interest in the Village Lands in respect of which the Crown owed a fiduciary duty did not depend on whether or not Crown officials took the appropriate action to secure land protection. This conclusion meets the requirement for an Aboriginal interest capable of grounding a *sui generis* fiduciary obligation insofar as officials were in a position to identify the interest at stake and it was sufficiently independent of the Crown’s executive and legislative functions. The band’s interest in the Village Lands was not created by colonial legislation. Rather, it was recognized by enactments and policies as an independent interest in land anchored in collective use and occupation.

The Tribunal’s conclusion that Canada owed, and breached, a fiduciary obligation in relation to the Village Lands, based on s. 14(1)(c) of the Act, was also reasonable. The Tribunal identified the specific or cognizable Aboriginal interest in the Village Lands as an interest that was vulnerable to the adverse exercise of Canada’s discretion. It held that after British Columbia’s entry into Confederation, Canada’s discretion in relation to Aboriginal land interests flowed from its position as the exclusive intermediary with the Province in relation to those interests in the reserve creation process. It openly acknowledged that such discretion was limited by the need for provincial cooperation and that Canada could not unilaterally create a reserve. Its conclusion that a fiduciary obligation arose in the absence of complete or exclusive control aligns with general principles of fiduciary law — that the alleged fiduciary have scope for the exercise of discretion or control to affect the beneficiary’s interests. The extent to which the claimed loss is attributable to Canada’s breach, as opposed to the Province, raises questions of causation to be determined at the compensation stage. Furthermore, the Tribunal did not ignore the distribution of powers and responsibilities under the *Terms of Union* when it found that the band’s interest lay in the Village Lands and defined Canada’s fiduciary obligation in relation to that interest. Neither Canada’s constitutional obligation to create reserves according to a particular policy, nor the Province’s obligation to convey land for that purpose, is in issue. The question is not whether the band was entitled to the allotment of the Village Lands as a reserve — either under the *Terms of Union* or as a consequence of Canada’s fiduciary obligation — but whether the actions, decisions

par la Couronne de son obligation fiduciaire. Les terres du village auraient constitué un « établissement indien » pour l’application de la *Proclamation n° 15*, et la politique coloniale de mise en œuvre de celle-ci aurait dû donner lieu à des mesures de protection contre la préemption. De l’avis du Tribunal, l’existence de l’intérêt de la bande dans les terres du village à l’égard duquel la Couronne avait une obligation fiduciaire ne tenait pas à ce que les fonctionnaires aient ou non pris les mesures nécessaires pour protéger les terres. Cette conclusion satisfait à l’exigence d’un intérêt autochtone susceptible de faire naître une obligation fiduciaire *sui generis* du fait que les fonctionnaires étaient en mesure de déterminer l’existence de l’intérêt en jeu et que cet intérêt avait une existence suffisamment indépendante des pouvoirs exécutif et législatif de la Couronne. L’intérêt de la bande dans les terres du village n’a pas été créé par la loi coloniale. Il a plutôt été reconnu par des textes de loi et des politiques en tant qu’intérêt indépendant dans des terres fondé sur l’usage et l’occupation collectifs.

La conclusion du Tribunal selon laquelle le Canada avait une obligation fiduciaire à l’égard des terres du village et qu’il l’a violée, suivant l’al. 14(1)c) de la Loi, était également raisonnable. Le Tribunal a jugé que l’intérêt autochtone particulier ou identifiable dans les terres du village constituait un intérêt vulnérable face à l’exercice défavorable du pouvoir discrétionnaire du Canada. Il a statué que, après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, le pouvoir discrétionnaire du Canada à l’égard des intérêts autochtones dans des terres découlait de sa qualité d’intermédiaire exclusif auprès de la province relativement à ces intérêts pour les besoins du processus de création de réserves. Il a expressément reconnu que l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire était restreint par la nécessité d’obtenir la collaboration de la province et que le Canada ne pouvait créer unilatéralement une réserve. Sa conclusion voulant qu’une obligation fiduciaire ait vu le jour malgré l’absence d’un pouvoir total ou exclusif se concilie avec les principes généraux du droit des fiducies, c’est-à-dire que le fiduciaire doit disposer de la latitude voulue pour exercer un pouvoir discrétionnaire touchant l’intérêt du bénéficiaire. La part de responsabilité du Canada dans la perte alléguée, par opposition à celle de la province, soulève des questions de causalité sur lesquelles il sera statué à l’étape de l’indemnisation. Qui plus est, le Tribunal n’a pas fait fi de la répartition des pouvoirs et des obligations issue des *Conditions de l’adhésion* lorsqu’il a conclu que la bande avait un intérêt dans les terres du village et qu’il a défini les obligations fiduciaires du Canada en fonction de cet intérêt. Ni l’obligation constitutionnelle du Canada de créer des réserves conformément à une politique donnée, ni l’obligation de

and judgments of the federal Crown officials that would affect the band's interest met the applicable standard of conduct in relation to that interest.

The Tribunal found that Canada had to fulfil the fiduciary duties with respect to an interest in the land with which the band had a tangible, practical and cultural connection, and that it had failed to discharge them. The Tribunal did not find that Canada owed the band a fiduciary duty at large, nor did it find that Canada's obligation as fiduciary was to deliver the allotment of the Village Lands as a reserve. The Tribunal considered all of the circumstances, and the extent to which Canada met the requisite standard of conduct was a heavily fact-based inquiry. It was reasonable for the Tribunal to conclude that federal Crown officials with knowledge of the circumstances surrounding the Williams Lake pre-emptions and the band's situation did nothing to challenge the pre-emptions. Their inaction and the decision-making that led to the eventual allotment of a reserve to the band elsewhere fell short of fulfilling the Crown's fiduciary obligations. The Tribunal reasonably concluded that ordinary prudence required them to make use of the available means of preserving the band's interest by seeking, on an immediate basis, enforcement of provincial protection for Indian settlements, and, on a more permanent basis, having the land allotted as a reserve. While Canada was obliged to consider settler interests, in this case, the only competing interests were those acquired as unlawful pre-emptions, which the Tribunal did consider. The fact that Canada eventually procured a reserve for the band elsewhere cannot undo the breach of fiduciary duty, although the Tribunal reasonably concluded that it may reduce the amount of compensation.

The Tribunal's definition of the Crown as a single, continuous and indivisible entity to validate the band's claim against Canada for pre-Confederation breaches, under s. 14(2) of the Act, was reasonable. This conclusion is grounded in the Tribunal's decision as a whole, and expanding upon it based on the record, the arguments and the legal principles underlying the decision, constitutes permissible supplementing of the Tribunal's reasons.

La province de céder des terres à cette fin ne sont en jeu. La question n'est pas de savoir si la bande avait le droit de se voir attribuer les terres du village à titre de réserve, que ce soit suivant les *Conditions de l'adhésion* ou en raison de l'obligation fiduciaire du Canada, mais bien si les actes, les décisions et l'exercice du jugement des fonctionnaires fédéraux susceptibles de toucher l'intérêt de la bande ont satisfait à la norme de conduite applicable relativement à cet intérêt.

Le Tribunal a conclu que le Canada devait s'acquitter des obligations fiduciaires à l'égard d'un intérêt dans les terres avec lesquelles la bande avait un lien tangible, pratique et culturel et qu'il ne l'a pas fait. Il n'a pas conclu que la Couronne avait envers la bande une obligation fiduciaire de caractère général, ni que le Canada avait, en qualité de fiduciaire, l'obligation d'attribuer les terres du village à titre de réserve. Il a considéré toutes les circonstances, et la mesure dans laquelle le Canada avait satisfait à la norme de conduite applicable dépendait en grande partie de l'appréciation ou de l'interprétation des faits. Le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que les fonctionnaires fédéraux qui connaissaient les circonstances du recours à la préemption à Williams Lake et la situation dans laquelle se trouvait la bande n'ont rien fait pour contester les préemptions. Du fait de leur inaction et de l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui a mené subséquemment à l'attribution à la bande d'autres terres à titre de réserve, la Couronne ne s'est pas acquittée de ses obligations fiduciaires. Le Tribunal a raisonnablement conclu que la prudence ordinaire exigeait d'eux qu'ils recourent aux moyens possibles pour protéger l'intérêt de la bande en faisant appliquer sans délai les dispositions provinciales protégeant les établissements indiens et, à long terme, en attribuant les terres à titre de réserve. Même si le Canada était tenu de prendre en compte les intérêts des colons, en l'espèce, les seuls intérêts concurrents avaient été acquis grâce à des préemptions illégales, et le Tribunal les a considérés. Le fait que le Canada a subséquemment établi ailleurs une réserve pour la bande ne saurait effacer le manquement à l'obligation fiduciaire même si le Tribunal a raisonnablement conclu qu'il pouvait avoir pour effet de réduire le montant de l'indemnité.

La manière dont le Tribunal a défini la Couronne — une entité unique, continue et indivisible — afin de tenir pour fondée la revendication de la bande dirigée contre le Canada, par application du par. 14(2) de la Loi, relativement à certaines violations survenues pendant la période préconfédérative, était raisonnable. Cette conclusion prend appui sur la décision du Tribunal considérée dans son ensemble, et la développer à partir du dossier, des plaidoiries et des principes juridiques sous-tendant la décision constitue un étoffement admissible des motifs du Tribunal.

Section 14(2) defines “Crown” by reference to the legal obligation whose breach or non-fulfilment forms the basis for a specific claim. A legal obligation of the Imperial Crown will satisfy the first branch — the “legal obligation” branch — where it “became . . . the responsibility of” Canada. Although the Tribunal did not apply it, the second branch — the “liability” branch — will be met where “any liability relating to its breach or non-fulfilment became . . . the responsibility of” Canada. The Tribunal found that the Imperial Crown came within the extended meaning of “Crown” because the fiduciary obligation that it had allegedly breached was a legal obligation that became the responsibility of Canada, and for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach. This reading effectively projected Canada backwards into the place of the Imperial Crown for certain obligations. The Tribunal indicated that this interpretation of the legal obligation branch of s. 14(2) would not extend the application of s. 14(1)(b) to all potential liabilities of the Imperial Crown, and that Canada’s post-Confederation fiduciary obligations supplied the limits contemplated by that branch.

The Tribunal treated s. 14(2) as a free standing basis for Canada’s liability for the Imperial Crown’s breaches of certain obligations and rejected the view that it operates as an enforcement mechanism. It found the legal obligation branch not to require an independent and outstanding obligation — transferred to Canada under the *Terms of Union* — to establish the Village Lands as a reserve. This interpretation of the legal obligation branch as encompassing certain fiduciary obligations of the former colonies is consistent with the structure of s. 14, and the nature of fiduciary obligations which does not require the transfer of the obligation itself. It was therefore open to the Tribunal to interpret s. 14(2) as giving effect, not to the assumption by Canada of a specific obligation, but of a discretionary power to affect the band’s interests in the context of an established fiduciary relationship. The Tribunal’s view of s. 14(2) is consistent with its understanding of the role Parliament intended the extended meaning of “Crown” to serve within the specific claims scheme — to remedy historical injustices committed by the Crown, be it the Imperial Crown or Canada. This view is also consistent with an Indigenous perspective on the continuity of the fiduciary relationship between Indigenous peoples and the Crown before and after Confederation.

Le paragraphe 14(2) précise le sens du terme « Sa Majesté » en renvoyant à l’obligation légale dont la violation ou l’inexécution constitue le fondement d’une revendication particulière. L’existence d’une obligation légale de la Couronne impériale satisfait au premier volet — le volet « obligation légale » — lorsque l’obligation en question « a été imputée » au Canada. Même si le Tribunal ne l’a pas appliqué, le second volet — le volet « responsabilité » — est respecté lorsque « toute responsabilité [découlant de la violation ou de l’inexécution de cette obligation] a été imputée » au Canada. Le Tribunal a conclu que la Couronne impériale était visée par la définition élargie du terme « Sa Majesté », car l’obligation fiduciaire qu’elle aurait violée constituait une obligation légale qui avait été imputée au Canada et que le Canada, s’il avait été à la place de la colonie, aurait violée. Cette interprétation revient à substituer rétrospectivement le Canada à la Couronne impériale quant à certaines obligations. Selon le Tribunal, cette interprétation du volet obligation légale du par. 14(2) ne saurait valoir pour l’application de l’al. 14(1)(b) à toutes les obligations éventuelles de la Couronne impériale, et les obligations fiduciaires postconfédératives du Canada apportent les limites voulues par le législateur pour l’application de ce volet.

Le Tribunal a vu dans le par. 14(2) une disposition autonome grâce à laquelle il pouvait tenir le Canada responsable de l’omission de la Couronne impériale de s’acquitter de certaines obligations et il a rejeté l’idée qu’il s’agisse d’un mécanisme d’application. Il a estimé que le volet obligation légale n’exige pas l’existence d’une obligation indépendante et inexécutée transmise au Canada dans les *Conditions de l’adhésion* à l’effet de faire des terres du village une réserve. Cette interprétation du volet obligation légale qui englobe certaines obligations fiduciaires des anciennes colonies se concilie avec la formulation de l’art. 14 et avec la nature de l’obligation fiduciaire, qui n’exige pas la transmission de l’obligation comme telle. Le Tribunal pouvait donc considérer que le par. 14(2) donnait effet non pas à la prise en charge par le Canada d’une obligation précise, mais bien à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire touchant les intérêts de la bande dans le cadre d’une relation fiduciaire établie. Son interprétation du par. 14(2) est compatible avec ce qu’il estime être la volonté du législateur, en élargissant la portée du terme « Sa Majesté » pour l’application du régime des revendications particulières, à savoir réparer certaines injustices du passé commises par la Couronne, qu’il s’agisse de la Couronne impériale ou du Canada. Elle se concilie aussi avec la continuité que voient les Autochtones dans la relation fiduciaire entre les peuples autochtones et la Couronne, avant et après la Confédération.

Per Côté and Rowe JJ. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the Tribunal reasonably found that the Imperial Crown owed and breached a fiduciary duty to the band prior to Confederation, and that the federal Crown owed and breached a *sui generis* fiduciary duty to the band following the entry of British Columbia into Confederation. There is also agreement that the Act allows the Tribunal to validate specific claims based on certain wrongs committed by the “Sovereign of Great Britain and its colonies” prior to Confederation. In this case, the band has such a claim pursuant to s. 14(1)(b) of the Act based on the fiduciary breach by the Colony of British Columbia prior to 1871. For the Tribunal to hold the federal Crown liable for this claim, however, it must have found that the Colony of British Columbia came within the extended meaning of “Crown” pursuant to s. 14(2) of the Act. Given the near-total silence of the Tribunal on whether and — more importantly — how the obligation or liability underlying the claim became that of the federal Crown upon Confederation, the matter should be remitted to the Tribunal for further consideration rather than adopting the supplementary reasons set out by the majority.

In a reasonableness review, reasons are an essential focus for reviewing courts as they describe both the result and — crucially — the justificatory process used to reach that result. It is not that reasons need attain a uniform standard of perfection. In many cases, reviewing courts will have a certain latitude to uphold administrative decisions that would, under stricter scrutiny, be deficient in their justification. In so doing, reviewing courts pay respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. Thus, in certain circumstances, reviewing courts will properly supplement the reasons under review. The power of reviewing courts to supplement deficient reasons, however, is not limitless. There must be a sufficient basis in the reasons themselves to which can be added supplementary justification.

In this case, the Tribunal was virtually silent on the operation of s. 14(2). Given the pivotal role played by s. 14(2) in the scheme of the Act, this lack of justification — this absence of reasons — is untenable. In supplementing — or even substituting — the Tribunal’s sparse reasons on the subject of s. 14(2), the majority sets out an analysis based on the common law of fiduciary obligations. While its reasons lead to the same conclusion as the

Les juges Côté et Rowe (dissidents en partie) : Il y a accord avec les juges majoritaires sur le fait que le Tribunal a raisonnablement conclu que la Couronne impériale avait une obligation fiduciaire envers la bande avant la Confédération et qu’elle y a manqué et que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération et qu’elle y a manqué. Il y a également accord sur le fait que la Loi permet au Tribunal de conclure au bien-fondé de revendications particulières alléguant certaines fautes commises avant la Confédération par le « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies ». En l’espèce, la revendication particulière de la bande était fondée suivant l’al. 14(1)b de la Loi quant à la violation d’une obligation fiduciaire par la colonie de la Colombie-Britannique avant 1871. Toutefois, pour tenir la Couronne fédérale responsable relativement à cette revendication, le Tribunal devait conclure que le sens élargi du terme « Sa Majesté » employé au par. 14(2) de la Loi visait la colonie de la Colombie-Britannique. Vu le silence quasi complet du Tribunal sur la question de savoir si et, surtout, de quelle manière l’obligation ou la responsabilité sous-tendant la revendication avait été imputée à la Couronne fédérale lors de la Confédération, il y a lieu de lui renvoyer l’affaire pour réexamen plutôt que d’adopter les motifs complémentaires des juges majoritaires.

Lors d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les motifs sont un incontournable pour la cour de révision, car ils font état à la fois du résultat et — ce qui est capital — du processus de justification menant à ce résultat. Ce n’est pas que les motifs doivent atteindre un degré uniforme de perfection. Dans bien des cas, la cour de révision dispose d’une certaine latitude pour confirmer une décision administrative dont la justification se révélerait lacunaire si elle était révisée de manière plus stricte. Ce faisant, la cour de révision accorde une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision. Ainsi, dans certains cas, la cour de révision complète à juste titre les motifs considérés. Le pouvoir de la cour de révision de compléter des motifs lacunaires n’est cependant pas illimité. Les motifs comme tels doivent avoir une assise suffisante pour qu’il soit possible de les compléter.

En l’espèce, le Tribunal n’a presque rien dit au sujet de l’application du par. 14(2). Vu le rôle primordial du par. 14(2) dans l’économie de la Loi, ce défaut de justification ou cette absence de motifs est insoutenable. En complétant les motifs peu abondants du Tribunal sur le par. 14(2) — ou même en les remplaçant —, les juges majoritaires se livrent à une analyse fondée sur les règles de common law en matière d’obligation fiduciaire. Leurs

Tribunal, this is the extent of their commonality. Having said nothing about the interplay between s. 14(2) and the common law of fiduciary obligations, the Tribunal did no more than state a bald conclusion about the operation of the Act relative to pre-Confederation claims. The reasons of the majority, thus, are supplementary in that they supply the entirety of the analysis.

Reviewing courts can sometimes supplement reasons that are silent on certain issues that may have been implicitly decided. When the implied line of reasoning is obvious, supplementing may be an appropriate means of paying respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision. However, when faced with an absence of analysis on an essential element such that the implied line of reasoning is inconclusive or completely obscure, the reviewing court should not impute its own justification as a means of upholding the decision. Supplementary reasons must build upon those actually provided by the legislature's chosen decision maker. The matter should therefore be remitted to the Tribunal for further reasons on whether — and how — the obligations and liabilities of the Colony pursuant to s. 14(1)(b) of the Act became those of the federal Crown pursuant to s. 14(2).

Per McLachlin C.J. and Brown (dissenting): The Tribunal's decision is reviewable for reasonableness, subject to the caveat that its interpretation of the *Terms of Union* — a constitutional instrument — is reviewable for correctness. There is agreement with the majority's conclusion that the Tribunal reasonably found that, prior to Confederation, the Imperial Crown breached its fiduciary duty owed to the band. However, the conclusion that Canada breached its *ad hoc* and *sui generis* fiduciary duties to the band is unreasonable, as is the Tribunal's treatment of the legal question of Canada's liability for the Imperial Crown's breach pursuant to s. 14(2) of the Act. The matter should be remitted to the Tribunal for determination of whether the legal obligation that was breached or liability relating to its breach became the responsibility of Canada.

The Tribunal's finding that an *ad hoc* fiduciary duty of utmost loyalty was owed to the band by operation of Article 13 of the *Terms of Union* is contrary to binding authority and is, as such, unsustainable. As to its finding that Canada breached a *sui generis* fiduciary duty under

motifs mènent à la même conclusion que ceux du Tribunal, mais la similitude s'arrête là. Muet sur l'interaction entre le par. 14(2) et les règles de common law en matière d'obligation fiduciaire, le Tribunal s'est borné à formuler une conclusion sommaire sur l'application de la Loi aux revendications visant la période préconfédérative. Les motifs des juges majoritaires complètent ceux du Tribunal en fournissant la totalité de l'analyse.

La cour de révision peut parfois compléter des motifs qui passent sous silence certains points sur lesquels le décideur aurait pu statuer implicitement. Lorsque le raisonnement tacite est manifeste, compléter des motifs peut être un moyen d'apporter une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision. Par contre, lorsqu'il y a absence d'analyse sur un élément essentiel, si bien que le raisonnement tacite n'est pas concluant ou est complètement obscur, la cour de révision ne saurait imputer au décideur sa propre justification pour confirmer la décision. Les motifs complémentaires doivent s'appuyer sur ceux que rend dans les faits le décideur choisi par le législateur. Il conviendrait donc de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il se prononce plus avant sur la question de savoir si les obligations et les responsabilités de la colonie visées à l'al. 14(1)(b) de la Loi ont été imputées à la Couronne fédérale par application du par. 14(2), et sur la manière dont elles l'ont été le cas échéant.

La juge en chef McLachlin et le juge Brown (dissidents) : La décision du Tribunal est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, si ce n'est que son interprétation des *Conditions de l'adhésion* — un instrument constitutionnel — est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le Tribunal conclut raisonnablement qu'avant la Confédération, la Couronne impériale a manqué à son obligation fiduciaire envers la bande. Toutefois, la conclusion voulant que le Canada ait manqué à son obligation fiduciaire *ad hoc* et à son obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande est déraisonnable, tout comme la démarche adoptée par le Tribunal pour statuer sur la question de droit de la responsabilité du Canada découlant de la violation dont s'est rendue coupable la Couronne impériale suivant le par. 14(2) de la Loi. Il y a lieu de renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il décide si la violation de l'obligation légale ou la responsabilité en découlant a été imputée au Canada.

La conclusion du Tribunal voulant qu'il existe une obligation fiduciaire *ad hoc* de loyauté absolue envers la bande par application de l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion* va à l'encontre d'un arrêt applicable et, à ce titre, elle est indéfendable. Quant à la conclusion du Tribunal

s. 14(1)(c) of the Act, the Tribunal's starting premise for this conclusion — that the band's best interests could lie only in securing the Village Lands as a reserve — is misguided in three respects. First, this assertion is neither justified in the Tribunal's reasons nor supported by the evidentiary record. Second, the finding of a breach of Canada's fiduciary duty fails to account for the limits of Canada's responsibilities and powers under the *Terms of Union*, and in particular, under Article 13. The exercise of discretion by Canada in relation to Aboriginal interests was confined by the country's federal structure and the *Terms of Union*. Canada could not unilaterally mark out provincial land as reserves. The Province retained jurisdiction over the setting apart of provincial Crown lands as a reserve and exercised that effective veto. Third, the Tribunal's premise does not cohere to jurisprudence, which calls for a measure of flexibility, grounded in the historical context of a matter, in relation to the creation of reserves under Article 13. This provision imposed upon Canada not an obligation to continue the Colony's policy regarding the creation of Indian reserves, but rather to pursue a policy that is as liberal as that pursued by the Colony. In light of Article 13, Canada owed no obligation arising from cognizable interests in specific lands. The *sui generis* fiduciary duty does not demand a perfect solution, and Canada did not fail to discharge this duty in its dealings with the band relating to the Village Lands. Finally, by confining the significance of Canada's allotment of land to the band, the Tribunal unduly narrowed its focus, thereby truncating its analysis of Canada's efforts to discharge its fiduciary duty. The band's claim brought under s. 14(1)(c) of the Act should therefore be dismissed.

The Tribunal also unreasonably held Canada responsible for the Imperial Crown's breach of this duty. Section 14(2) of the Act does not impose blanket responsibility upon Canada for all colonial obligations and liabilities that are the subject of a specific claim under s. 14(1)(b). It is an enforcement mechanism which compels Canada to answer for the Imperial Crown where Canada has by some other means acquired responsibility for an obligation or a liability relating to Indians or lands reserved for Indians. This interpretation is consistent with the careful wording of the provision, which expresses Parliament's intention to disclaim liability for matters falling under provincial

selon laquelle le Canada a violé une obligation fiduciaire *sui generis* au regard de l'al. 14(1)c) de la Loi, le postulat de départ qui sous-tend cette conclusion — les intérêts de la bande pouvaient ne résider que dans l'obtention des terres du village pour la création d'une réserve — est erroné sous trois rapports. Premièrement, cette affirmation n'est ni justifiée par les motifs du Tribunal ni appuyée par le dossier de preuve. Deuxièmement, la conclusion d'un manquement du Canada à son obligation fiduciaire ne tient pas compte de la limitation des responsabilités et du pouvoir du Canada dans les *Conditions de l'adhésion*, en particulier à son art. 13. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le Canada à l'égard des intérêts autochtones était circonscrit par la structure fédérale du pays et les *Conditions de l'adhésion*. Le Canada ne pouvait pas créer unilatéralement des réserves sur des terres provinciales. La province demeurerait compétente pour mettre de côté des terres de la Couronne provinciale en tant que réserve et elle s'est prévaluée de ce droit de veto. Troisièmement, le postulat du Tribunal va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour, laquelle commande, vu le contexte historique en cause, une certaine souplesse dans la création de réserves par application de l'art. 13. Cette disposition n'oblige pas le Canada à poursuivre la ligne de conduite de la colonie en matière de création de réserves, mais bien à adopter une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par la colonie. Compte tenu de l'art. 13, le Canada n'avait aucune obligation découlant d'un intérêt identifiable dans des terres en particulier. L'obligation fiduciaire *sui generis* n'exige pas d'apporter une solution parfaite et le Canada n'a pas omis de s'acquitter de cette obligation lors de ses négociations avec la bande relativement aux terres du village. Enfin, en limitant l'importance de l'attribution de terres à la bande par le Canada, le Tribunal restreint indûment son angle d'approche, si bien que son analyse des efforts du Canada pour s'acquitter de son obligation fiduciaire s'en retrouve tronquée. Il y a donc lieu de rejeter la revendication présentée par la bande en vertu de l'al. 14(1)c) de la Loi.

Il est aussi déraisonnable, de la part du Tribunal, de tenir le Canada responsable du manquement de la Couronne impériale à cette obligation. Le paragraphe 14(2) de la Loi n'impute pas de responsabilité générale au Canada relativement à l'ensemble des obligations et des responsabilités coloniales qui font l'objet d'une revendication particulière au titre de l'al. 14(1)b). Il constitue un mécanisme d'application qui oblige le Canada à répondre des actes de la Couronne impériale lorsque, par d'autres voies, il a contracté une obligation ou une responsabilité relativement aux Indiens ou aux terres réservées pour eux. Cette interprétation cadre avec la soigneuse formulation

responsibility. In this case, s. 14(2) of the Act can only be triggered by an obligation or liability acquired by Canada under Article 13 of the *Terms of Union*. Canada's responsibility for the Imperial Crown's breach on the liability branch of s. 14(2) could also be triggered by Article 1 of the *Terms of Union*, by which Canada agreed to be "liable for the debts and liabilities of British Columbia existing at the time of the Union". The Tribunal, however, failed to consider whether this provision embraces the Imperial Crown's liability for its failure to protect the Village Lands from pre-emption. It simply equated pre-Confederation colonial obligations and liabilities with post-Confederation obligations and liabilities, which is not remotely defensible by any standard of review.

The majority's "backward-looking 'projection'" theory of Canada's statutory liability is not an appropriate supplement to the Tribunal's deficient reasons regarding s. 14(2) of the Act. It fails to account for the intention of Parliament and has no support in law. On this theory, a finding of a post-Confederation breach of a legal obligation under s. 14(1)(c) would appear to be determinative of Canada's liability in respect of pre-Confederation breaches, and s. 14(2) is superfluous where a related post-Confederation breach by Canada is made out. The fact that the theory may be consistent with Indigenous views as to the continuity of fiduciary relationships with the Crown, and Canada's growing acceptance of responsibility for remedying historical wrongs does not justify the Tribunal's reading out of clear statutory text. The legal obligation or liability relating to its breach must still be shown to have otherwise become the responsibility of Canada. This theory furnishes no comprehensible guidance to the Tribunal as it adjudicates the claims brought before it. Nor does it explain how the Tribunal is to apply ss. 14(1)(b) and 14(2) where the legislative shortcut via this theory is unavailable — that is, where liability has not been imposed on Canada for breach of a related legal obligation under s. 14(1)(c).

de la disposition, qui exprime l'intention du législateur de se soustraire à toute responsabilité concernant des matières qui relèvent de la compétence provinciale. Le paragraphe 14(2) de la Loi ne peut s'appliquer en l'espèce que si l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion* confère quelque obligation ou responsabilité au Canada. La responsabilité du Canada pour la violation dont la Couronne impériale s'est rendue coupable au regard du volet « responsabilité » du par. 14(2) pourrait aussi être engagée par l'article premier des *Conditions de l'adhésion* au moyen duquel le Canada convient d'être « responsable des dettes et obligations de la Colombie-Britannique existantes à l'époque de l'Union ». Le Tribunal ne se demande toutefois pas si cette disposition englobait la responsabilité de la Couronne impériale découlant de son omission de protéger les terres du village contre la préemption. Il ne fait qu'établir une équivalence entre les obligations et les responsabilités de la colonie avant l'adhésion et celles qui incombaient au Canada après celle-ci, une position totalement indéfendable quelle que soit la norme de contrôle appliquée.

La théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective » avancée par les juges majoritaires à propos de l'obligation légale du Canada ne comporte pas d'éléments susceptibles d'étoffer convenablement les motifs lacunaires du Tribunal au sujet du par. 14(2) de la Loi. Elle fait abstraction de l'intention du législateur et le droit ne l'appuie nullement. Suivant cette théorie, la conclusion qu'il y a eu violation d'une obligation légale après l'adhésion à la Confédération au regard de l'al. 14(1)(c) semble déterminante pour ce qui est de la responsabilité du Canada à l'égard aussi des violations précédant l'adhésion et le par. 14(2) est donc superflu lorsqu'on établit une violation connexe du Canada postérieure à l'adhésion. La possibilité que la théorie aille dans le même sens que le point de vue des Autochtones sur la continuité des rapports fiduciaires avec Sa Majesté et la reconnaissance de plus en plus grande par le Canada de sa responsabilité de réparer les erreurs du passé ne justifie pas le fait que le Tribunal a écarté une disposition législative claire. Il faut tout de même démontrer que l'obligation légale ou la responsabilité en découlant a été imputée d'une autre façon au Canada. Cette théorie n'offre pas au Tribunal des repères clairs pour statuer sur les revendications dont il est saisi. Elle n'explique pas non plus comment le Tribunal est censé appliquer l'al. 14(1)(b) et le par. 14(2) lorsqu'il est impossible d'utiliser le raccourci législatif via cette théorie, autrement dit lorsqu'aucune responsabilité n'a été imposée au Canada pour violation d'une obligation légale connexe suivant l'al. 14(1)(c).

Rights and responsibilities whose discharge is of potentially central importance to achieving reconciliation between Canada and Indigenous peoples in British Columbia were constitutionally entrenched, by mutual accord, between the Province and Canada. The Tribunal's reasons elide that constitutional division of responsibilities, and thereby risk upsetting that accord. The question of whether Articles 1 and 13 of the *Terms of Union*, correctly understood and interpreted, support Canada's liability under s. 14(2) should therefore be remitted to the Tribunal for determination. If the band succeeds on either question, the matter may then proceed to the compensation stage.

Cases Cited

By Wagner J.

Applied: *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Lac La Ronge Band v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2014 SCTC 8; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Canada v. Kitselas First Nation*, 2014 FCA 150, 460 N.R. 185, aff'g 2013 SCTC 1; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2015 FCA 154, 474 N.R. 283; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Kovach, Re*, [1999] 1 W.W.R. 498, rev'd 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55; *Alberta (Workers' Compensation Board) v. Alberta (Appeals Commission for Workers' Compensation)*, 2013 ABCA 412, 370 D.L.R. (4th) 118; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 227, [2014] 1 F.C.R. 766; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458;

Les droits et les obligations dont l'exécution pourrait revêtir une importance centrale dans l'accomplissement de la réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones en Colombie-Britannique sont constitutionnalisés d'un commun accord entre la province et le Canada. Les motifs du Tribunal font abstraction de ce partage constitutionnel des obligations et, de ce fait, risquent de mettre à mal cet accord. La question de savoir si l'article premier et l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*, comprises et interprétées correctement, étayaient la responsabilité du Canada suivant le par. 14(2) doit donc être renvoyée au Tribunal pour qu'il la tranche. Si la bande a gain de cause dans l'un ou l'autre cas, le dossier peut alors passer à l'étape de la détermination de l'indemnité.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêt appliqué : *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande Lac La Ronge c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2014 TRPC 8; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Canada c. Première Nation de Kitselas*, 2014 CAF 150, conf. 2013 TRPC 1; *Bande indienne de Lac La Ronge c. Canada*, 2015 CAF 154; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Kovach, Re*, [1999] 1 W.W.R. 498, inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55; *Alberta (Workers' Compensation Board) c. Alberta (Appeals Commission for Workers' Compensation)*, 2013 ABCA 412, 370 D.L.R. (4th) 118; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 227, [2014] 1 R.C.F. 766; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013]

Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc., 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Popkum First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 12; *Huu-Ay-Aht First Nations v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 14; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Lake Babine Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2015 SCTC 5; *Akisq'nuk First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 3; *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294; *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572; *Canada (Attorney General) v. Delios*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85.

By Rowe J. (dissenting in part)

Wewaykum Indian Band v. Canada, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190;

2 R.C.S. 458; *Shafron c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Keech c. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Première Nation de Popkum c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 12; *Premières Nations Huu-Ay-Aht c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 14; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Nation de Lake Babine c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2015 TRPC 5; *Première Nation d'Akisq'nuk c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 3; *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294; *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, [2011] 2 R.C.F. 221, inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85.

Citée par le juge Rowe (dissident en partie)

Bande indienne Wewaykum c. Canada, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190;

McLean v. British Columbia (Securities Commission), 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267.

By Brown J. (dissenting)

British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General), [1994] 2 S.C.R. 41; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105; *Harris v. Canada*, 2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Terms of Union (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 10), Arts. 1, 13.
Constitution Act, 1867, s. 92(5).
Constitution Act, 1982, s. 52(2).

McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission), 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2013 CF 431.

Citée par le juge Brown (dissident)

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général), [1994] 2 R.C.S. 41; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105; *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Williams c. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6.

Lois et règlements cités

Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 10), art. 1, 13.
Land Act, 1875, S.B.C. 1875, c. 5 (reproduite dans R.S.B.C. 1877, c. 98), art. 3, 61.

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149.
Land Act, 1875, S.B.C. 1875, c. 5 (reprinted in R.S.B.C. 1877, c. 98), ss. 3, 61.
Land Amendment Act, 1879, S.B.C. 1879, c. 21, s. 5.
Land Ordinance, 1865, O.B.C. 1865, c. 27 (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 23), s. 12.
Land Ordinance, 1870, O.B.C. 1870, c. 18, s. 3.
Pre-emption Consolidation Act, 1861 (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 21), s. 3.
Proclamation relating to acquisition of Land, 1859 (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 13).
Proclamation relating to acquisition of Land, 1860 (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 15), Cl. 1.
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).
Specific Claims Tribunal Act, S.C. 2008, c. 22, preamble, ss. 2 “Crown”, 3, 6(2), 11, 13(1)(a), (b), 14, 16(1), 20 to 23.
Specific Claims Tribunal Rules of Practice and Procedure, SOR/2011-119, s. 10.

Authors Cited

Black’s Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St-Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “cognizable”.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Aboriginal Affairs and Northern Development. *Evidence*, No. 12, 2nd Sess., 39th Parl., February 6, 2008, p. 2.

Canada. Indian and Northern Affairs. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.

Canada. Indian and Northern Affairs. *Outstanding Business: A Native Claims Policy — Specific Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1982.

Canada. Indian and Northern Affairs. *Specific Claims: Justice at Last*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 2007.

Canada. Indian and Northern Affairs. *The Specific Claims Policy and Process Guide*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 2009.

Canada. Library of Parliament. Parliamentary Information and Research Service. *Bill C-30: The Specific Claims Tribunal Act*, Legislative Summary LS-592E, by Mary C. Hurley, Law and Government Division, January 14, 2008, revised June 26, 2008.

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*. Ottawa: The Commission, 1996.

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The*

Land Amendment Act, 1879, S.B.C. 1879, c. 21, art. 5.
Land Ordinance, 1865, O.B.C. 1865, c. 27 (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 23), art. 12.
Land Ordinance, 1870, O.B.C. 1870, c. 18, art. 3.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(5).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(2).
Loi sur le Tribunal des revendications particulières, L.C. 2008, c. 22, préambule, art. 2 « Sa Majesté », 3, 6(2), 11, 13(1)a), b), 14, 16(1), 20 à 23.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, c. 149.
Pre-emption Consolidation Act, 1861 (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 21), art. 3.
Proclamation relating to acquisition of Land, 1859 (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 13).
Proclamation relating to acquisition of Land, 1860 (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 15), art. 1.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).
Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières, DORS/2011-119, art. 10.

Doctrine et autres documents cités

Black’s Law Dictionary, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « cognizable ».

Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones — Revendications particulières*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1982.

Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.

Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2009.

Canada. Affaires indiennes et du Nord. *Revendications particulières : La justice, enfin*, Ottawa, Affaires indiennes et du Nord Canada, 2007.

Canada. Bibliothèque du Parlement. Service d’information et de recherche parlementaires. *Projet de loi C-30 : Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, Résumé législatif LS-592F, par Mary C. Hurley, Division du droit et du gouvernement, 14 janvier 2008, révisé le 26 juin 2008.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord. *Témoignages*, n° 12, 2^e sess., 39^e lég., 6 février 2008, p. 2.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples*

Province of Administrative Law. Oxford: Hart, 1997, 279.

Elliott, David W. “Much Ado About Dittos: *Wewaykum* and the Fiduciary Obligation of the Crown” (2003), 29 *Queen’s L.J.* 1.

Salembier, Paul, et al. *Modern First Nations Legislation Annotated*, 2016 ed. Toronto: LexisNexis, 2015.

Tennant, Paul. *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*. Vancouver: University of British Columbia Press, 1990.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Gauthier, Ryer and Near JJ.A.), 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, 481 N.R. 75, [2016] 2 C.N.L.R. 1, [2016] F.C.J. No. 237 (QL), 2016 CarswellNat 493 (WL Can.), allowing the application for judicial review of a decision of the Specific Claims Tribunal, 2014 SCTC 3. Appeal allowed, Côté and Rowe JJ. dissenting in part and McLachlin C.J. and Brown J. dissenting.

Clarine Ostrove and Leah Pence, for the appellant.

Mark Kindrachuk, Q.C., and *Sharlene Telles-Langdon*, for the respondent.

Paul J. J. Cavalluzzo, Adrienne Telford and Jennifer Campbell, for the interveners the Specific Claims Tribunal.

Senwung Luk, Krista Nerland and Cathy Guirguis, for the interveners the Assembly of Manitoba Chiefs.

Cynthia Westaway and Darryl Korell, for the interveners the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Scott Robertson and Chris Albinati, for the interveners the Indigenous Bar Association in Canada.

Stuart Wuttke and David C. Nahwegahbow, for the interveners the Assembly of First Nations.

Rosanne Kyle, for the interveners the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Nlaka’pamux

autochtones, vol. 2, *Une relation à redéfinir*, Ottawa, La Commission, 1996.

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.

Elliott, David W. « Much Ado About Dittos : *Wewaykum* and the Fiduciary Obligation of the Crown » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 1.

Salembier, Paul, et al. *Modern First Nations Legislation Annotated*, 2016 ed., Toronto, LexisNexis, 2015.

Tennant, Paul. *Aboriginal Peoples and Politics : The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989*, Vancouver, University of British Columbia Press, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Gauthier, Ryer et Near), 2016 CAF 63, 396 D.L.R. (4th) 164, 481 N.R. 75, [2016] 2 C.N.L.R. 1, [2016] A.C.F. n° 237 (QL), 2016 CarswellNat 10104 (WL Can.), qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire d’une décision du Tribunal des revendications particulières, 2014 TRPC 3. Pourvoi accueilli, les juges Côté et Rowe sont dissidents en partie et la juge en chef McLachlin et le juge Brown sont dissidents.

Clarine Ostrove et Leah Pence, pour l’appelante.

Mark Kindrachuk, c.r., et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l’intimée.

Paul J. J. Cavalluzzo, Adrienne Telford et Jennifer Campbell, pour l’intervenant le Tribunal des revendications particulières.

Senwung Luk, Krista Nerland et Cathy Guirguis, pour l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

Cynthia Westaway et Darryl Korell, pour l’intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations.

Scott Robertson et Chris Albinati, pour l’intervenante Indigenous Bar Association in Canada.

Stuart Wuttke et David C. Nahwegahbow, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations.

Rosanne Kyle, pour les intervenants Union of British Columbia Indian Chiefs, Nlaka’pamux Nation

Nation Tribal Council, the Stó:lō Nation, the Stó:lō Tribal Council and the Carrier Sekani Tribal Council.

David Schulze, Benoît Amyot, Léonie Boutin and Marie-Eve Dumont, for the interveners the Assembly of First Nations of Quebec and Labrador.

David M. Robbins, Sonya Morgan and Michael Bendle, for the interveners the Cowichan Tribes, the Stz'uminus First Nation, the Penelakut Tribe and the Halalt First Nation.

The judgment of Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

WAGNER J. —

I. Overview

[1] In the early days of British Columbia, there was a rapid influx of settlers following the gold rush up the Fraser River into the interior of the Colony. From 1860 on, some of these settlers displaced the Williams Lake Indian Band from the site of its village and surrounding lands at the foot of Williams Lake. This appeal concerns the failure of the Sovereign of Great Britain and its colonies (“Imperial Crown”) to prevent the band’s Village Lands from being taken up by settlers. It also concerns the failure of the Imperial Crown and the Crown in right of Canada to rectify the situation over the 20 years that followed. At issue is the validity of a claim to compensation under the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, for losses arising from these events.

[2] Parliament established the Specific Claims Tribunal with a mandate to award monetary compensation to First Nations¹ for claims arising from the Crown’s failure to honour its legal obligations to

¹ In these reasons, I will use “First Nations” to refer to the legal entities capable of filing specific claims; “Aboriginal” as this word is used in the jurisprudence; “Indian” where appropriate to reflect the historical context of the band’s specific claim; and otherwise “Indigenous peoples”.

Tribal Council, Stó:lō Nation, Stó:lō Tribal Council et Carrier Sekani Tribal Council.

David Schulze, Benoît Amyot, Léonie Boutin et Marie-Eve Dumont, pour l’intervenante l’Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador.

David M. Robbins, Sonya Morgan et Michael Bendle, pour les intervenantes Cowichan Tribes, Stz’uminus First Nation, Penelakut Tribe et Halalt First Nation.

Version française du jugement des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Aperçu

[1] Aux débuts de la colonie de la Colombie-Britannique, un grand afflux de colons a suivi la ruée vers l’or le long du fleuve Fraser, vers l’intérieur des terres. À partir de 1860, certains de ces colons ont chassé la Williams Lake Indian Band (« bande indienne de Williams Lake ») de son village et de ses terres avoisinantes au pied du lac Williams. Le pourvoi porte sur l’omission du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies (« Couronne impériale ») d’empêcher les colons de s’approprier les terres du village de la bande. Il porte aussi sur l’omission de la Couronne impériale et de Sa Majesté du chef du Canada de corriger la situation au cours des 20 années subséquentes. L’objet du litige est le bien-fondé d’une demande d’indemnisation des pertes ayant découlé de ces événements présentée en application de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, c. 22.

[2] Le législateur a créé le Tribunal des revendications particulières en lui confiant le mandat d’indemniser financièrement les Premières nations¹ qui présentent des revendications fondées sur l’omission

¹ Dans les présents motifs, j’emploie les termes « Premières nations » pour renvoyer aux entités juridiques admises à formuler des revendications particulières, « Autochtones » conformément à la jurisprudence et, au besoin, « Indiens » pour tenir compte du contexte historique de la revendication particulière de la bande; sinon, j’emploie « peuples autochtones ».

Indigenous peoples, even where delay or the passage of time would bar an action in the courts. A just resolution of these types of claims is essential to the process of reconciliation.

[3] Historical grievances that fall within one of the grounds enumerated in s. 14(1) of the Act are known as specific claims. The question before the Tribunal was whether the band had established valid grounds for such a claim.

[4] The Tribunal examined the band's history in the Williams Lake area and the events surrounding the reserve creation process. The band's village and surrounding lands, the Tribunal concluded, ought to have been marked out as a reserve under the applicable colonial legislation. The Imperial Crown was under a legal obligation to take the appropriate measures to do so. The Tribunal concluded that the band had a valid claim on the grounds that the responsible colonial official in the Williams Lake area had not taken such measures.

[5] The Tribunal also determined that, after British Columbia joined Confederation in 1871, federal officials had failed to take appropriate measures to address the consequences of the Imperial Crown's earlier omissions. This, it found, was also valid grounds for a specific claim. The Tribunal considered the eventual allotment of other reserves for the band to be a matter going to the amount of compensation, not to the existence of a breach of a legal obligation of the Crown.

[6] Before the Tribunal had the opportunity to make a decision on compensation, Canada applied for judicial review of the Tribunal's validity decision. The Federal Court of Appeal allowed Canada's application and substituted its own decision dismissing the band's specific claim. In its view, the Crown in right of Canada had not breached a legal obligation to the band. Further, its eventual allotment of reserve

de la Couronne de s'acquitter de ses obligations légales envers les peuples autochtones, et ce, même si un retard ou l'écoulement du temps faisait obstacle à une action en justice. Le juste règlement de telles revendications est essentiel au processus de réconciliation.

[3] La réclamation à caractère historique qui prend appui sur l'un des faits énumérés au par. 14(1) de la Loi constitue une revendication particulière. Le Tribunal devait en l'espèce décider si la bande avait établi le bien-fondé d'une telle revendication.

[4] Le Tribunal examine l'histoire de la bande dans la région de Williams Lake ainsi que les circonstances du processus de création de réserves. Il conclut que le village de la bande et les terres avoisinantes auraient dû être mis de côté à titre de réserve sous le régime des lois coloniales applicables. La Couronne impériale avait l'obligation légale de prendre les mesures voulues en ce sens. Le Tribunal conclut au bien-fondé de la revendication de la bande au motif que le fonctionnaire colonial responsable de la région de Williams Lake n'a pas pris de telles mesures.

[5] Le Tribunal conclut également que, après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération en 1871, les fonctionnaires fédéraux ont omis de prendre les mesures nécessaires pour corriger les conséquences des omissions antérieures de la Couronne impériale. Il s'agit selon lui d'un autre fait susceptible de fonder une revendication particulière. Le Tribunal estime que l'attribution subséquente d'autres terres à la bande est pertinente pour déterminer le montant de l'indemnité, mais non pour se prononcer sur la violation d'une obligation légale de la Couronne.

[6] Avant que le Tribunal n'ait eu l'occasion de se prononcer sur l'indemnisation, le Canada a présenté une demande de contrôle judiciaire de sa décision sur le bien-fondé de la revendication. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande et rendu sa propre décision à l'effet de rejeter la revendication particulière de la bande. Selon elle, Sa Majesté du chef du Canada n'a pas manqué à une obligation légale

land elsewhere had cured any prior breaches by the Imperial Crown. The band appeals to this Court.

[7] For the reasons that follow, I would allow the appeal and restore the Tribunal's decision. The Tribunal reasonably found that both the Imperial Crown and the Crown in right of Canada had owed, and breached, fiduciary obligations to the band in relation to the protection of its Village Lands from pre-emption and that the band's pre-Confederation specific claim was valid under the Act.

II. Background

A. *The Band's Specific Claim*

[8] The subject of the band's specific claim is the site of a village at the foot of Williams Lake, within its traditional territory. In the band's language, the village is called "Yucwt". In 1883, the land was surveyed as "District Lots 71 and 72". Those lots include parts of what is now the City of Williams Lake. The Tribunal's decision refers to the subject lands as the Village Lands.

[9] When the Colony of British Columbia was established in 1858, settlers were rapidly taking up unsurveyed lands. Several Indian Chiefs counselled war in response. Governor Douglas held meetings with the Indians in Cayoosh and Lytton and provided assurances on behalf of the Crown that the magistrates had been instructed to stake out and reserve for their benefit "all their occupied village sites and cultivated fields and as much land in the vicinity of each as they could till, or was required for their support": Letter from James Douglas to the Duke of Newcastle, October 9, 1860, A.R., vol. II, at p. 121. Records of the instructions issued to colonial officials reflect this policy.

envers la bande. En outre, l'attribution subséquente d'autres terres à titre de réserve avait remédié à tout manquement antérieur de la Couronne impériale. La bande se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du Tribunal. Ce dernier conclut raisonnablement que la Couronne impériale et Sa Majesté du chef du Canada avaient toutes deux envers la bande des obligations fiduciaires concernant la protection des terres du village contre la préemption, qu'elles ont manqué à ces obligations et que la revendication particulière de la bande visant la période préconfédérative est fondée au regard de la Loi.

II. Contexte

A. *La revendication particulière de la bande*

[8] L'objet de la revendication particulière de la bande est l'emplacement d'un village au pied du lac Williams situé dans les limites de son territoire traditionnel. Dans la langue de la bande, ce village porte le nom de « Yucwt ». En 1883, ces terres ont été arpentées pour devenir les « lots 71 et 72 », lesquels englobent en partie ce qui constitue aujourd'hui la ville de Williams Lake. Dans sa décision, le Tribunal renvoie aux terres du village pour désigner les terres visées par la revendication particulière.

[9] Lors de l'établissement de la colonie de la Colombie-Britannique en 1858, les colons se sont rapidement approprié les terres non arpentées. Plusieurs chefs indiens ont alors appelé au déclenchement d'une guerre. Le gouverneur Douglas a rencontré les Indiens lors d'assemblées à Cayoosh et à Lytton. Au nom de la Couronne, il les a assurés que les magistrats avaient pour instructions de jalonner et de mettre en réserve à leur bénéfice [TRA-DUCTION] « tous les villages qu'ils habitaient et les champs qu'ils cultivaient, ainsi que toutes les terres adjacentes qu'ils étaient en mesure de cultiver ou qui étaient nécessaires pour assurer leur subsistance » (lettre de James Douglas au duc de Newcastle, 9 octobre 1860, d.a., vol. II, p. 121). Selon les registres, les instructions aux fonctionnaires coloniaux étaient bien à cet effet.

[10] Governor Douglas also enacted a system of land pre-emption. On February 14, 1859, he issued the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1859* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 13), which asserted Crown title to all land in the Colony of British Columbia. On January 4, 1860, Douglas issued the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 15) (“*Proclamation No. 15*”),² Clause 1 of which provided:

That from and after the date hereof, British subjects and aliens who shall take the oath of allegiance to Her Majesty and Her successors, may acquire unoccupied and unreserved and unsurveyed Crown Lands in British Columbia (not being the site of an existent or proposed town, or auriferous land available for mining purposes, or an Indian Reserve or settlement, in fee simple) under the following conditions . . .

[11] In accordance with colonial policy, land that was the site of an “Indian settlement” was not available for pre-emption. Elsewhere in the Colony, lands were set apart as reserves: see, for example, *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379. Settlers whose pre-emptions encroached on an Indian settlement could be dispossessed without compensation. This also occurred elsewhere in British Columbia.

[12] The first pre-emptions were recorded in 1860, and more followed. The pre-emptions were traded among settlers, seemingly in contravention of the pre-emption legislation. Those covering Lots 71 and 72 were eventually consolidated in the hands of

[10] Le gouverneur Douglas a aussi mis en place un système de préemption de terres. Le 14 février 1859, il publiait la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1859* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 13) conférant à la Couronne la propriété de toutes les terres de la colonie de la Colombie-Britannique. Le 4 janvier 1860, le gouverneur publiait la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 15) (« *Proclamation n° 15* »)², dont l’article premier était libellé comme suit :

[TRADUCTION] À compter de la date ici précisée, les sujets britanniques et les étrangers qui prêteront serment d’allégeance à Sa Majesté et à Ses Successeurs, pourront acquérir le droit de détenir et d’acheter, en fief simple, des terres de la Couronne en Colombie-Britannique, ces terres étant inoccupées, n’étant pas arpentées et n’étant pas réservées, et ne devant pas être à l’emplacement d’une ville existante ou proposée, ou ne devant pas être des terres aurifères destinées à l’exploitation minière, ni être une réserve indienne ou un établissement indien, aux conditions suivantes . . .

[11] Conformément à la politique coloniale, les terres situées sur l’emplacement d’un « établissement indien » ne pouvaient faire l’objet d’une préemption. Ailleurs dans la colonie, les terres étaient mises de côté à titre de réserve (voir p. ex. *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379). Les colons dont les préemptions empiétaient sur un établissement indien pouvaient être dépouillés sans indemnité, ce qui était aussi le cas ailleurs en Colombie-Britannique.

[12] Les premières préemptions remontent à 1860, et d’autres ont suivi. Les terres préemptées faisaient l’objet d’opérations entre colons apparemment en contravention avec les dispositions applicables en la matière. Celles correspondant aux lots 71 et 72 ont

² Legislation that succeeded *Proclamation No. 15* in the Colony of British Columbia and in the Province of British Columbia continued to prohibit the pre-emption or purchase of unoccupied land that was the site of an “Indian settlement”: *Pre-emption Consolidation Act, 1861* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 21), s. 3; *Land Ordinance, 1865*, O.B.C. 1865, c. 27, s. 12; *Land Ordinance, 1870*, O.B.C. 1870, c. 18, s. 3; *Land Act, 1875*, S.B.C. 1875, c. 5, s. 61; *Land Amendment Act, 1879*, S.B.C. 1879, c. 21 s. 5. In these reasons, a reference to *Proclamation No. 15* includes the pre-emption legislation applicable at the time.

² La législation qui a suivi la *Proclamation n° 15* dans la colonie de la Colombie-Britannique puis dans la province de la Colombie-Britannique interdisait toujours la préemption ou l’achat de terres inoccupées situées sur l’emplacement d’un « établissement indien » (*Pre-emption Consolidation Act, 1861* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 21), art. 3; *Land Ordinance, 1865*, O.B.C. 1865, c. 27, art. 12; *Land Ordinance, 1870*, O.B.C. 1870, c. 18, art. 3; *Land Act, 1875*, S.B.C. 1875, c. 5, art. 61; *Land Amendment Act, 1879*, S.B.C. 1879, c. 21, art. 5). Dans les présents motifs, le renvoi à la *Proclamation n° 15* vise également les dispositions législatives sur la préemption alors applicables.

William Pinchbeck, the local constable. Pinchbeck was granted fee simple title in 1885.

[13] Pinchbeck had arrived in Williams Lake in 1860 with his associate, Gold Commissioner and Magistrate Philip Nind, who was the official responsible for implementing the pre-emption system in Williams Lake. The Tribunal found that Nind would have known of the band's settlement even though its numbers had been diminished by a smallpox epidemic and most of its members had been driven off the land. He would also have been aware of the colonial law and policies governing pre-emption and his role in enforcing them. He took no steps to identify the site of the band's Indian settlement, to mark it out as reserved from pre-emption or to call into question the pre-emptions that had already been recorded when it became apparent that they contravened the legislation.

[14] British Columbia joined Confederation in 1871. Under Article 13 of the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 10), Canada assumed responsibility for the creation of Indian reserves according to a policy "as liberal" as the Colony's, and the Colony agreed to convey land to Canada for that purpose.

[15] This process was carried out through the Joint Indian Reserve Commission. The Commission's mandate was to visit each Nation in British Columbia and determine "the number, extent, and locality" of the reserves to be allotted to it: Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875. In performing this mandate, commissioners were instructed to have regard "to the habits, wants and pursuits of such Nation, to the amount of territory available in the region occupied by them, and to the claims of the white settlers": Memorandum attached to the Governor in Council's Order approving the Joint Indian Reserve Commission, November 5, 1875. The Commission's work was carried out under the leadership of Gilbert Sproat between 1876 and 1880 and by Peter O'Reilly after 1880.

par la suite été regroupées par un policier, William Pinchbeck, qui en a acquis la propriété en fief simple en 1885.

[13] M. Pinchbeck est arrivé à Williams Lake en 1860 en compagnie de son associé le commissaire de l'Or et magistrat Philip Nind, lequel était chargé de la mise en œuvre du régime de préemption à Williams Lake. Le Tribunal conclut que M. Nind aurait dû connaître l'existence de l'établissement de la bande, même si l'effectif de cette dernière avait chuté par suite d'une épidémie de petite vérole et que la plupart de ses membres avaient été chassés des terres. Il aurait aussi dû connaître les lois et les politiques coloniales sur la préemption ainsi que son rôle dans l'application de celles-ci. Il n'a adopté aucune mesure pour déterminer l'emplacement de l'établissement de la bande, ni pour le soustraire à la préemption, ni pour contester les préemptions déjà consignées lorsqu'il était devenu évident qu'elles contrevenaient à la loi.

[14] La Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871. Suivant l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 10), il incombait au Canada de créer des réserves indiennes selon une ligne de conduite « aussi libérale » que celle de la colonie, et la colonie convenait de céder au Canada des terres à cette fin.

[15] La Commission mixte des réserves indiennes a été chargée d'entreprendre les mesures nécessaires à cette fin. Elle avait pour mandat de visiter chacune des nations en Colombie-Britannique et de déterminer « le nombre, l'étendue et l'emplacement » des réserves à leur attribuer (Décret en conseil, C.P. 1088, 10 novembre 1875). Pour s'acquitter de cette tâche, les commissaires avaient pour instructions de prendre en considération [TRADUCTION] « les habitudes, les vœux et les activités de chacune, dans les limites du territoire disponible au sein de la région qu'ils occupent et, d'autre part, les revendications des colons blancs » (Memorandum attached to the Governor in Council's Order approving the Joint Indian Reserve Commission, 5 novembre 1875). Les travaux de la Commission ont été dirigés par Gilbert Sproat entre 1876 et 1880, puis par Peter O'Reilly.

[16] In the years following its displacement, the band resided on lands owned by the Catholic mission. Records of communications between 1878 and 1880 indicate that, without land to cultivate, the band's members faced starvation. The band twice conveyed the urgency of its situation to Sproat so that he would come to Williams Lake and allot reserve land to it.

[17] O'Reilly came to Williams Lake in 1881 and met with then Chief William. Records indicate his acknowledgement that it had been a mistake to permit the pre-emptions and that the government wished to remedy it. To that end, he had purchased a tract of land at the head of the lake known as the Bates Estate, which he allocated to the band as a reserve. However, O'Reilly told the band that it could not interfere with the "white men's rights".

B. *The Specific Claims Tribunal and the Act*

[18] Draft legislation creating an independent commission with the authority to award financial compensation for the wrongful acts of the Crown, including those prior to Confederation, was first proposed in the 1960s. The bills never became law. Over the ensuing 50 years, the Government of Canada pursued a policy of researching, accepting and negotiating specific claims.

[19] A persistent source of dissatisfaction with this process was that it was not overseen by an independent body, which First Nations felt put the government in a conflict of interest: *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship* (1996), at pp. 427-28 and 534 ("RCAP").

[20] Following collaboration between the government and First Nations to address the shortcomings of the specific claims process, the Specific Claims Tribunal was established in 2008.

[16] Au cours des années qui ont suivi son éviction, la bande a résidé sur des terres appartenant à la mission catholique. Il appert du registre des communications entre 1878 et 1880 que les membres de la bande ont connu la famine parce qu'ils n'avaient pas de terres à cultiver. Par deux fois, la bande a informé M. Sproat de l'urgence de sa situation, l'invitant à se rendre à Williams Lake et à lui attribuer des terres de réserve.

[17] M. O'Reilly s'est rendu à Williams Lake en 1881 et y a rencontré le chef William. D'après les registres, il a reconnu qu'autoriser les préemptions avait été une erreur et que le gouvernement souhaitait corriger la situation. C'est pourquoi il a acheté une étendue de terre à la tête du lac connue sous le nom de domaine de Bates et il l'a attribuée à la bande à titre de réserve. Il a toutefois dit à la bande qu'on ne pouvait empiéter sur les [TRADUCTION] « droits des hommes blancs ».

B. *Le Tribunal des revendications particulières et la Loi*

[18] C'est dans les années 1960 qu'ont été présentés les premiers projets de loi visant la création d'une commission indépendante dotée du pouvoir d'accorder des indemnités pécuniaires pour les actes fautifs de la Couronne, y compris ceux commis avant la Confédération. Ces projets de loi n'ont jamais été adoptés. Au cours des 50 années qui ont suivi, le gouvernement du Canada a appliqué une politique de recherche, d'acceptation et de négociation de revendications particulières.

[19] Ce processus n'a cessé de faire des mécontents parce qu'il ne relevait pas d'un organisme indépendant, ce qui, pour les Premières nations, plaçait le gouvernement en situation de conflit d'intérêts (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2, *Une relation à redéfinir* (1996), p. 470-471 et 592 (« CRPA »)).

[20] Par suite d'une collaboration entre le gouvernement et les Premières nations afin de combler les lacunes du processus des revendications particulières, le Tribunal des revendications particulières était créé en 2008.

[21] The Tribunal hears claims that have previously been filed with the Minister for negotiation: s. 16(1). The Tribunal first decides whether a claim is valid according to six enumerated grounds, which mirror the government’s policy on claims that will be accepted for negotiation. The grounds relevant to the band’s specific claim are set out in s. 14 of the Act:

14 (1) Subject to sections 15 and 16, a First Nation may file with the Tribunal a claim based on any of the following grounds, for compensation for its losses arising from those grounds:

...

(b) a breach of a legal obligation of the Crown under the *Indian Act* or any other legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians — of Canada or of a colony of Great Britain of which at least some portion now forms part of Canada;

(c) a breach of a legal obligation arising from the Crown’s provision or non-provision of reserve lands, including unilateral undertakings that give rise to a fiduciary obligation at law, or its administration of reserve lands, Indian moneys or other assets of the First Nation;

[22] “Crown” is defined for the purposes of the Act as “Her Majesty in right of Canada”: s. 2. However, subss. (2) to (4) of s. 14 extend the meaning of “Crown” for the purpose of establishing grounds for a specific claim based on events in the former colonies prior to Confederation. Section 14(2) at issue in this appeal reads:

14 ...

...

(2) For the purpose of applying paragraphs (1)(a) to (c) in respect of any legal obligation that was to be performed in an area within Canada’s present boundaries before that

[21] Le Tribunal examine les revendications déposées préalablement auprès du ministre en vue de la tenue de négociations (par. 16(1)). Il décide d’abord si la revendication est fondée eu égard aux six faits énumérés, lesquels reflètent la politique du gouvernement sur les revendications qui seront acceptées aux fins de négociation. Les faits qui fondent la revendication particulière considérée en l’espèce sont prévus à l’art. 14 de la Loi :

14 (1) Sous réserve des articles 15 et 16, la première nation peut saisir le Tribunal d’une revendication fondée sur l’un ou l’autre des faits ci-après en vue d’être indemnisée des pertes en résultant :

...

b) la violation d’une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d’une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada;

c) la violation d’une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d’une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l’administration par Sa Majesté de terres d’une réserve, ou de l’administration par elle de l’argent des Indiens ou de tout autre élément d’actif de la première nation;

[22] Pour l’application de la Loi, « Sa Majesté » s’entend de « Sa Majesté du chef du Canada » (art. 2). Cependant, les par. 14(2) à (4) en élargissent le sens pour les besoins de l’établissement des faits qui fondent une revendication particulière et qui se rapportent à des événements survenus dans les anciennes colonies avant la Confédération. Voici le texte du par. 14(2), la disposition en cause dans le présent pourvoi :

14 ...

...

(2) Pour l’application des alinéas (1)a) à c) à l’égard d’une obligation légale qui devait être exécutée sur un territoire situé à l’intérieur des limites actuelles du Canada avant

area became part of Canada, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies to the extent that the legal obligation or any liability relating to its breach or non-fulfilment became — or would, apart from any rule or doctrine that had the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of passage of time or delay, have become — the responsibility of the Crown in right of Canada.

[23] The Tribunal has the power to hold its proceedings in separate phases, one to decide the validity of the specific claim and one to decide any compensation arising from it: *Specific Claims Tribunal Rules of Practice and Procedure*, SOR/2011-119, s. 10; Act, s. 11(1). The rationale for bifurcating proceedings is to avoid the delay and expense of a compensation phase if it becomes unnecessary, or else to focus the scope of that phase: see *Lac La Ronge Band v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2014 SCTC 8, at para. 197 (CanLII). The Tribunal awards monetary compensation against the Crown according to the terms set out in ss. 20 to 23, the provisions of which are reproduced in the Appendix.

[24] In this case, Canada sought judicial review of the Tribunal's validity decision prior to the compensation phase.

III. Questions on Appeal

[25] This appeal raises the following initial question:

A. What is the standard of review for a decision of the Specific Claims Tribunal?

Given that I conclude that the standard of review is reasonableness, the following further questions arise. Did the Tribunal reasonably decide that the band had established valid grounds for a specific claim on the basis that:

B. before British Columbia's entry into Confederation, the Crown owed, and breached, a legal obligation under legislation of the Colony (s. 14(1)(b))?

l'entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci n'eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l'écoulement du temps ou d'un retard.

[23] Le Tribunal a le pouvoir de tenir ses audiences en deux étapes distinctes, l'une portant sur le bien-fondé de la revendication particulière, l'autre sur l'indemnisation qui en découle (*Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières*, DORS/2011-119, art. 10; par. 11(1) de la Loi). Ce cloisonnement vise à supprimer les délais et les frais associés à l'étape de l'indemnisation lorsque celle-ci n'est plus nécessaire ou, lorsque celle-ci demeure nécessaire, à resserrer son objet (voir *Bande Lac La Ronge c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2014 TRPC 8, par. 197 (CanLII)). Le Tribunal ordonne à Sa Majesté de verser une indemnité pécuniaire selon les modalités énoncées aux art. 20 à 23, dont le libellé est reproduit en annexe.

[24] En l'espèce, le Canada a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Tribunal sur le bien-fondé de la revendication avant l'étape de l'indemnisation.

III. Les questions en litige

[25] Le pourvoi soulève la question initiale suivante :

A. Quelle norme de contrôle s'applique à une décision du Tribunal des revendications particulières?

Puisque je conclus que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonabilité, les questions suivantes se posent en sus. La conclusion du Tribunal selon laquelle la bande a établi le bien-fondé de sa revendication particulière constitue-t-elle une décision raisonnable au motif que,

B. avant l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, Sa Majesté avait une obligation légale suivant les lois de la colonie et a manqué à cette obligation (al. 14(1)b))?

C. after British Columbia’s entry into Confederation, the Crown owed, and breached, a fiduciary obligation arising from the Crown’s provision or non-provision of reserve lands (s. 14(1)(c))?

D. the pre-Confederation legal obligation alleged by the band to have been breached was a legal obligation of the “Crown” within the extended meaning of that term (s. 14(2))?

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[26] This appeal raises questions of statutory interpretation, questions of fiduciary law and questions of mixed fact and law arising from the Tribunal’s application of the law to the facts of a specific claim. The Federal Court of Appeal applied correctness review to some of these questions and reasonableness review to others, and it declined to address the remainder. Before this Court, the parties agreed that the standard of review for all of these questions is reasonableness.

[27] I agree that the standard of review is reasonableness. None of the points of statutory interpretation or common law on which the Tribunal’s decision rests falls into the categories that this Court identified in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paras. 58-61, as attracting a correctness standard. Nor does the Act provide any contextual indicators sufficient to displace the presumption that Parliament intended the Tribunal to be accorded deference on the interpretation of the term “legal obligation” as used in s. 14: see *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at paras. 32-34.

[28] In particular, I am of the view that the Tribunal’s decision to validate the band’s claim did not depend on its resolution of a constitutional issue as contemplated in *Dunsmuir* or in *Nova Scotia*

C. après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, Sa Majesté avait une obligation fiduciaire découlant de la fourniture ou de la non-fourniture par elle de terres d’une réserve et a manqué à cette obligation (al. 14(1)c))?

D. l’obligation légale préconfédérative dont il y aurait eu violation selon la bande constitue une obligation légale de « Sa Majesté » au sens élargi de ce terme (par. 14(2))?

IV. Analyse

A. *La norme de contrôle*

[26] Le pourvoi soulève des questions relevant de l’interprétation législative et du droit des fiducies, ainsi que des questions mixtes de fait et de droit découlant de l’application du droit, par le Tribunal, aux faits sous-tendant une revendication particulière. La Cour d’appel fédérale applique la norme de contrôle de la décision correcte à certaines de ces questions, et celle de la décision raisonnable à d’autres, et elle refuse de se prononcer sur les autres. Les parties conviennent aujourd’hui que la norme de la décision raisonnable s’applique à toutes les questions.

[27] Je conviens que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Aucun des points d’interprétation législative ou de common law sur lesquels se fonde la décision du Tribunal ne fait partie de ceux qui, selon l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 58-61, emportent l’application de la norme de la décision correcte. La Loi n’offre pas non plus de facteurs contextuels suffisants pour écarter l’intention présumée du législateur selon laquelle le Tribunal a droit à la déférence lorsqu’il interprète le terme « obligation légale » employé à l’art. 14 (voir *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 32-34).

[28] Plus précisément, j’estime que la décision du Tribunal de tenir pour fondée la revendication particulière de la bande ne résulte pas de la résolution d’une question constitutionnelle comme dans *Dunsmuir* ou

(*Workers' Compensation Board v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504, at para. 31. Article 13 of the *Terms of Union* forms part of the historical circumstances of the fiduciary relationship between the Crown and Indigenous peoples in the Province of British Columbia. However, the fiduciary obligation alleged was not imposed or created by any particular enactment; it was a common law obligation arising from that relationship. Specific questions pertaining to whether the circumstances of the implementation of Article 13 gave rise to fiduciary obligations and what those obligations entailed do not necessarily take on the character of constitutional issues so as to be reviewable on a correctness standard. I do not consider questions about the nature of the band's Aboriginal interest in the Village Lands, and whether that interest stood to be adversely affected by exercises of discretionary power by Crown officials, to be constitutional issues.

[29] Further, and with respect for the contrary view taken by the Federal Court of Appeal to date (F.C.A. reasons, 2016 FCA 63, 396 D.L.R. (4th) 164, at para. 31; *Canada v. Kitselas First Nation*, 2014 FCA 150, 460 N.R. 185, at paras. 22-24; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada*, 2015 FCA 154, 474 N.R. 283, at paras. 20-21), the Tribunal is entitled to deference on questions of fiduciary law. I have reached this conclusion on the basis of the same considerations that inform the application of the reasonableness standard of review to a tribunal's resolution of common law questions: see *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paras. 34 and 41. It is most useful to address those considerations as part of that discussion, to which I now turn.

[30] The Tribunal's mandate is to decide issues of validity and compensation relating to specific claims: ss. 3 and 11. The Tribunal may determine any question of law or fact in relation to these matters: s. 13(1)(a).

Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504, par. 31). L'article 13 des *Conditions de l'adhésion* fait partie de la toile de fond historique de la relation fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones de la Colombie-Britannique. Or, l'obligation fiduciaire alléguée n'a été ni imposée ni créée par un texte de loi; il s'agit plutôt d'une obligation de common law issue de cette relation. La question précise de savoir si les circonstances de la mise en œuvre de l'art. 13 ont fait naître des obligations fiduciaires et celle du contenu de ces obligations ne revêtent pas forcément un caractère constitutionnel de manière à emporter l'application de la norme de la décision correcte. Selon moi, la question de la nature de l'intérêt autochtone de la bande dans les terres du village et celle de savoir si cet intérêt était susceptible d'être touché défavorablement par l'exercice du pouvoir discrétionnaire des fonctionnaires fédéraux ne revêtent pas un caractère constitutionnel.

[29] En outre, et en tout respect pour l'opinion contraire exprimée jusqu'à ce jour par la Cour d'appel fédérale (motifs de la C.A.F., 2016 CAF 63, par. 31 (CanLII); *Canada c. Première Nation de Kitselas*, 2014 CAF 150, par. 22-24 (CanLII); *Bande indienne de Lac La Ronge c. Canada*, 2015 CAF 154, par. 20-21 (CanLII)), le Tribunal a droit à la déférence sur les questions touchant au droit des fiduciaires. J'arrive à cette conclusion en m'appuyant sur les mêmes éléments que ceux considérés pour déterminer la manière dont la norme de la raisonnablement devrait s'appliquer à la décision d'un décideur administratif sur un point de common law (voir *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 34 et 41). Il est des plus pertinent de se pencher sur ces éléments dans le cadre de l'analyse qui s'impose dès lors, ce que j'entreprends maintenant.

[30] Le Tribunal a pour mandat de statuer sur le bien-fondé des revendications particulières des premières nations et sur les indemnités afférentes (art. 3 et 11 de la Loi). Il peut à cette fin trancher tout point de droit ou de fait (al. 13(1)a).

[31] The Tribunal’s mandate requires it to make determinations of law of two kinds. First, the Tribunal interprets its home statute to decide whether the grounds advanced by a First Nation relate to a legal obligation of the Crown within the meaning of s. 14. This statutory interpretation exercise defines the scope of the Tribunal’s inquiry into the nature and sources of legal obligations of the Crown whose breach or non-fulfilment may give rise to a specific claim. Second, having defined the scope of the inquiry, the Tribunal derives the particular legal obligations of the Crown in issue from legislation, treaties and the common law. The legal determinations of this second type fall outside of the Act.

[32] In reviewing legal determinations of this second type, particularly with respect to the principles of fiduciary law in issue here, a court must pay close attention to the Tribunal’s statutory mandate. This Court explained in *Nor-Man* that, in their own fields, administrative decision-makers may be entitled to “flex” common law and equitable principles and develop doctrines to respond to the distinctive nature of their tasks and the context in which they make their decisions: paras. 44-47 and 52. The extent to which they may reasonably do so depends on their statutory role and the breadth of their mandate or, put differently, “the scope of decision-making power conferred on the decision-maker by the governing legislation”: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18; *Edmonton (City)*, at para. 21; see also *Nor-Man*, at paras. 45-47; *Kovach, Re*, [1999] 1 W.W.R. 498 (B.C.C.A.), at paras. 28-31, per Donald J.A. (dissenting), rev’d 2000 SCC 3, [2000] 1 S.C.R. 55; *Alberta (Workers’ Compensation Board) v. Alberta (Appeals Commission for Workers’ Compensation)*, 2013 ABCA 412, 370 D.L.R. (4th) 118, at para. 20.

[33] To resolve the historical grievances of First Nations against the Crown, Parliament created an independent tribunal comprised of superior court judges: s. 6(2). Parliament designed the Tribunal to adjudicate specific claims “in accordance with law and in a just and timely manner”: Act, preamble. The Tribunal’s mandate expressly tethers the scope

[31] Son mandat oblige le Tribunal à tirer deux types de conclusion de droit. D’abord, il interprète sa loi habilitante pour décider si les faits invoqués par une Première nation ont trait à une obligation légale de Sa Majesté au sens de l’art. 14. Cette démarche interprétative délimite son examen de la nature et des sources des obligations légales de Sa Majesté dont la violation ou l’inexécution peut donner ouverture à une revendication particulière. Ensuite, après avoir défini la portée de son examen, le Tribunal détermine les obligations légales précises en cause de Sa Majesté à partir de la loi, des traités ou de la common law. Les conclusions de droit du second type n’ont rien à voir avec la Loi.

[32] La cour de justice appelée à contrôler la conclusion de droit du second type — surtout dans le cas des principes du droit des fiducies considérés en l’espèce — doit porter une attention particulière au mandat légal du Tribunal. Dans l’arrêt *Nor-Man*, la Cour explique que le décideur administratif peut, dans son propre domaine, « prêter » une certaine application à un principe de common law ou d’equity, de même qu’élaborer des doctrines qui tiennent compte de la nature particulière de son mandat et du contexte dans lequel il rend ses décisions (par. 44-47 et 52). La marge de manœuvre dont dispose le décideur administratif pour agir ainsi de manière raisonnable dépend du rôle que lui confère la loi et de la portée de son mandat — autrement dit, de « la portée du pouvoir décisionnel que la loi a conféré au décideur » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18; *Edmonton (Ville)*, par. 21; voir aussi *Nor-Man*, par. 45-47; *Kovach, Re*, [1999] 1 W.W.R. 498 (C.A. C.-B.), par. 28-31, le juge Donald (dissident), inf. par 2000 CSC 3, [2000] 1 R.C.S. 55; *Alberta (Workers’ Compensation Board) c. Alberta (Appeals Commission for Workers’ Compensation)*, 2013 ABCA 412, 370 D.L.R. (4th) 118, par. 20).

[33] Pour donner suite aux réclamations historiques des Premières nations visant la Couronne, le législateur a créé un tribunal indépendant composé de juges de juridictions supérieures (par. 6(2) de la Loi). Il a constitué le Tribunal en lui confiant le mandat de statuer sur les revendications particulières « [conformément à la loi], de façon équitable et dans

of its decision-making power to the applicable legal principles.

[34] The range of reasonable outcomes available to the Tribunal is therefore constrained by these principles as they are understood and applied by the courts. But since the Tribunal adjudicates historical claims, it also applies evolving judicial doctrines to historical circumstances that, by virtue of the applicable limitation periods, other judges will rarely consider: see *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372, at para. 13; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 121. The application of these doctrines requires a measure of flexibility and adaptation to map onto historical claims.

[35] Parliament intended the Tribunal to perform this “distinctive task”: Act, preamble. In my view, it did not intend to deprive the Tribunal of the basic flexibility inherent in the common law: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494, at para. 40. Instead, it gave the Tribunal the opportunity at first instance to resolve legal issues arising from the application of legal principles and doctrines to the kinds of historical claims it is particularly suited to adjudicate. The Tribunal is therefore entitled to deference in its analysis of such questions.

[36] To accord this deference, a reviewing court must “stay close to the reasons given by the [T]ribunal” and pay them “respectful attention”: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 49; *Dunsmuir*, at para. 48. The Tribunal’s reasons provide the basis for determining why it reached the decision it did and whether that decision is within the range of outcomes “defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir*, at para. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paras. 14-16; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency*

les meilleurs délais » (préambule de la Loi). Le mandat exprès du Tribunal ne lui confère un pouvoir décisionnel qu’en ce qui concerne les principes de droit applicables.

[34] Les issues raisonnables qui s’offrent au Tribunal sont donc délimitées par ces principes tels qu’ils sont compris et appliqués par les cours de justice. Or, comme le Tribunal se prononce sur des réclamations à caractère historique, il applique des doctrines judiciaires en évolution à des faits historiques qui, en raison des délais de prescription applicables, sont rarement pris en compte par les autres tribunaux (voir *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, par. 13; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 121). L’application de ces doctrines commande un certain degré de souplesse et d’adaptation pour tenir compte du caractère historique des réclamations.

[35] Le législateur a voulu que le Tribunal s’acquitte de cette fonction « de nature particulière » (préambule de la Loi). Selon moi, il n’a pas voulu priver le Tribunal de la souplesse foncièrement inhérente à la common law (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 670; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 40). Il lui permet plutôt de trancher en première instance les questions de droit liées à l’application des principes et des doctrines de droit aux réclamations de nature historique sur lesquelles il est particulièrement apte à statuer. Il y a donc lieu de déférer à l’examen de ces questions par le Tribunal.

[36] Faire preuve d’une telle déférence envers le Tribunal exige de la cour de révision qu’elle « reste près des motifs donnés par le [T]ribunal » et leur accorde une « attention respectueuse » (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 49; *Dunsmuir*, par. 48). Les motifs qu’il rédige permettent de comprendre pourquoi le Tribunal tranche comme il le fait et de décider si sa décision appartient aux issues « pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14-16;

Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paras. 89-90; *Leahy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FCA 227, [2014] 1 F.C.R. 766, at paras. 121-22. The reviewing court must start from the Tribunal's decision and ask whether it is justified based on the authorities. Other decisions of the Tribunal may also inform the reasonableness analysis: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 ("A.T.A."), at para. 56; see also *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paras. 6 (Abella J.) and 75 (Rothstein and Moldaver JJ., dissenting).

[37] The Tribunal's manner of explaining itself may strike a reviewing court as conclusory. Many of the propositions that make up its analysis, and that come under scrutiny on judicial review, could have been the subject of a lengthy analysis on their own with reference to the basic principles that govern the Crown-Aboriginal fiduciary relationship. However, to fulfil the timeliness aspect of its mandate, the Tribunal must be able to rely on reviewing courts to endeavour to make sense of its reasons by looking to the authorities on which it relied, the submissions of the parties to which it responded and the materials before it: *Newfoundland Nurses*, at paras. 17-18. Failure by reviewing courts to do so risks defeating the purpose of delegating the resolution of long standing grievances to a highly specialized group of superior court judges specifically tasked with resolving them efficiently.

[38] Finally, although specific legal questions may arise, questions about the existence and breach of a fiduciary duty — the latter requiring an assessment of what the applicable duties required of the fiduciary in the circumstances — are questions of mixed fact and law: *Shafroon v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC 6, [2009] 1 S.C.R. 157, at para. 13; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 49; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 425-26. The Tribunal

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 89-90; *Leahy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CAF 227, [2014] 1 R.C.F. 766, par. 121-122). La cour de révision doit d'abord considérer la décision du Tribunal et se demander si elle est justifiée au vu des précédents. D'autres décisions du Tribunal peuvent valoir d'être considérées dans le cadre de l'examen du caractère raisonnable : *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (« A.T.A. »), par. 56; voir aussi *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 6 (la juge Abella) et par. 75 (les juges Rothstein et Moldaver, dissidents).

[37] Le Tribunal peut sembler justifier insuffisamment sa décision aux yeux d'une cour de révision. En effet, bon nombre des composantes de son analyse qui font l'objet du contrôle judiciaire auraient pu être étayées davantage par le renvoi aux principes fondamentaux qui régissent la relation fiduciaire entre la Couronne et les Autochtones. Toutefois, afin de s'acquitter du volet de son mandat qui consiste à rendre une décision dans les meilleurs délais, le Tribunal doit pouvoir s'attendre à ce que la cour de révision déduise ce qui est nécessaire à la compréhension de ses motifs en considérant la jurisprudence invoquée, les arguments des parties auxquels il répond et les documents dont il est saisi (*Newfoundland Nurses*, par. 17-18). L'omission de la cour de révision d'agir ainsi risque d'aller à l'encontre de la raison d'être de la délégation du règlement des réclamations de longue date à une formation de juges de juridictions supérieures hautement spécialisée, chargée précisément de statuer sur ces réclamations avec efficacité.

[38] En définitive, bien qu'une question de droit précise puisse être soulevée, la question ayant trait à l'existence d'une obligation fiduciaire et au manquement à celle-ci — cette obligation commandant la détermination de ce qui est exigé du fiduciaire dans les circonstances — constitue une question mixte de fait et de droit (*Shafroon c. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 CSC 6, [2009] 1 R.C.S. 157, par. 13; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 49; *Hodgkinson c. Simms*, [1994]

will continue to develop expertise in the application of fiduciary law in the historical contexts at issue in specific claims and familiarity with the large and specialized evidentiary records involved, which may include oral history, archival materials, anthropological and historical studies and archaeological reports: Act, s. 13(1)(b). In light of these considerations, a reviewing court should exercise particular caution before interfering with a decision of the Tribunal on the basis that the facts as it has found them cannot reasonably support its conclusions about the existence and content of a fiduciary obligation: *Dunsmuir*, at para. 54.

B. *Breach of a Legal Obligation of the Crown Under Colonial Legislation Prior to British Columbia's Entry Into Confederation (Section 14(1)(b))*

[39] For two independent reasons, the Tribunal concluded that Nind's failure to take any measures to reserve the Village Lands from pre-emption amounted to "a breach of a legal obligation of the Crown under . . . other legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians": s. 14(1)(b). The Tribunal found that Nind's inaction was both a breach of a fiduciary obligation arising under *Proclamation No. 15* and a breach of its express provisions.

[40] These conclusions depended in part on the Tribunal's interpretation of s. 14(1)(b), which is not in dispute. The Tribunal found that "legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians" included *Proclamation No. 15* and that a "legal obligation . . . under . . . legislation" may include a fiduciary obligation that arises when legislation confers discretion in relation to acknowledged interests in land. The Tribunal's conclusions also depended on its interpretation of the extended meaning of "Crown" in s. 14(2), which is in dispute.

[41] The Tribunal's decision that the band had established a valid claim on the grounds of the Imperial

3 R.C.S. 377, p. 425-426). Le Tribunal continuera d'accroître son expertise dans l'application du droit des fiducies aux faits historiques particuliers allégués dans les revendications particulières et de se familiariser avec les dossiers de preuve volumineux et spécialisés propres à ces revendications, lesquels peuvent comprendre des récits oraux, des documents archivés, des études anthropologiques et historiques, ainsi que des rapports archéologiques (al. 13(1)(b) de la Loi). Au vu de ce qui précède, la cour de révision doit se garder de modifier à la légère une décision du Tribunal au motif que les faits tenus pour avérés ne sauraient raisonnablement appuyer ses conclusions sur l'existence et le contenu d'une obligation fiduciaire (*Dunsmuir*, par. 54).

B. *La violation d'une obligation légale de la Couronne découlant d'une loi coloniale avant l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération (al. 14(1)(b))*

[39] Pour deux raisons bien distinctes, le Tribunal conclut que l'omission de M. Nind de prendre des mesures pour soustraire les terres du village à la préemption équivaut à la « violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de [. . .] tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens » (al. 14(1)(b)). Il est d'avis que cette inaction constitue à la fois une violation des dispositions de la *Proclamation n° 15* et une violation d'une obligation fiduciaire découlant de celle-ci.

[40] Ces conclusions du Tribunal s'appuient en partie sur son interprétation non contestée de l'al. 14(1)(b). Selon lui, l'énoncé « texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens » vise notamment la *Proclamation n° 15*, et une « obligation légale [. . .] découlant [d'un] [. . .] texte législatif » peut s'entendre d'une obligation fiduciaire qui naît lorsque le législateur confère un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt reconnu dans des terres. Les conclusions du Tribunal ont également pour assise son interprétation — contestée, elle — du terme « Sa Majesté » dont le par. 14(2) élargit le sens.

[41] La décision du Tribunal selon laquelle la revendication de la bande est fondée eu égard à la

Crown's breach of a fiduciary obligation was based on two related findings. First, the Tribunal found that the Imperial Crown came within the extended meaning of "Crown" for the purposes of that obligation. This finding was based on the Tribunal's interpretation of s. 14(2), to which I will return after reviewing its application of fiduciary law to the circumstances in the Williams Lake area before and after British Columbia's entry into Confederation. Second, the Tribunal found that the Imperial Crown owed and breached a fiduciary obligation. This involved considering the legal requirements for the existence of a fiduciary obligation and deciding whether they were satisfied in this case.

[42] In my view, the Tribunal's resolution of these issues was reasonable, and I would restore its decision to validate the band's claim under s. 14(1)(b) based on breach of a fiduciary obligation arising under *Proclamation No. 15*. It is therefore unnecessary for me to consider the Tribunal's analysis of the breach of *Proclamation No. 15* itself. To explain why, I begin with the applicable framework for identifying and defining the fiduciary obligations of the Crown. For the most part, the Tribunal set out the relevant points of law in the course of its s. 14(1)(b) analysis, but they apply to its decision in relation to both of the grounds on which it validated the band's claim.

- (1) Framework for Determining Whether the Crown Owed, and Breached, a Fiduciary Obligation

[43] The relationship between the Crown and Indigenous peoples is fiduciary in nature, and this was so even prior to Confederation. In the Tribunal's view, it is the fiduciary relationship grounded in the assertion of Crown sovereignty in British Columbia, rather than any particular enactment, that was the source of the fiduciary obligations at issue in this case: Tribunal Reasons, 2014 SCTC 3 ("T.R."), at paras. 173, 176 and 183-86 (CanLII); see also

violation d'une obligation fiduciaire par la Couronne impériale a pour assise deux conclusions connexes. Premièrement, le Tribunal conclut que la Couronne impériale est visée par la définition élargie du terme « Sa Majesté » pour les besoins de cette obligation. Sa conclusion repose sur son interprétation du par. 14(2), ce sur quoi je reviendrai après l'examen de son application du droit des fiducies à la situation à Williams Lake avant et après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération. Deuxièmement, le Tribunal estime que la Couronne impériale avait une obligation fiduciaire et qu'elle a manqué à cette obligation. D'où son examen des conditions juridiques de l'existence d'une obligation fiduciaire et le prononcé d'une décision quant au respect de ces conditions en l'espèce.

[42] À mon sens, le Tribunal statue de manière raisonnable sur ces points, si bien que je suis d'avis de rétablir sa décision qui tient pour fondée la revendication formulée au titre de l'al. 14(1)b) et dans laquelle la bande allègue le manquement à une obligation fiduciaire découlant de la *Proclamation n° 15*. Il n'est donc pas nécessaire que je me penche sur l'analyse du Tribunal relative à la violation de la *Proclamation n° 15* comme telle. Pour expliquer ma position, je m'en remets d'abord au cadre d'analyse qui permet de déterminer et de définir les obligations fiduciaires de la Couronne. Pour l'essentiel, le Tribunal fait état des points de droit pertinents dans son analyse relative à l'al. 14(1)b), mais ces points s'appliquent aux deux dispositions en fonction desquelles il tient pour fondée la revendication de la bande.

- (1) Le cadre d'analyse permettant de décider si la Couronne avait une obligation fiduciaire et, le cas échéant, si elle a manqué à celle-ci

[43] La relation entre la Couronne et les peuples autochtones revêt un caractère fiduciaire, ce qui était déjà le cas avant la Confédération. Pour le Tribunal, la relation fiduciaire issue de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne en Colombie-Britannique, et non quelque texte législatif, est à l'origine des obligations fiduciaires considérées en l'espèce (motifs du Tribunal, 2014 TRPC 3 (« M.T. »), par. 173, 176 et 183-186 (CanLII); voir également *Wewaykum*,

Wewaykum, at paras. 78-79, citing *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1108. Since *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, the relationship from which these obligations derived — both before and after British Columbia joined Confederation (see T.R., at paras. 268-69) — has been linked with the honour of the Crown: T.R., at paras. 178-80.

[44] A fiduciary obligation may arise from the relationship between the Crown and Indigenous peoples in two ways. First, it may arise from the Crown's discretionary control over a specific or cognizable Aboriginal interest: *Manitoba Metis Federation*, at paras. 49 and 51; *Wewaykum*, at paras. 79-83; *Haida Nation*, at para. 18; T.R., at para. 180-81. Because this obligation is specific to the relationship between the Crown and Indigenous peoples, it has been characterized as a “*sui generis*” fiduciary obligation: *Wewaykum*, at para. 78; *Guerin*, at p. 385; *Sparrow*, at p. 1108. Second, a fiduciary obligation may arise where the general conditions for a private law *ad hoc* fiduciary relationship are satisfied — that is, where the Crown has undertaken to exercise its discretionary control over a legal or substantial practical interest in the best interests of the alleged beneficiary: *Manitoba Metis Federation*, at para. 50; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 36; T.R., at paras. 182 and 217.

[45] I find that the Tribunal's analysis of the Crown's *sui generis* fiduciary obligation is a sufficient basis on which to restore its decision to validate the band's specific claim. As a result, I need not comment on its application of an *ad hoc* fiduciary duty to the conduct of Crown officials under either s. 14(1)(b) or (c).

[46] A fiduciary obligation requires that the Crown's discretionary control be exercised in accordance with the standard of conduct to which equity holds a fiduciary (*Guerin*, at p. 384; *Wewaykum*, at para. 80). This is embodied, for example, in the

par. 78-79, citant *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1108). Depuis les arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, la relation dont sont issues ces obligations — tant avant qu'après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération (voir M.T., par. 268-269) — se conjugue à l'honneur de la Couronne (M.T., par. 178-180).

[44] La relation entre la Couronne et les peuples autochtones peut donner naissance à une obligation fiduciaire de deux façons. D'abord, cette obligation peut découler du pouvoir discrétionnaire de la Couronne à l'égard d'un intérêt autochtone particulier ou identifiable (*Manitoba Metis Federation*, par. 49 et 51; *Wewaykum*, par. 79-83; *Nation haïda*, par. 18; M.T., par. 180-181). S'agissant d'une obligation propre à la relation entre la Couronne et les peuples autochtones, elle est qualifiée d'obligation fiduciaire « *sui generis* » (*Wewaykum*, par. 78; *Guerin*, p. 385; *Sparrow*, p. 1108). Ensuite, une obligation fiduciaire peut également naître lorsque sont réunies les conditions générales nécessaires à l'établissement d'une relation fiduciaire *ad hoc* de droit privé, c'est-à-dire lorsque la Couronne s'est engagée à exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt juridique ou d'un intérêt pratique important dans l'intérêt du supposé bénéficiaire (*Manitoba Metis Federation*, par. 50; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 36; M.T., par. 182 et 217).

[45] J'estime que l'analyse de l'obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne à laquelle se livre le Tribunal constitue un fondement suffisant pour rétablir sa décision de tenir pour fondée la revendication particulière de la bande. Je n'ai donc pas à me prononcer sur l'application de l'obligation fiduciaire *ad hoc* aux actes des fonctionnaires suivant les al. 14(1)b) ou c).

[46] L'obligation fiduciaire exige de la Couronne qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire conformément à la norme de conduite à laquelle un fiduciaire est tenu en equity (*Guerin*, p. 384; *Wewaykum*, par. 80), ce que consacrent par exemple

fiduciary duties of loyalty, good faith and full disclosure. The standard of care to which a fiduciary is held in its pursuit of the beneficiary's interests is "that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs": *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 104 (McLachlin J., as she then was), citing *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315; *Wewaykum*, at para. 94.

[47] As Binnie J. explained in *Wewaykum* (at para. 79), "[t]he fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples." However, a fiduciary obligation exists only in relation to the specific interest at stake:

The appellants seemed at times to invoke the "fiduciary duty" as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests. In this case we are dealing with land, which has generally played a central role in aboriginal economies and cultures. Land was also the subject matter of *Ross River* ("the lands occupied by the Band"), *Blueberry River* and *Guerin* (disposition of existing reserves).

(*Wewaykum*, at para. 81; see also paras. 80-85; *Manitoba Metis Federation*, at paras. 48-51; T.R., at paras. 176-77 and 181.)

The conduct of the fiduciary that comes under scrutiny is its exercise of discretionary control over the specific or cognizable Aboriginal interest in respect of which the fiduciary obligation is owed: *Ross River Dena Council Band v. Canada*, 2002 SCC 54, [2002] 2 S.C.R. 816, at paras. 68 and 77; *Wewaykum*, at paras. 90 and 93; *Guerin*, at p. 382.

les obligations fiduciaires de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information. La norme de prudence à laquelle est astreint le fiduciaire dans la défense de l'intérêt du bénéficiaire est celle « qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires » (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 104 (la juge McLachlin, maintenant juge en chef), citant *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315; *Wewaykum*, par. 94).

[47] Comme l'explique le juge Binnie dans l'arrêt *Wewaykum* (par. 79), « [l]orsqu'elle existe, l'obligation [. . .] fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l'exercice par la Couronne de l'autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu'elle a graduellement assumés à l'égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones. » Il n'y a cependant d'obligation fiduciaire qu'en lien avec l'intérêt particulier en jeu :

Les appelantes semblent parfois invoquer cette [« obligation fiduciaire »] comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l'égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C'est aller trop loin. L'obligation [. . .] fiduciaire incombant à la Couronne n'a pas un caractère général, mais existe plutôt à l'égard de droits particuliers des Indiens. En l'espèce, ce sont des terres qui sont en jeu, et les terres jouent généralement un rôle central dans les économies et cultures autochtones. Des terres étaient également en jeu dans les affaires *Ross River* (« les terres occupées par la Bande ») et *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Guerin* (aliénation de réserves existantes).

(*Wewaykum*, par. 81; voir aussi par. 80-85; *Manitoba Metis Federation*, par. 48-51; M.T., par. 176-177 et 181.)

La conduite du fiduciaire soumise à l'examen est l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'intérêt autochtone particulier ou identifiable pour lequel il existe une obligation fiduciaire (*Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, 2002 CSC 54, [2002] 2 R.C.S. 816, par. 68 et 77; *Wewaykum*, par. 90 et 93; *Guerin*, p. 382).

[48] The Crown fulfils its fiduciary obligation by meeting the prescribed standard of conduct, not by delivering a particular result: see *Guerin*, at p. 385 and 388-89; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 57. The extent of the loss, if any, flowing from a breach of fiduciary duty engages questions of causation. Equity addresses such questions under the heading of remedy or damages once the existence and breach of a fiduciary obligation have been established: *Guerin*, at pp. 357 (Wilson J.) and 390-91 (Dickson J.); *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Hodgkinson*, at pp. 440-41; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, at paras. 48 and 58. Correspondingly, the Act assigns matters of causation and apportionment of fault to the compensation phase. It provides that compensation is to be awarded against the Crown in right of Canada only to the extent that the breach by the Crown in issue — as opposed to the acts and omissions of third parties — caused the loss: Act, s. 20(1)(i); *Kitselas* (F.C.A.), at paras. 63-67.

[49] A breach of fiduciary obligation can be found even where the beneficiary has not proven that the breach resulted in a compensable loss, or has not suffered a loss at all: *Keech v. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Lac La Ronge Band* (S.C.T.), at para. 197. By the same token, the fact that the Crown eventually procured a reserve for the band in the Williams Lake area cannot — as Canada argued, and as the Federal Court of Appeal accepted (at para. 109) — undo the earlier breach of fiduciary duty, although it may reduce the loss that can be said to have flowed from it. Here, too, the Act recognizes the distinction between finding a breach of fiduciary obligation and remedying the consequences of that breach. It does so by directing the Tribunal to deduct from the amount of compensation the value of any benefit received by the claimant in relation to the subject matter of the specific claim: s. 20(3).

[48] La Couronne s'acquitte de son obligation fiduciaire en respectant la norme de conduite prescrite, non en assurant l'obtention d'un résultat précis (voir *Guerin*, p. 385 et 388-389; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 57). L'ampleur de la perte éventuelle découlant du manquement à l'obligation fiduciaire soulève des questions de causalité. L'équité permet de trancher ces questions sous l'angle de la réparation ou de l'indemnisation une fois établies l'existence et la violation de l'obligation fiduciaire (*Guerin*, p. 357 (la juge Wilson) et p. 390-391 (le juge Dickson); *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Hodgkinson*, p. 440-441; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, par. 48 et 58). De manière concomitante, la Loi prévoit que le Tribunal statue sur la causalité et la répartition de la faute à l'étape de la détermination de l'indemnité. Elle dispose que Sa Majesté du chef du Canada ne peut se voir ordonner de verser une indemnité que dans la mesure où la perte subie résulte de la violation en cause attribuable à Sa Majesté, et non des actes et des omissions de tiers (al. 20(1)i) de la Loi; *Kitselas* (C.A.F.), par. 63-67).

[49] Il peut y avoir manquement à une obligation fiduciaire sans que le bénéficiaire ne prouve que le manquement a entraîné une perte indemnisable, ni même qu'il a subi une quelconque perte (*Keech c. Sandford* (1726), Sel. Cas. T. King 61, 25 E.R. 223; *Lac La Ronge Band* (T.R.P.), par. 197). Aussi, le fait que la Couronne a subséquemment établi une réserve pour la bande dans la région de Williams Lake ne saurait — malgré ce que prétend le Canada et ce que reconnaît la Cour d'appel fédérale (au par. 109) — effacer le manquement antérieur à l'obligation fiduciaire même s'il peut avoir pour effet de réduire la perte qui pourrait avoir découlé de ce manquement. Là encore, la Loi reconnaît la distinction entre conclure au manquement à une obligation fiduciaire et ordonner l'indemnisation du préjudice en ayant découlé. Elle enjoint en effet au Tribunal de déduire de l'indemnité accordée la valeur de tout avantage obtenu par le revendicateur en lien avec l'objet de la revendication particulière (par. 20(3)).

[50] The Tribunal has therefore considered the principles governing equitable compensation for loss flowing from a breach of fiduciary duty during the compensation phase of its proceedings: see, for example, *Popkum First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 12; *Huu-Ay-Aht First Nations v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 14. In the instant case, it signalled its intention to consider the provision of the Bates Estate as part of that analysis: T.R., at para. 343.

[51] At the validity stage, the relevant question — and the one the Tribunal asked — is whether “the Crown [has] act[ed] with reference to the Aboriginal group’s best interest in exercising discretionary control over the specific Aboriginal interest at stake”: *Haida Nation*, at para. 18 (emphasis added). The need to focus on the particular interest that is vulnerable to the fiduciary’s discretionary control is a reflection of the general principle of fiduciary law that “not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature”: *Wewaykum*, at para. 83; T.R., at para. 177.

[52] The specific or cognizable Aboriginal interest at stake must be identified with care. The fiduciary’s obligation is owed in relation to that interest, and its content will depend on “the nature and importance of the interest sought to be protected”: *Manitoba Metis Federation*, at para. 49; *Wewaykum*, at para. 86. If there is no Aboriginal interest sufficiently independent of the Crown’s executive and legislative functions to give rise to “responsibility ‘in the nature of a private law duty’”, then no fiduciary duties arise — only public law duties: see *Wewaykum*, at paras. 74 and 85; *Guerin*, at p. 385; see also D. W. Elliott, “Much Ado About Dittos: *Wewaykum* and the Fiduciary Obligation of the Crown” (2003), 29 *Queen’s L.J.* 1.

[53] Interests in reserve land (*Guerin*) and rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982 (Sparrow)* satisfy the requirement of an “independent legal interest”: *Guerin*, at p. 385. In *Manitoba Metis Federation*, on which the Tribunal relied, it was found

[50] C’est donc à l’étape de la détermination de l’indemnité que le Tribunal se penche sur les principes applicables à l’indemnisation en equity des pertes ayant découlé du manquement à l’obligation fiduciaire (voir p. ex. *Première Nation de Popkum c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 12; *Premières nations Huu-Ay-Aht c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 14). Le Tribunal précise en l’espèce son intention de tenir compte de l’octroi du domaine de Bates dans le cadre de cette analyse (M.T., par. 343).

[51] À l’étape relative au bien-fondé de la revendication, ce qu’il faut se demander — et ce que se demande d’ailleurs le Tribunal — c’est si « la Couronne [a agi] dans le meilleur intérêt du groupe autochtone lorsqu’elle [a] exerc[é] des pouvoirs discrétionnaires à l’égard des intérêts autochtones [particuliers] en jeu » (*Nation haïda*, par. 18 (je souligne)). La nécessité d’axer l’analyse sur l’intérêt particulier qui se révèle vulnérable face à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du fiduciaire découle du principe général du droit des fiducies selon lequel « les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n’ont pas toutes un caractère fiduciaire » (*Wewaykum*, par. 83; M.T., par. 177).

[52] L’intérêt autochtone particulier ou identifiable en jeu doit être circonscrit avec soin. L’obligation fiduciaire existe en fonction de cet intérêt et son contenu dépend de « la nature et [de] l’importance des intérêts à protéger » (*Manitoba Metis Federation*, par. 49; *Wewaykum*, par. 86). Lorsqu’il n’existe pas d’intérêt autochtone suffisamment indépendant des pouvoirs exécutif et législatif de l’État pour entraîner une « responsabilité “de la nature d’une obligation de droit privé” », aucune obligation fiduciaire ne naît, à l’exception d’une obligation de droit public (voir *Wewaykum*, par. 74 et 85; *Guerin*, p. 385; voir aussi D. W. Elliott, « Much Ado About Dittos : *Wewaykum* and the Fiduciary Obligation of the Crown » (2003), 29 *Queen’s L.J.* 1).

[53] Un intérêt dans une terre de réserve (*Guerin*) et un droit garanti par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982 (Sparrow)* satisfont à l’exigence d’une « existence juridique indépendante » (*Guerin*, p. 385). Dans l’arrêt *Manitoba Metis Federation*

that the children's grant in s. 31 of the *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3, fell short of establishing a specific or cognizable Aboriginal interest capable of grounding a *sui generis* fiduciary duty. It fell short because it was not held by the Métis as a collective:

... [the claimants did] not establish that the Métis held either Aboriginal title or some other Aboriginal interest in specific lands as a group. An Aboriginal interest in land giving rise to a fiduciary duty cannot be established by treaty, or, by extension, legislation. Rather, it is predicated on historic use and occupation. As Dickson J. stated in *Guerin*:

The "political trust" cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the Indian Act, or by any other executive or legislative provision. [Emphasis added; p. 379.]

(*Manitoba Metis Federation*, at para. 58 (emphasis added); see also *Elder Advocates*, at paras. 51-52.)

[54] Where the alleged interest is in land subject to the reserve creation process, the process need not have been finalized for the interest to be "cognizable": *Ross River*, at paras. 68 and 77; *Wewaykum*, at paras. 88-90; T.R., at para. 189. The Tribunal also explained that an interest in land asserted on the basis of use and occupation does not have to be an Aboriginal title: T.R., at para. 239; see also *Wewaykum*, at paras. 77, 91 and 95; *Guerin*, at p. 379; *Manitoba Metis Federation*, at para. 53.

[55] The circumstances in which a fiduciary obligation arises shape its content: *Wewaykum*, at para. 92; *Ermineskin*, at para. 72, quoting *McInerney*

invoqué par le Tribunal, la Cour conclut que la concession aux enfants prévue à l'art. 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, c. 3, n'établit pas un intérêt autochtone particulier ou identifiable susceptible de faire naître une obligation fiduciaire *sui generis*, car il ne s'agit pas d'un intérêt détenu par les Métis en tant que collectivité :

... [les demandeurs n'ont pas établi] que les Métis détenaient, en tant que groupe, un titre ancestral ou tout autre intérêt autochtone sur des terres en particulier. L'existence d'un intérêt autochtone donnant naissance à une obligation fiduciaire ne saurait être établie par un traité ou, par extension, par une loi. Un droit ancestral repose plutôt sur l'usage et l'occupation historiques. Comme l'a dit le juge Dickson dans *Guerin* :

La jurisprudence en matière de « fiducies politiques » porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d'autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d'une fiducie s'appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu'ils ont sur leurs terres est un droit, en common law, qui existait déjà et qui n'a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la Loi sur les Indiens, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. [Nous soulignons; p. 379.]

(*Manitoba Metis Federation*, par. 58 (je souligne); voir aussi *Elder Advocates*, par. 51-52.)

[54] Lorsque l'intérêt allégué a pour objet des terres visées par le processus de création de réserves, il n'est pas nécessaire que le processus soit parvenu à terme pour que l'intérêt soit « identifiable » (*Ross River*, par. 68 et 77; *Wewaykum*, par. 88-90; M.T., par. 189). Le Tribunal explique par ailleurs que point n'est besoin que l'intérêt foncier allégué sur le fondement de l'usage et l'occupation soit un titre aborigène (M.T., par. 239; voir également *Wewaykum*, par. 77, 91 et 95; *Guerin*, p. 379; *Manitoba Metis Federation*, par. 53).

[55] Les circonstances dans lesquelles naît l'obligation fiduciaire déterminent son contenu (*Wewaykum*, par. 92; *Ermineskin*, par. 72, citant *McInerney c.*

v. MacDonald, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149. The content of the Crown’s *sui generis* fiduciary duty varies to take into account its broader public obligations: *Wewaykum*, at para. 96; *Haida Nation*, at para. 18. Prior to the acquisition of a “legal interest” in land that is subject to the reserve creation process, the Crown’s *sui generis* fiduciary duty is “to act with respect to the interest of the aboriginal peoples with loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter and with ‘ordinary’ diligence in what it reasonably regard[s] as the best interest of the beneficiaries”: *Wewaykum*, at para. 97; T.R., at paras. 224 and 319. In such circumstances, though, the Crown’s fiduciary duty is limited by its obligation to “have regard to the interest of all affected parties” and to be even-handed among competing beneficiaries: *Wewaykum*, at paras. 96-97; T.R., at para. 233. Fulfilling this flexible equitable obligation entails consideration of the nature and importance of the beneficiary’s interest and competing interests; although the Crown cannot ignore the reality of conflicting demands, neither does the existence of such demands absolve it altogether of its fiduciary duty in its efforts to reconcile them fairly: *Wewaykum*, at paras. 96-97 and 103-4; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, at para. 53; T.R., at para. 339.

[56] Working within this framework for the purposes of both s. 14(1)(b) and s. 14(1)(c) (at paras. 268-69 and 315), the Tribunal found that, before and after Confederation, the Crown owed the band a *sui generis* fiduciary obligation of the type recognized by this Court in *Wewaykum* in relation to the band’s interest in the Village Lands.

(2) The Crown’s Fiduciary Obligation Before British Columbia’s Entry Into Confederation and the Breach of That Obligation Under Section 14(1)(b)

[57] The Tribunal found that the duty of ordinary prudence described in *Wewaykum* required, at a minimum, that Nind take steps to inquire into the extent

MacDonald, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149). L’obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne est modulée en fonction de ses obligations envers l’ensemble des citoyens (*Wewaykum*, par. 96; *Nation haïda*, par. 18). Avant l’acquisition d’un « intérêt en common law » sur des terres visées par le processus de création de réserves, l’obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne consiste à « faire montre de loyauté et de bonne foi, [à] communiquer l’information de façon complète, eu égard aux circonstances, et [à] agir avec la diligence “ordinaire” requise dans ce qu’elle consid[ère] raisonnablement être l’intérêt des bénéficiaires de cette obligation » (*Wewaykum*, par. 97; M.T., par. 224 et 319). Or, l’obligation fiduciaire de la Couronne est alors atténuée par son obligation de « prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées » et d’agir équitablement vis-à-vis des bénéficiaires concurrents (*Wewaykum*, par. 96-97; M.T., par. 233). L’exécution de cette obligation de faire preuve d’équité commande la prise en compte de la nature et de l’importance de l’intérêt du bénéficiaire et des intérêts concurrents. Même si la Couronne ne peut en faire abstraction, l’existence de demandes conflictuelles ne saurait la soustraire au respect de son obligation fiduciaire dans ses efforts de juste conciliation de ces demandes conflictuelles (*Wewaykum*, par. 96-97 et 103-104; *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746, par. 53; M.T., par. 339).

[56] C’est en recourant à ce cadre d’analyse pour appliquer à la fois l’al. 14(1)(b) et l’al. 14(1)(c) (aux par. 268-269 et 315) que le Tribunal conclut qu’avant et après la Confédération, la Couronne avait envers la bande, relativement à l’intérêt de cette dernière dans les terres du village, une obligation fiduciaire *sui generis* apparentée à celle que reconnaît la Cour dans *Wewaykum*.

(2) L’obligation fiduciaire de la Couronne avant l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération et la violation de cette obligation suivant l’al. 14(1)(b)

[57] Le Tribunal estime que le devoir de prudence minimale dont la Cour fait état dans l’arrêt *Wewaykum* obligeait à tout le moins M. Nind à se renseigner sur

of the band's settlement so that it could be protected, as he had been specifically instructed to do. That Nind did not take even these most basic steps put the Crown in breach of the *sui generis* fiduciary obligation it owed to the band in relation to the Village Lands: T.R., at paras. 234-35.

[58] It is not in dispute that, if the Crown owed the band a *sui generis* fiduciary obligation in relation to the Village Lands, it was in breach of that obligation. The question is whether, prior to British Columbia's entry into Confederation, such an obligation arose at all. Canada argues that the Tribunal misapprehended the applicable legal principles. It impugns the Tribunal's findings on both of the requirements that underpin a *sui generis* fiduciary obligation: whether there was a specific or cognizable Aboriginal interest; and whether, in relation to that interest, the Crown assumed discretionary control sufficient to ground a fiduciary obligation.

[59] With regard to discretionary control, Canada argues that it was unreasonable for the Tribunal to find a *sui generis* fiduciary obligation for two reasons. First, the Crown's degree of control fell short of the exclusive, trust-like arrangement at issue in *Guerin*. Second, the band was not deprived of the power to protect its own interest using the dispute resolution process contemplated in *Proclamation No. 15*.

[60] I disagree. First, it was open to the Tribunal to look, not to the particular form or extent of the Crown's discretionary power to affect the beneficiary's interest, but to the vulnerability of that interest to "the risks of [the alleged fiduciary's] misconduct or ineptitude": *Wewaykum*, at para. 80, cited in T.R., at para. 176; see also *Galambos*, at paras. 68-70 and 83-84; *Hodgkinson*, at p. 406; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 137, per Wilson J. (dissenting). Second, the Tribunal's position is consistent with La Forest J.'s observation in *Hodgkinson* that vulnerability sufficient to give rise to a fiduciary duty does not depend on the presence or absence of "some

l'étendue de l'établissement de la bande afin que celui-ci puisse être protégé, conformément aux instructions précises reçues en ce sens. Son omission de prendre ne serait-ce que ces mesures minimales a emporté la violation par la Couronne de son obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande à l'égard des terres du village (M.T., par. 234-235).

[58] Nul ne conteste que, dans la mesure où la Couronne avait envers la bande une obligation fiduciaire *sui generis* relativement aux terres du village, elle a manqué à cette obligation. La question qui se pose est de savoir si, avant l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, une telle obligation a pris naissance. Le Canada soutient que le Tribunal se méprend sur les principes juridiques applicables. Il attaque ses conclusions à partir des deux conditions de l'existence d'une obligation fiduciaire *sui generis* : l'existence d'un intérêt autochtone particulier ou identifiable et l'exercice par la Couronne à l'égard de cet intérêt d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation fiduciaire.

[59] S'agissant du pouvoir discrétionnaire, le Canada fait valoir que le Tribunal conclut déraisonnablement à l'existence d'une obligation fiduciaire *sui generis* pour deux raisons. D'abord, l'étendue du pouvoir exercé par la Couronne n'équivalait pas à l'entente exclusive apparentée à une fiducie qui était en cause dans *Guerin*. Ensuite, la bande n'a pas été dépouillée du pouvoir de protéger son propre intérêt en recourant au mécanisme de règlement des différends prévu dans la *Proclamation n° 15*.

[60] Je ne suis pas d'accord. Premièrement, il était loisible au Tribunal d'examiner non pas la nature particulière ou l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont l'exercice par la Couronne avait une incidence sur l'intérêt du bénéficiaire, mais bien la vulnérabilité de cet intérêt face « aux risques de faute et d'ineptie de la part [du fiduciaire] » (*Wewaykum*, par. 80, cité dans M.T., par. 176; voir également *Galambos*, par. 68-70 et 83-84; *Hodgkinson*, p. 406; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, p. 137, la juge Wilson (dissidente)). Deuxièmement, le point de vue du Tribunal se concilie avec les remarques du juge La Forest dans *Hodgkinson* selon lesquelles le

hypothetical ability to protect one’s self from harm”: pp. 412-13.

[61] With respect, as I will now explain, I am also of the view that the Tribunal’s determination that the band had a specific or cognizable Aboriginal interest in the Village Lands, in relation to which the Imperial Crown assumed discretionary control sufficient to ground a fiduciary obligation, was reasonable.

[62] The Tribunal found that, by *Proclamation No. 15*, the Crown had assumed discretionary control over the band’s interest in the Village Lands and that that interest was a specific or cognizable Aboriginal interest. The Tribunal’s conclusion that the Crown therefore owed a *sui generis* fiduciary obligation in relation to the band’s interest in the Village Lands depended on its resolution of the following question: Was an interest in land that would have qualified as an “Indian settlement” in the Colony of British Columbia a “specific or cognizable Aboriginal interest”, such that the Crown’s exercise of discretionary control over that interest was subject to its *sui generis* fiduciary obligation?

[63] Under colonial law and policy, “Indian settlements” were protected from pre-emption for the use and benefit of the Indians: T.R., at paras. 189-90. “Indian settlements” were to be identified based on habitual and historic use and occupation. This was to be ascertained, where necessary, by consulting with the Indians themselves: T.R., at paras. 50-51. The Tribunal applied this approach and reasonably concluded on the facts that the Village Lands would have qualified as an Indian settlement under *Proclamation No. 15* and that the colonial policy governing its implementation ought to have led to measures reserving them from pre-emption: T.R., at para. 136.

[64] The band’s specific claim pertains to the reserve creation process, but, unlike in *Ross River* or *Wewaykum*, no formal steps were ever taken to

caractère suffisant de la vulnérabilité pour faire naître une obligation fiduciaire ne tient pas à la présence ou à l’absence « d’une capacité hypothétique de se protéger contre les préjudices » (p. 412-413).

[61] Comme je l’explique ci-après, j’estime aussi en tout respect que la décision du Tribunal selon laquelle la bande avait un intérêt autochtone particulier ou identifiable dans les terres du village — intérêt à l’égard duquel la Couronne impériale a exercé un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation fiduciaire — est raisonnable.

[62] Le Tribunal estime que, par application de la *Proclamation n° 15*, la Couronne a exercé un pouvoir discrétionnaire à l’égard de l’intérêt de la bande dans les terres du village et qu’il s’agit d’un intérêt autochtone particulier ou identifiable. La conclusion du Tribunal selon laquelle la Couronne avait donc une obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande à l’égard de son intérêt dans les terres du village tient à sa réponse à la question suivante : un intérêt dans des terres qui auraient constitué un « établissement indien » dans la colonie de la Colombie-Britannique pouvait-il être un « intérêt autochtone particulier ou identifiable », de telle sorte que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne à l’égard de cet intérêt soit soumis au respect de son obligation fiduciaire *sui generis*?

[63] Les lois et les politiques coloniales protégeaient les « établissements indiens » contre la pré-emption pour l’usage et au profit des Indiens (M.T., par. 189-190). La désignation à titre d’« établissement indien » se fondait sur l’usage et l’occupation habituels et historiques, lesquels étaient déterminés après consultation des Indiens au besoin (M.T., par. 50-51). Au vu de ces données et des faits dont il a été saisi, le Tribunal conclut raisonnablement que les terres du village constituaient un établissement indien pour l’application de la *Proclamation n° 15* et que la politique coloniale de mise en œuvre de celle-ci aurait dû donner lieu à la prise de mesures de protection contre la préemption (M.T., par. 136).

[64] La revendication particulière de la bande a trait au processus de création de réserves, mais contrairement aux affaires *Ross River* et *Wewaykum*,

set apart the lands as a reserve. Indeed, the very basis of the band's specific claim is that the Village Lands ought to have been protected and that, as a consequence of the Crown's failure to meet its responsibilities as a fiduciary, they were not. Canada's position was that the Crown's fiduciary obligation stopped at the line between interests in land that *had been* provisionally set aside as a reserve, pending the steps necessary to create it, and interests in land that *ought to have been* so set aside. The corollary to Canada's position is that in these prior cases, it was the executive act of setting aside land that established a specific or cognizable Aboriginal interest.

[65] The Tribunal disagreed. It has now consistently held that *recognition* as an Aboriginal interest in land under the law and policy governing reserve creation is the defining feature of a cognizable Aboriginal interest for the purpose of identifying the fiduciary duties of Crown officials carrying out their functions within that process: T.R., at paras. 174, 189-90, 232-33 and 237-39; *Kitselas First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 SCTC 1, at paras. 8, 135 and 143 (CanLII), aff'd *Kitselas* (F.C.A.); *Lake Babine Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2015 SCTC 5, at para. 170 (CanLII); *Akisq'nuk First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCTC 3, at paras. 224-39 (CanLII). The Tribunal thus defines cognizable interests in respect of which the Crown may owe a *sui generis* fiduciary duty as encompassing acknowledged Aboriginal interests in land whose protection was provided for in legislation and policy (see *Wewaykum*, at para. 95) — whether or not Crown officials took the appropriate action to secure this protection.

[66] The Tribunal dealt with the earliest stage of the reserve creation process: the point at which Crown officials ascertained the land that was to be reserved (see *Wewaykum*, at paras. 22-24 and 97). This is an earlier stage than the one at which the

aucune démarche officielle n'a jamais été entreprise pour faire des terres en question une réserve. En effet, le fondement même de la revendication particulière de la bande réside dans le fait que les terres du village auraient dû être protégées et que, à cause de l'omission de la Couronne de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, elles ne l'ont pas été. Selon la thèse défendue par le Canada, l'obligation fiduciaire de la Couronne cessait à la ligne de démarcation entre les intérêts dans des terres qui *avaient été* provisoirement mises de côté le temps que soient prises les mesures nécessaires à la création d'une réserve et les intérêts dans des terres qui *auraient dû être* ainsi mises de côté. Cette thèse a pour corollaire que, dans ces affaires antérieures, c'est l'acte de l'exécutif consistant à mettre des terres de côté qui a établi un intérêt autochtone particulier ou identifiable.

[65] Le Tribunal ne souscrit pas à cette thèse. Jusqu'à ce jour, il a statué avec constance que la *reconnaissance* d'un intérêt autochtone dans des terres suivant les lois et les politiques sur la création de réserves constitue la caractéristique fondamentale d'un intérêt autochtone identifiable lorsqu'il s'agit de déterminer les obligations fiduciaires des fonctionnaires qui exercent leurs fonctions dans le cadre de ce processus (M.T., par. 174, 189-190, 232-233 et 237-239; *Première Nation de Kitselas c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2013 TRPC 1, par. 8, 135 et 143 (CanLII), conf. par *Kitselas* (C.A.F.); *Nation de Lake Babine c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2015 TRPC 5, par. 170 (CanLII); *Première Nation d'Akisq'nuk c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TRPC 3, par. 224-239 (CanLII)). Selon le Tribunal, l'intérêt identifiable à l'égard duquel la Couronne peut avoir une obligation fiduciaire *sui generis* comprend donc l'intérêt autochtone reconnu dans des terres dont les lois et les politiques prévoient la protection (voir *Wewaykum*, par. 95), que les fonctionnaires aient ou non pris les mesures nécessaires pour assurer cette protection.

[66] Le Tribunal se penche sur l'étape initiale du processus de création de réserves, soit celle où les fonctionnaires ont déterminé quelles terres seraient réservées (voir *Wewaykum*, par. 22-24 et 97). Il s'agit d'une étape antérieure à celle des manquements

breaches of fiduciary duty considered by this Court in *Wewaykum* were alleged to have occurred. Still, the Tribunal concluded that the Crown's fiduciary duty existed from the outset of the reserve creation process and for the duration of its exercise of discretionary control, with only the content of the duty shifting to reflect the nature of the interest at stake: paras. 267 and 314. This approach to identifying the interests in relation to which the exercise of discretionary control will attract scrutiny was premised on the nature of the interest in land that government intervention sought to preserve for the use and benefit of Indigenous peoples in the face of an influx of newcomers, not on the administrative acts and records of Crown officials. Such an approach will be reasonable provided that there was an Aboriginal interest at stake in the early stages of the reserve creation process that was sufficiently specific or cognizable for the assumption of "discretionary control in relation thereto . . . to ground a fiduciary obligation": *Wewaykum*, at para. 83.

[67] In the Tribunal's view, Indigenous peoples in the Colony of British Columbia held just such an interest in land that would have qualified as an "Indian settlement" based on use and occupation. This conclusion reflects a reasonable understanding of the kinds of Aboriginal interests capable of grounding a fiduciary obligation. It meets the requirement that the interest at stake be "specific or cognizable" in the sense that the alleged fiduciary — the Crown, acting through its colonial officials — would have been in a position to identify specific land in which Indigenous peoples had an interest, and in respect of which its duties as a fiduciary when dealing with that land were owed: *Manitoba Metis Federation*, at para. 51.

[68] The Tribunal's conclusion also meets the requirement that the interest at stake be sufficiently independent of the Crown's executive and legislative functions to "invok[e] responsibility 'in the nature of a private law duty'": *Wewaykum*, at para. 85; see paras. 52-53, above. The band's interest in the Village Lands was not created by *Proclamation No. 15* and

allégués à l'obligation fiduciaire sur lesquels la Cour s'est penchée dans l'affaire *Wewaykum*. Néanmoins, le Tribunal conclut que l'obligation fiduciaire existait dès le début du processus de création de réserves, puis pendant tout l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et que le contenu de cette obligation était le seul élément susceptible de varier pour tenir compte de l'intérêt en jeu (par. 267 et 314). Cette approche de la détermination de l'intérêt à l'égard duquel l'exercice du pouvoir discrétionnaire est soumis à un examen repose sur la nature de l'intérêt dans les terres que l'intervention gouvernementale visait à préserver pour l'usage et au profit des peuples autochtones étant donné l'afflux de nouveaux arrivants, non sur les actes et les registres administratifs des fonctionnaires. Pareille approche est raisonnable à condition que, à la première étape du processus de création de réserves, un intérêt autochtone ait été en jeu et ait revêtu un caractère suffisamment particulier ou identifiable pour que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire s'y rapportant « [ait fait] naître une obligation [. . .] fiduciaire » (*Wewaykum*, par. 83).

[67] Le Tribunal estime que les peuples autochtones de la colonie de la Colombie-Britannique détenaient un tel intérêt dans des terres qui auraient constitué un « établissement indien » sur le fondement de l'usage et de l'occupation. Sa conclusion traduit une conception raisonnable des différents intérêts autochtones susceptibles de faire naître une obligation fiduciaire. Elle satisfait à l'exigence que l'intérêt en jeu soit « particulier ou identifiable », c'est-à-dire que le fiduciaire — en l'occurrence, la Couronne agissant par l'entremise de ses fonctionnaires coloniaux — ait été en mesure de déterminer les terres particulières dans lesquelles les peuples autochtones avaient un intérêt et à l'égard desquelles elle avait des obligations en qualité de fiduciaire lorsqu'elle prenait des mesures à l'égard de ces terres (*Manitoba Metis Federation*, par. 51).

[68] Cette conclusion du Tribunal satisfait également à l'exigence que l'intérêt en jeu ait une existence suffisamment indépendante des pouvoirs exécutif et législatif pour « entraîn[er] une [obligation] "de la nature d'une obligation de droit privé" » (*Wewaykum*, par. 85; voir par. 52-53 des présents motifs). L'intérêt de la bande dans les terres du village

the orders issued to implement it. Rather, it was *recognized* by enactments and policies as an independent interest in land — described by Governor Douglas as an “equitable title” — anchored in collective use and occupation: T.R., at paras. 22, 37-38, 50, 197 and 238.

[69] To the extent that the independence of this interest falls short of that on which this Court relied in *Guerin* to distinguish the “political trust” cases, *Wewaykum* reasonably supports the Tribunal’s view that variation in the nature of the interest goes to the content of the duty rather than its existence: T.R., at paras. 233 and 267; see also Elliott, at pp. 30-31 and 36-37. It was therefore reasonable for the Tribunal to conclude that a fiduciary obligation could arise in respect of the band’s interest in the Village Lands.

[70] This alone was not sufficient to validate the band’s claim under s. 14(1)(b). The Tribunal also found that the Imperial Crown came within the extended meaning of “Crown” in s. 14(2) for the purposes of that obligation. The Tribunal’s interpretation of s. 14(2) is best understood in the context of its reasons as a whole, and specifically in light of its application of fiduciary principles in relation to the Village Lands both before and after British Columbia’s entry into Confederation. I will therefore return to this issue after considering the Tribunal’s treatment of the post-Confederation fiduciary obligation of the Crown in right of Canada.

C. *Breach of a Fiduciary Obligation of the Crown After British Columbia’s Entry Into Confederation (Section 14(1)(c))*

[71] The band’s post-Confederation claim involves the same extended federal-provincial wrangle over the creation of Indian reserves that was considered by this Court in *Wewaykum*. The Tribunal concluded that, in these circumstances, the honour of the Crown gave rise to a *sui generis* fiduciary obligation on the part of officials acting on behalf of the federal Crown and that this obligation was breached. The

n’a pas été *créé* par la *Proclamation n° 15* et les décrets pris pour sa mise en œuvre. L’intérêt allégué a plutôt été *reconnu* par des textes de loi et des politiques en tant qu’intérêt indépendant dans des terres (un intérêt dans lequel le gouverneur Douglas voit un « droit équitable ») fondé sur l’usage et l’occupation collectifs (M.T., par. 22, 37-38, 50, 197 et 238).

[69] Dans la mesure où l’indépendance de cet intérêt n’est pas celle qu’invoque la Cour dans *Guerin* pour établir une distinction avec les affaires de « fiducie politique », l’arrêt *Wewaykum* étaye raisonnablement l’opinion du Tribunal selon laquelle la différence de nature de l’intérêt a une incidence sur le contenu de l’obligation, non sur son existence (M.T., par. 233 et 267; voir également Elliott, p. 30-31 et 36-37). Le Tribunal conclut donc raisonnablement que l’intérêt de la bande dans les terres du village pouvait faire naître une obligation fiduciaire.

[70] Or, ce seul élément est insuffisant pour établir le bien-fondé de la revendication de la bande formulée en application de l’al. 14(1)(b). Le Tribunal conclut par ailleurs que la Couronne impériale est visée par le sens élargi du terme « Sa Majesté » suivant le par. 14(2) de la Loi pour les besoins de cette obligation. On comprend mieux son interprétation de ce paragraphe lorsqu’on considère ses motifs dans leur ensemble et, plus particulièrement, l’application des principes du droit des fiducies aux terres du village avant et après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération. J’y reviendrai donc après avoir examiné le sort réservé par le Tribunal à l’obligation fiduciaire de Sa Majesté du chef du Canada pour la période postconfédérative.

C. *Manquement à une obligation fiduciaire de la Couronne après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération (al. 14(1)(c))*

[71] La revendication de la bande visant la période postconfédérative s’inscrit dans le même long différend fédéral-provincial sur la création de réserves indiennes que la Cour examine dans l’arrêt *Wewaykum*. Le Tribunal conclut donc que l’honneur de la Couronne a engendré une obligation fiduciaire *sui generis* dont devaient s’acquitter les personnes agissant pour le compte de la Couronne fédérale

Tribunal observed that the Province would also have been bound by the honour of the Crown in these circumstances: T.R., at para. 337. Its analysis does not exclude the possibility that the discretionary power exercised by the provincial Crown may also have been subject to a fiduciary obligation.

[72] The Tribunal reached its conclusion that the Crown owed, and breached, a fiduciary obligation in three steps. First, it identified the specific or cognizable Aboriginal interest that was “vulnerable” to the adverse exercise of federal Crown discretion: the band’s interest in the Village Lands. Second, to determine the content of the duty, the Tribunal looked to the nature of the interest at stake. It was an interest *in the land* on which the band had had its settlement — land with which the band had a “tangible, practical and cultural connection”: T.R., at para. 342. The Crown had to fulfil the fiduciary duties described in *Wewaykum* with respect to *that land*. Third, the Tribunal found that the Crown had failed to discharge its fiduciary duty with respect to the Village Lands. Federal officials with knowledge of the circumstances surrounding the Williams Lake pre-emptions and the band’s situation did nothing to challenge the pre-emptions. When O’Reilly arrived to resolve matters in 1881, he refused to countenance any interference with the pre-emptions, at the band’s expense. This conduct, the Tribunal reasoned, fell below the standard imposed by the Crown’s fiduciary duty: paras. 327-40.

[73] The Tribunal did not find that the Crown owed the band a fiduciary duty “at large”. The interest that grounded the Crown’s fiduciary duty was more specific: it was an interest *in the Village Lands*. Therefore, in determining whether the Crown had discharged its fiduciary duty, the Tribunal was required to consider the Crown’s actions (and omissions) in relation to that land — not in relation to other land or to the band’s best interest in general. The Tribunal identified the allotment of the Village Lands as a reserve as being in the band’s best interest

et qu’il y a eu manquement à cette obligation. Il fait remarquer que la province aurait également été liée par l’honneur de la Couronne (M.T., par. 337). Dans son analyse, il n’écarte pas la possibilité que le pouvoir discrétionnaire exercé par la Couronne provinciale ait pu aussi être soumis au respect d’une obligation fiduciaire.

[72] Le Tribunal parvient à sa conclusion que la Couronne avait une obligation fiduciaire et qu’elle l’a violée à l’issue d’une démarche en trois étapes. Premièrement, il détermine l’intérêt autochtone particulier ou identifiable qui était « vulnérable » face à l’exercice défavorable du pouvoir discrétionnaire de la Couronne fédérale, soit l’intérêt de la bande dans les terres du village. Deuxièmement, pour déterminer le contenu de l’obligation en cause, il se penche sur la nature de l’intérêt en jeu. Il s’agit d’un intérêt *dans les terres* sur lesquelles se trouvait l’établissement de la bande, des terres avec lesquelles elle avait « un lien tangible, pratique et culturel » (M.T., par. 342). La Couronne se devait de s’acquitter des obligations fiduciaires énoncées dans l’arrêt *Wewaykum* à l’égard de *ces terres*. Troisièmement, le Tribunal conclut que la Couronne a omis de s’acquitter de son obligation fiduciaire à l’égard des terres du village. Les fonctionnaires fédéraux qui connaissaient les circonstances du recours à la préemption à Williams Lake et la situation dans laquelle se trouvait la bande n’ont rien fait pour contester les préemptions. Arrivé en 1881 pour régler le problème, M. O’Reilly a refusé d’envisager l’annulation des préemptions, et ce, au détriment de la bande. Pour le Tribunal, cette attitude n’a pas satisfait à la norme dont l’obligation fiduciaire de la Couronne commandait le respect (par. 327-340).

[73] Le Tribunal ne conclut pas que la Couronne avait envers la bande une obligation fiduciaire « de caractère général ». L’intérêt qui formait l’assise de cette obligation était plus précis : il s’agissait d’un intérêt *dans les terres du village*. Dès lors, pour décider si la Couronne s’est acquittée de son obligation fiduciaire, le Tribunal devait se pencher sur ses actes (et ses omissions) à l’égard de ces terres, et non pas concernant d’autres terres ou l’intérêt de la bande en général. Il considère que l’attribution des terres du village à titre de réserve aurait été dans l’intérêt de

as beneficiary. In so finding, the Tribunal was not saying that the band was entitled to the allotment of the Village Lands as a reserve. Nor was it saying that the federal Crown was duty-bound to deliver that result. It found that the band, as beneficiary, was entitled to expect the Crown to act with a view to its best interest when exercising discretionary power that would affect the preservation of its interest in the Village Lands. The Tribunal concluded that the Crown had breached its fiduciary duty because of the manner in which its officials conducted themselves by failing to take any available measures to secure the beneficiary's interest and by improperly giving priority to the wrongful pre-emptions. The Tribunal took issue with the *process* by which the Crown resolved the conflicting interests, not the *result* at which it arrived.

[74] As I explain below, the Tribunal's conclusion was reasonable. I will discuss each step in the Tribunal's analysis to explain why this is the case.

(1) The Crown's Fiduciary Obligation After British Columbia's Entry Into Confederation

[75] The Tribunal relied on *Wewaykum* for the proposition that, after British Columbia's entry into Confederation, the discretion of the Crown in right of Canada in relation to Aboriginal land interests in British Columbia flowed from its position as the exclusive intermediary with the Province in relation to those interests for the purposes of the reserve creation process: *Wewaykum*, at paras. 89-91, 93 and 97; *Kitselas* (F.C.A.), at para. 67; T.R., at paras. 317-18.

[76] The Tribunal openly acknowledged that Canada's discretionary power was limited by the need for provincial cooperation and that Canada could not unilaterally create a reserve: paras. 258, 263 and 326; see also *Kitselas* (S.C.T.), at para. 146; *Akisiq'nuk* (S.C.T.), at para. 240. But it was open to the Tribunal to find that a fiduciary obligation arose in the absence of complete or exclusive control, provided that the federal Crown's position as exclusive intermediary conferred a degree of control that left a cognizable

la bande *en qualité de bénéficiaire*. En tirant cette conclusion, il ne dit pas que la bande avait droit à l'attribution des terres du village à titre de réserve, ni que la Couronne fédérale avait l'obligation d'atteindre ce résultat. Il affirme que la bande, en tant que bénéficiaire, était en droit de s'attendre à ce que la Couronne agisse dans son intérêt au moment d'exercer un pouvoir discrétionnaire qui touchait la protection de son intérêt dans les terres du village. Le Tribunal conclut que la Couronne a manqué à son obligation fiduciaire à cause de la manière dont ses fonctionnaires se sont conduits — leur omission de prendre les mesures possibles pour protéger l'intérêt du bénéficiaire — et ont favorisé à tort les auteurs de préemptions irrégulières. Il remet en question le *processus* par lequel la Couronne a résolu le conflit d'intérêts, et non le *résultat* obtenu.

[74] Comme je l'explique plus loin, il s'agit d'une conclusion raisonnable. Je vais décortiquer maintenant l'analyse du Tribunal pour bien montrer que tel est le cas.

(1) L'obligation fiduciaire de la Couronne après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération

[75] Le Tribunal s'appuie sur l'arrêt *Wewaykum* pour affirmer que, après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, le pouvoir discrétionnaire de Sa Majesté du chef du Canada à l'égard des intérêts autochtones dans des terres de la province découlait de sa qualité d'intermédiaire exclusif auprès de la province relativement à ces intérêts, pour les besoins du processus de création de réserves (*Wewaykum*, par. 89-91, 93 et 97; *Kitselas* (C.A.F.), par. 67; M.T., par. 317-318).

[76] Le Tribunal reconnaît expressément que le Canada a vu l'exercice de son pouvoir discrétionnaire restreint par la nécessité d'obtenir la collaboration de la province et qu'il ne pouvait créer unilatéralement une réserve (par. 258, 263 et 326; voir aussi *Kitselas* (T.R.P.), par. 146; *Akisiq'nuk* (T.R.P.), par. 240). Or, il lui était loisible de statuer qu'une obligation fiduciaire avait vu le jour malgré l'absence d'un pouvoir total ou exclusif dans la mesure où la situation de la Couronne fédérale en tant qu'intermédiaire exclusif

Aboriginal land interest “vulnerable” to the adverse exercise of its discretion: see para. 60, above.

[77] As Cromwell J. observed in *Galambos* (at para. 84), the nature of the discretion or power in the hands of the alleged fiduciary that will suffice to attract a fiduciary obligation may be controversial in some cases. To the extent that the power wielded by officials acting on behalf of the federal Crown at the earliest stages of the reserve creation process in British Columbia gives rise to any such controversy, the Tribunal has resolved it in a manner that aligns with general principles of fiduciary law. The essential requirement is that the alleged fiduciary have scope for the exercise of some discretion or power to affect the beneficiary’s interests; this is the discretion or power that is restricted by the fiduciary obligation: *Frame*, at p. 136. It is also the discretion or power whose misuse the band must still prove resulted in a compensable loss. The extent to which the claimed loss is attributable to Canada’s breach, as opposed to provincial intransigence, raises questions of causation that the Tribunal has not yet had the opportunity to consider.

[78] To find a *sui generis* fiduciary obligation in relation to the Village Lands after Confederation, the only further question the Tribunal had to resolve was whether the band held an interest in the Village Lands capable of grounding one.

[79] The Tribunal reviewed the reserve creation policy implemented by federal officials under Article 13 of the *Terms of Union*. It concluded that, as under the Colony’s policy, proposed reserves were to be identified and surveyed on the basis of use and occupation, to be ascertained by the Indian Reserve Commissioners in consultation with the affected Nation: paras. 237, 279-92, 300 and 308-9; see also *Wewaykum*, at paras. 24 and 65.

lui avait conféré un pouvoir dont l’étendue laissait un intérêt autochtone identifiable dans des terres « vulnérable » face à l’exercice défavorable de ce pouvoir (voir par. 60 des présents motifs).

[77] Comme le fait observer le juge Cromwell dans *Galambos* (par. 84), la nature du pouvoir discrétionnaire dont serait investi le fiduciaire et qui suffirait à faire naître une obligation fiduciaire peut parfois être controversée. Dans la mesure où le pouvoir exercé par des fonctionnaires agissant pour le compte de la Couronne fédérale aux premiers stades du processus de création de réserves en Colombie-Britannique est sujet à pareil débat, le Tribunal tranche celui-ci de manière conforme aux principes généraux du droit des fiducies. Essentiellement, le fiduciaire devait disposer de la latitude voulue pour exercer un certain pouvoir discrétionnaire touchant l’intérêt du bénéficiaire, soit le pouvoir discrétionnaire dont la portée est atténuée par le respect de l’obligation fiduciaire (*Frame*, p. 136). Il s’agit également du pouvoir discrétionnaire dont la bande doit prouver que l’exercice inadéquat a causé la perte indemnisable. La part de responsabilité du Canada dans la perte alléguée, par opposition à l’intransigence des autorités provinciales, soulève des questions de causalité que le Tribunal n’a pas encore eu la possibilité d’examiner.

[78] Pour conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire *sui generis* à l’égard des terres du village après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération, le Tribunal devait seulement décider en plus si la bande détenait un intérêt dans les terres du village susceptible de faire naître une telle obligation.

[79] Le Tribunal examine la politique de création de réserves que les fonctionnaires fédéraux ont mis en œuvre au titre de l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion*. Il conclut que, comme le prévoyait la politique coloniale, les commissaires ont délimité et arpenté les réserves proposées en fonction de l’usage et de l’occupation, lesquels étaient établis par voie de consultation de la nation concernée (par. 237, 279-292, 300 et 308-309; voir aussi *Wewaykum*, par. 24 et 65).

[80] The Tribunal’s approach to these circumstances has been to ground the Crown’s fiduciary duty in interests in land “capable of being known or recognized”: *Lake Babine*, at para. 172, quoting *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *sub verbo* “cognizable”. The Tribunal found that the band’s use and occupation of the Village Lands had established a form of Aboriginal interest in land that would have been — and was — apparent as such to the officials charged with implementing the policy: para. 237. The band’s interest was therefore sufficient for the exercise of discretion by federal officials to be subject to the Crown’s fiduciary duty: T.R., at para. 317; see also *Kitselas* (S.C.T.), at paras. 153-55, *aff’d Kitselas* (F.C.A.), at paras. 49, 52-54 and 67; *Akisk’nuk*, at paras. 231-38; *Lake Babine*, at para. 170.

[81] The interest at stake was “cognizable”, on the Tribunal’s approach, because Crown officials were in a position to know of an Aboriginal land interest and of their discretionary power to affect it as they “carr[ie]d out various functions imposed by statute or undertaken pursuant to federal-provincial agreements”: *Wewaykum*, at para. 91. The interest at stake also reasonably met the requirement of an independent legal entitlement. The band’s collective Aboriginal interest in the land it had habitually and historically used and occupied at the time decisions about reserve creation were being made, though *recognized* in legislation and policy, had not been created by executive or legislative action.

[82] Next, the Tribunal characterized the nature and importance of that interest. By nature, it was akin to a property interest — that is, an interest *in the land* on which the band had had its settlement: T.R., at para. 321. In *Ross River* and *Wewaykum*, the interests to which the Crown’s fiduciary duty in the reserve creation process attached were interests in land: *Ross River*, at paras. 68 and 77; *Wewaykum*, at paras. 93 and 97. The question before the Tribunal was whether the interest in land flowed from the administrative act of provisionally allocating a reserve or from the collective use and occupation of the land.

[80] Dès lors, pour le Tribunal, l’obligation fiduciaire de la Couronne naît d’un intérêt foncier [TRADUCTION] « qui peut être identifié ou reconnu » (*Lake Babine*, par. 172, citant le *Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014)), sous l’entrée « *cognizable* » (en français, « identifiable »). Il estime que l’usage et l’occupation des terres du village par la bande établissaient une sorte d’intérêt autochtone dans des terres qui aurait été évident — et qui l’a été — pour les fonctionnaires chargés de l’application de la politique (par. 237). La bande avait donc un intérêt suffisant pour que l’exercice du pouvoir discrétionnaire par les fonctionnaires fédéraux soit assujéti au respect de l’obligation fiduciaire de la Couronne (M.T., par. 317; voir aussi *Kitselas* (T.R.P.), par. 153-155, *conf. par Kitselas* (C.A.F.), par. 49, 52-54 et 67; *Akisk’nuk*, par. 231-238; *Lake Babine*, par. 170).

[81] Selon le Tribunal, l’intérêt en jeu était « identifiable » parce que les fonctionnaires étaient en mesure de connaître l’existence de l’intérêt autochtone dans les terres et du pouvoir discrétionnaire qui leur permettait de toucher cet intérêt lorsqu’ils « s’acquittai[en]t de diverses fonctions qui [leur] incombaient aux termes de la Loi ou d’accords fédéraux-provinciaux » (*Wewaykum*, par. 91). L’intérêt en jeu satisfaisait aussi raisonnablement à l’exigence d’un intérêt juridique indépendant. L’intérêt autochtone que détenait collectivement la bande dans les terres qu’elle utilisait et occupait habituellement et historiquement lorsqu’ont été prises les décisions relatives à la création de réserves, même s’il était *reconnu* dans la loi et dans la politique, n’était pas issu de l’exercice du pouvoir exécutif ou législatif.

[82] Le Tribunal précise ensuite la nature et l’importance de cet intérêt : il s’apparente à un intérêt de propriété, soit un intérêt *dans les terres* sur lesquelles se trouvait l’établissement de la bande (M.T., par. 321). Dans les affaires *Ross River* et *Wewaykum*, l’intérêt à l’égard duquel la Couronne avait une obligation fiduciaire pour la création de réserves était l’intérêt dans des terres (*Ross River*, par. 68 et 77; *Wewaykum*, par. 93 et 97). En l’espèce, le Tribunal était appelé à décider si l’intérêt dans les terres découlait de l’acte administratif d’attribuer provisoirement une réserve ou de l’usage et de l’occupation

In light of the emphasis on land in those cases, as well as the principles in *Guerin* and *Manitoba Metis Federation*, the Tribunal reasonably found that the band's interest was anchored in the latter and that the subject matter of the fiduciary obligation was not a general interest in obtaining a reserve.

[83] As for the importance of the interest asserted, the Tribunal noted that it was an interest in the land from which the band had sustained itself, to which it had a “tangible, practical and cultural connection” and that formed part of its traditional territory: paras. 267, 317 and 342. The Tribunal compared these circumstances to those in *Wewaykum*, where the bands had no prior interest in the land in issue. Indeed, as relative newcomers, they had no greater interest than the settlers with whom they came into conflict: *Wewaykum*, at paras. 95-96. The Tribunal tailored the content of Canada's fiduciary duty to the strength of the band's interest in the Village Lands. This reflects a reasonable understanding of the relationship between the interest at stake and the content of the duty. It was open to the Tribunal to consider the differences between the band's interest in the Village Lands and other interests previously recognized by this Court at the stage of determining the duty's content.

[84] My colleague Justice Brown and I part company over whether it was reasonable for the Tribunal to identify the specific Aboriginal interest at stake, in relation to which the Crown's duties as fiduciary were owed, as the band's interest in the Village Lands: Brown J.'s reasons, at para. 175. The basis for Justice Brown's objection is that the words “policy as liberal” are to be interpreted flexibly such that Article 13 obliged Canada only to meet a benchmark of liberality, combined with the need to accord the Crown a measure of latitude in reconciling competing interests during the reserve creation process: *Wewaykum*, at paras. 96-97; see also *Jack v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 294.

[85] I gather that, in Justice Brown's view, the Tribunal ought to have characterized the subject matter of the Crown's duty more broadly: the Crown

collectifs de ces terres. Vu l'accent mis sur les terres dans ces arrêts, de même que les principes dégagés dans *Guerin* et *Manitoba Metis Federation*, le Tribunal conclut raisonnablement que l'intérêt de la bande prend appui sur l'usage et l'occupation collectifs et que l'objet de l'obligation fiduciaire n'est pas un intérêt général dans l'obtention d'une réserve.

[83] En ce qui concerne l'importance de l'intérêt revendiqué, le Tribunal indique qu'il vise les terres dont la bande tirait sa subsistance, avec lesquelles elle avait un « lien tangible, pratique et culturel » et qui faisaient partie de son territoire traditionnel (par. 267, 317 et 342). Il compare cette situation à celle considérée dans l'affaire *Wewaykum*, où les bandes n'avaient pas d'intérêt préalable dans les terres en cause. En effet, leur arrivée étant relativement récente, leur intérêt n'était pas plus grand que celui des colons auxquels elles s'opposaient (*Wewaykum*, par. 95-96). Le Tribunal adapte donc le contenu de l'obligation fiduciaire du Canada à la fermeté de l'intérêt de la bande dans les terres du village. Sa démarche traduit une interprétation raisonnable du rapport entre l'intérêt en jeu et le contenu de l'obligation. Il lui était loisible de tenir compte des différences entre l'intérêt de la bande dans les terres du village et les autres intérêts préalablement reconnus par la Cour au moment de déterminer le contenu de l'obligation.

[84] Mon collègue le juge Brown et moi différons d'opinion sur la question de savoir s'il est raisonnable que le Tribunal considère que l'intérêt autochtone particulier en jeu (et relativement auquel la Couronne avait des obligations fiduciaires) est l'intérêt de la bande dans les terres du village (motifs du juge Brown, par. 175). Mon collègue fait valoir que les mots « ligne de conduite aussi libérale » doivent être interprétés avec souplesse de sorte que l'art. 13 contraigne seulement le Canada à se montrer libéral, ce qui s'ajoute à la nécessité de reconnaître à la Couronne une certaine latitude pour la conciliation d'intérêts concurrents dans le cadre du processus de création de réserves (*Wewaykum*, par. 96-97; voir aussi *Jack c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 294).

[85] Je comprends que, pour le juge Brown, le Tribunal aurait dû définir l'objet de l'obligation fiduciaire de la Couronne de manière plus générale :

had a duty to create a reserve in a manner and place that were consistent with a general assessment of the band's best interests. Perhaps the Tribunal could have reconciled this characterization of the underlying interest with the principle that the interest at stake must not be created by either executive or legislative action. However, the question on judicial review is not whether it was open to the Tribunal to identify and characterize the interest at stake differently. The question is whether the approach the Tribunal adopted was reasonable.

[86] Justice Brown suggests that it was not. The need for flexibility forecloses both the Tribunal's identification of an Aboriginal interest in specific lands as the subject matter of the Crown's fiduciary duty and its resulting determination that the "best interest" of the band as *beneficiary* lay in the preservation of that interest through its allotment as a reserve.

[87] I respectfully disagree with the suggestion that the Tribunal did an end-run around this Court's jurisprudence and the distribution of powers and responsibilities under the *Terms of Union* when it found that the band had a cognizable Aboriginal interest in the Village Lands and defined Canada's fiduciary obligation in relation to that interest. I appreciate Justice Brown's concern that Canada should not be obliged to carry out a policy it never committed itself to carry out. However, I stress that neither Canada's constitutional obligation to create reserves according to a particular policy, nor the Province's obligation to convey land for that purpose, is before us. The question is not whether the band was entitled to the allotment of the Village Lands as a reserve — either under the *Terms of Union* or as a consequence of Canada's fiduciary obligation. The breach of fiduciary obligation at issue in this appeal is not Canada's failure to deliver that particular result: Brown J.'s reasons, at para. 169.

[88] The question before us concerns the Crown's common law fiduciary duties, which the Tribunal found to arise out of its relationship with the band.

elle avait l'obligation de créer une réserve selon des modalités et à un endroit qui se conciliaient avec une appréciation générale de l'intérêt de la bande. Le Tribunal aurait peut-être pu concilier cette définition de l'intérêt sous-jacent avec le principe voulant que l'intérêt en jeu ne doive pas être issu de l'exercice du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif. Or, l'objet du contrôle judiciaire n'est pas de savoir si le Tribunal est admis à déterminer et à définir l'intérêt en jeu de manière différente, mais bien si son approche est raisonnable.

[86] Le juge Brown indique que tel n'est pas le cas. La souplesse nécessaire fait obstacle tant à la détermination par le Tribunal d'un intérêt autochtone dans des terres en particulier qui constitue l'objet de l'obligation fiduciaire de la Couronne qu'à la détermination qui s'ensuit de ce qui est « dans l'intérêt » de la bande en tant que *bénéficiaire*, à savoir la protection de cet intérêt par l'attribution des terres à titre de réserve.

[87] Je m'inscris respectueusement en faux contre l'idée que le Tribunal contourne la jurisprudence de la Cour et la répartition des pouvoirs et des obligations issue des *Conditions de l'adhésion* lorsqu'il conclut que la bande avait un intérêt autochtone identifiable dans les terres du village et qu'il définit l'obligation fiduciaire du Canada en fonction de cet intérêt. Je conviens volontiers avec le juge Brown que le Canada ne devrait pas être tenu d'appliquer une politique qu'il ne s'est jamais engagé à mettre en œuvre. Cependant, je souligne que ni l'obligation constitutionnelle du Canada de créer des réserves conformément à une politique donnée, ni l'obligation de la province de céder des terres à cette fin ne font l'objet du pourvoi. La question n'est pas de savoir si la bande avait le droit de se voir attribuer les terres du village à titre de réserve, que ce soit suivant les *Conditions de l'adhésion* ou en raison de l'obligation fiduciaire du Canada. La violation de l'obligation fiduciaire qui fait l'objet du pourvoi n'est pas l'omission du Canada d'arriver à ce résultat précis (motifs du juge Brown, par. 169).

[88] Ce sur quoi il nous faut statuer ce sont les obligations fiduciaires de la Couronne en common law, des obligations qui, selon le Tribunal, tirent leur

Officials were obliged to ensure that their actions, decisions and judgments that would affect the band's interest met "the ethical standards required of a fiduciary in the context of the Crown and Aboriginal peoples": *Wewaykum*, at para. 80. The relevant breach here is the failure of Crown officials to meet the applicable standard of conduct in exercising their discretionary power to affect the beneficiary's interest. I agree with Justice Brown that the assessment of the fiduciary's conduct and decisions must take into account the Crown's competing obligations. However, in *Wewaykum*, this Court indicated that flexibility is to be given effect in determining the *content* of the Crown's fiduciary obligation, not in identifying the beneficiary's interest in relation to which it is owed: *Haida Nation*, at para. 18.

[89] The band either had a "cognizable" interest in the Village Lands, over which the Crown had discretionary control, or it did not. If it did, then the Crown was obliged to meet the prescribed fiduciary standard of conduct *in relation to that interest* — not some other interest. It is certainly true that, prior to reserve creation, the Crown's actions may need to take account of competing interests in relation to the land. But if we accept that the Tribunal reasonably identified the interest at stake as an interest in specific land, a reviewing court cannot intervene on the basis that the band's best interest lay in the allocation of a reserve elsewhere. To do so would disregard the nature and importance of the specific interest the Tribunal identified at the first step of its analysis.

(2) The Content of the Crown's Fiduciary Obligation and the Breach of That Obligation

[90] To determine what the content of the Crown's fiduciary obligation was and whether it was breached, the Tribunal considered all of the circumstances, including by: (1) identifying the band's "best interest", not writ large, but as beneficiary of a fiduciary duty

origine de la relation de la Couronne avec la bande. Les fonctionnaires devaient faire en sorte que leurs actes, leurs décisions et l'exercice de leur jugement qui touchaient l'intérêt de la bande satisfassent aux « normes éthiques que doit respecter un fiduciaire dans le contexte des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones » (*Wewaykum*, par. 80). En l'espèce, la violation consiste dans l'omission des fonctionnaires de respecter la norme de conduite applicable à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire touchant l'intérêt du bénéficiaire. Je conviens avec le juge Brown que l'appréciation de la conduite et des décisions du fiduciaire doit prendre en considération les obligations concurrentes de la Couronne. Toutefois, dans *Wewaykum*, la Cour dit que la souplesse s'impose pour déterminer le *contenu* de l'obligation fiduciaire de la Couronne, non pour déterminer l'intérêt du bénéficiaire en fonction duquel la Couronne doit s'acquitter de cette obligation (*Nation haïda*, par. 18).

[89] Soit la bande avait un intérêt « identifiable » dans les terres du village, à l'égard duquel la Couronne exerçait un pouvoir discrétionnaire, soit elle n'en avait pas. Si elle avait un tel intérêt, la Couronne était alors tenue de respecter la norme de conduite applicable au fiduciaire *relativement à cet intérêt*, et non un autre. Avant la création de réserves, la Couronne pouvait sans conteste tenir compte, dans l'accomplissement de ses actes, d'intérêts concurrents relatifs aux terres. Or, à supposer que le Tribunal considère raisonnablement que l'intérêt en jeu correspond à un intérêt dans des terres précises, la cour de révision ne peut intervenir au motif qu'il était dans l'intérêt de la bande de se voir attribuer une réserve ailleurs. Intervenir équivaudrait à faire fi de la nature et de l'importance de l'intérêt précis que le Tribunal a déterminé à la première étape de son analyse.

(2) Le contenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne et la violation de cette obligation

[90] Pour déterminer le contenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne et décider de sa violation ou de sa non-violation, le Tribunal considère toutes les circonstances, ce qui comprend (1) ce qui est « dans l'intérêt » de la bande, non pas en général,

owed in relation to an Aboriginal interest in specific lands (T.R., at paras. 320-21); (2) considering the conflicting interests that stood to be adversely affected by the pursuit of the beneficiary's best interest (the unlawful pre-emptions) (T.R., at paras. 327, 331 and 338-39); and (3) ascertaining whether the Crown as fiduciary acted with reference to the beneficiary's best interest, reasonably reconciled with its public obligations (T.R., at para. 339; *Wewaykum*, at paras. 96-97).

[91] In my view, the Tribunal's findings on each of these points provide a reasonable basis for concluding that the inaction of Crown officials prior to 1881 and the judgment O'Reilly displayed when he eventually allotted a reserve to the band elsewhere fell short of fulfilling the Crown's fiduciary obligation. As I will now explain, the suggestions that have been raised to the contrary fail to show the Tribunal appropriate deference.

[92] First, I note Justice Brown's suggestion that the Tribunal unreasonably required Canada to "have exhausted all avenues — whether they really existed or not — of securing the Village Lands as a reserve": para. 173. The lengths to which federal officials were duty-bound to go in an effort to have the pre-emptions set aside is a heavily fact-based inquiry. With respect, reweighing the evidence to fill in gaps in the Tribunal's analysis by imputing this position to it is not in keeping with an attitude of "respectful attention".

[93] Second, and more fundamentally, the Tribunal's assessment of the Crown's conduct is impugned on the grounds that it was premised on an unsubstantiated view of the band's best interest — one that was unreasonably divorced from the band's own view of its interests at the time, the reality of uncooperative provincial officials and the band's urgent need for arable land. If not for this flawed starting premise, it is suggested, the Tribunal would have had to consider O'Reilly's allocation of the Bates Estate

mais à titre de bénéficiaire d'une obligation fiduciaire liée à un intérêt autochtone dans des terres précises (M.T., par. 320-321), (2) les intérêts conflictuels susceptibles d'être touchés défavorablement par la recherche de l'intérêt du bénéficiaire (les préemptions illégales) (M.T., par. 327, 331 et 338-339) et (3) la question de savoir si, en tant que fiduciaire, la Couronne a agi en tenant compte de l'intérêt du bénéficiaire après conciliation raisonnable de celui-ci avec ses obligations envers la population en général (M.T., par. 339; *Wewaykum*, par. 96-97).

[91] À mon sens, les conclusions du Tribunal sur chacun de ces points offrent une assise raisonnable pour décider que l'inaction des fonctionnaires jusqu'en 1881 et le jugement exercé par M. O'Reilly lorsqu'il a ultérieurement attribué d'autres terres à la bande ont constitué des manquements à l'obligation fiduciaire de la Couronne. Comme je l'explique ci-après, les prétentions formulées à l'effet contraire témoignent de l'absence de la déférence à laquelle a droit le Tribunal.

[92] D'abord, je relève l'affirmation du juge Brown selon laquelle le Tribunal exigerait déraisonnablement que le Canada ait « emprunt[é] toutes les avenues envisageables — qu'elles aient véritablement existé ou non — pour faire en sorte que les terres du village deviennent une réserve » (par. 173). L'étendue des efforts requis des fonctionnaires fédéraux pour faire annuler les préemptions dépend en grande partie de l'appréciation ou de l'interprétation des faits. En tout respect, soulever à nouveau la preuve afin de combler les lacunes de l'analyse du Tribunal en lui attribuant un tel point de vue n'est pas conforme à la manifestation d'une « attention respectueuse ».

[93] Ensuite, plus fondamentalement, on reproche à l'appréciation que fait le Tribunal des actes de la Couronne de reposer sur une perception non étayée de ce qui était dans l'intérêt de la bande, une perception déraisonnablement dissociée de la perception de son intérêt par la bande elle-même à l'époque, de la réticence des fonctionnaires provinciaux et du besoin urgent de terres arables pour la bande. N'eût été ce postulat lacunaire, fait-on valoir, le Tribunal n'aurait eu d'autre choix que de tenir compte de

to the band in 1881, as well as other measures taken in accordance with the band's wishes, to determine whether the Crown had discharged its fiduciary obligation: Brown J.'s reasons, at paras. 176-77. Had it done so, it would have found that Canada, in its dealings with the band relating to the Village Lands, met the required standard of fiduciary conduct by any reasonable measure.

[94] These criticisms of the Tribunal's decision share a common starting point: that the focus of the Tribunal's assessment should have been the band's best interest writ large. Regardless of the validity of such an approach, the Tribunal saw the matter differently: the "subject matter" of the fiduciary obligation was a specific type of interest (an interest in land based on use and occupation) in specific land (the Village Lands).

[95] In the Tribunal's view, the band was the beneficiary of a fiduciary obligation owed in respect of an interest in land. As stated above, for the purpose of applying the fiduciary duties described in *Wewaykum* to these circumstances, the Tribunal had to identify the band's best interest, not writ large, but as beneficiary of a fiduciary obligation owed in relation to a specific interest in the Village Lands. That is precisely what it did. This explains why the proposition that the best interest of the band lay in the allotment of those lands as a reserve was not a "bald statement": F.C.A. reasons, at para. 99; see also Brown J.'s reasons, at para. 168. That characterization implies that the Tribunal made a factual assessment without any evidentiary basis.

[96] On the contrary, the Tribunal's proposition that the band's best interest lay in the allotment of the Village Lands as a reserve was one step in its legal analysis — a corollary of its determination that the interest at stake was in the Village Lands specifically, not in the provision of a reserve generally. In other words, it followed from the Tribunal's finding that the band had an interest in land that was vulnerable to the exercise of a discretion that, if used improperly, would result in a grant of fee simple title overtaking

l'attribution à la bande par M. O'Reilly du domaine de Bates en 1881, ainsi que d'autres mesures prises selon les vœux exprimés par la bande, pour décider si la Couronne s'était acquittée ou non de son obligation fiduciaire (motifs du juge Brown, par. 176-177). L'eût-il fait, il aurait estimé que, dans ses interactions avec la bande au sujet des terres du village, le Canada avait satisfait à la norme de conduite à laquelle un fiduciaire est tenu selon toute mesure raisonnable.

[94] Ces critiques de la décision du Tribunal ont un même point de départ, à savoir que l'appréciation du Tribunal aurait dû s'attacher à l'intérêt de la bande en général. Que leur auteur ait raison ou non, le Tribunal voit les choses différemment. Pour lui, l'« objet » de l'obligation fiduciaire s'entend d'un type précis d'intérêt (un intérêt foncier issu de l'usage et de l'occupation) dans des terres précises (les terres du village).

[95] Le Tribunal estime que la bande est le bénéficiaire d'une obligation fiduciaire à l'égard d'un intérêt foncier. Rappelons que pour appliquer à ce cas de figure les obligations fiduciaires énoncées dans *Wewaykum*, le Tribunal devait déterminer ce qui était dans l'intérêt de la bande, non pas en général, mais en tant que bénéficiaire d'une obligation fiduciaire afférente à un intérêt particulier dans les terres du village. C'est exactement ce qu'il fait. C'est pourquoi l'affirmation que l'intérêt de la bande réside dans l'attribution de ces terres à titre de réserve n'est pas qu'une « [affirmation laconique] » (motifs de la C.A.F., par. 99; voir aussi motifs du juge Brown, par. 168), une qualification qui suppose que le Tribunal a procédé à une appréciation des faits sans disposer d'éléments de preuve à l'appui.

[96] Au contraire, l'affirmation du Tribunal selon laquelle l'intérêt de la bande résidait dans l'attribution des terres du village à titre de réserve constitue une étape de son analyse juridique et découle de sa conclusion voulant que l'intérêt en jeu corresponde précisément à l'attribution des terres du village, et non de manière générale à l'attribution d'une réserve. En d'autres termes, il s'ensuit que, pour le Tribunal, la bande détenait dans ces terres un intérêt vulnérable face à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire qui,

the band's independent legal entitlement to use and occupation of that land.

[97] The method available to Crown officials to protect the beneficiary's interest in land from that fate was, on a more permanent basis, to seek to have the land allotted as a reserve: T.R., at para. 322. On an immediate basis, it was to seek enforcement of provincial protection for Indian settlements: T.R., at para. 326. Crown officials knew that the pre-emptions contravened the applicable legislation. Having received assurances from the Province that a "sure and speedy remedy" was available, they did not attempt to make use of that remedy to preserve the band's interest in land. Since the alternative was for the band to be permanently deprived of that interest, it was reasonable for the Tribunal to conclude that ordinary prudence required federal Crown officials to do so: para. 328.

[98] Because the beneficiary does not hold a full legal interest in the lands, the *sui generis* fiduciary duty described in *Wewaykum* is limited, as the Tribunal acknowledged: paras. 264–67. This limit exists to take into account the Crown's broader obligations: *Wewaykum*, at para. 96; see also *Haida Nation*, at para. 18. The question is whether the Tribunal failed to give effect to it by finding a breach based on O'Reilly's refusal to countenance any interference with "white men's rights".

[99] The Tribunal recognized that O'Reilly was obliged to take into account the interests of settlers when selecting land to be allotted for a reserve. However, the only competing interests for which O'Reilly had to account were interests in the land that was the subject of the Crown's discretionary control and fiduciary duty — the Village Lands. These interests were, on the one hand, the band's "tangible, practical and cultural" interest in the Village Lands, recognized under colonial and provincial law as protected, and,

s'il était inadéquat, pouvait conférer un titre en fief simple qui l'emporte sur l'intérêt juridique indépendant de la bande lui conférant un droit d'usage et d'occupation de ces terres.

[97] Le moyen dont disposaient les fonctionnaires fédéraux pour éviter un tel sort à l'intérêt du bénéficiaire dans les terres consistait, dans une optique permanente, à demander l'attribution des terres à titre de réserve (M.T., par. 322). Dans l'immédiat, ils pouvaient s'efforcer de faire respecter les dispositions provinciales sur la protection des établissements indiens (M.T., par. 326). Les fonctionnaires fédéraux savaient que les préemptions contrevenaient aux lois applicables. Ayant reçu de la province l'assurance d'un « règlement rapide », ils n'ont pas tenté de faire appliquer la loi pour protéger l'intérêt de la bande dans les terres. Dans la mesure où l'autre possibilité était la perte à jamais de cet intérêt par la bande, il est raisonnable que le Tribunal conclue que la prudence minimale exigeait des fonctionnaires fédéraux qu'ils prennent des mesures en ce sens (par. 328).

[98] Le bénéficiaire n'étant pas, à l'égard des terres en cause, pleinement titulaire d'un intérêt en common law, l'obligation fiduciaire *sui generis* décrite dans l'arrêt *Wewaykum* a une portée restreinte — ce que reconnaît le Tribunal (par. 264–267). La portée de cette obligation est atténuée pour tenir compte des obligations de la Couronne envers la population en général (*Wewaykum*, par. 96; voir aussi *Nation haïda*, par. 18). La question est dès lors de savoir si le Tribunal omet de donner effet à cette réalité lorsqu'il conclut à l'existence d'une violation au motif que M. O'Reilly a refusé d'envisager tout empiètement sur les « droits des hommes blancs ».

[99] Le Tribunal reconnaît que, lorsqu'il a choisi les terres à attribuer à titre de réserve, M. O'Reilly avait l'obligation de tenir compte des intérêts des colons. Cependant, les seuls intérêts concurrents dont M. O'Reilly devait tenir compte étaient les intérêts dans les terres qui étaient soumises au pouvoir discrétionnaire et à l'égard desquelles la Couronne avait une obligation fiduciaire, soit les terres du village. Ces intérêts étaient, d'une part, l'intérêt « tangible, pratique et culturel » de la bande dans les terres du

on the other, Pinchbeck's interest in his unlawful pre-emptions.

[100] The Crown's fiduciary duty was to reconcile those interests fairly: *Osoyoos Indian Band*, at para. 53; *Wewaykum*, at paras. 96-97 and 103-4. Each instance in which settlers and Indigenous peoples looked to the Crown for "a fair resolution of their dispute" (*Wewaykum*, at para. 96) will be different. The Tribunal is well positioned to familiarize itself with the historical context as a whole, including the conditions under which pre-emptions were vacated elsewhere in the new province. It will also be better acquainted with individual circumstances — which, in this case, included the association between Nind and Pinchbeck and the fact that Pinchbeck had acquired at least some portion of his interest in contravention of the colonial law that, as constable, he was responsible for enforcing. The Tribunal was of the view that, although O'Reilly was obliged to consider settler interests, he ought not to have given Pinchbeck's interest the decisive weight he did: para. 339. Either the band was going to be deprived of a form of interest in the land at issue, or Pinchbeck was. I would not disturb the Tribunal's conclusion that the Crown, in its fiduciary capacity, ought to have decided that it should be Pinchbeck and acted accordingly.

[101] The Tribunal did not find that the Crown's fiduciary obligation could be met only if the Village Lands were set aside as a reserve or that the Crown's *sui generis* fiduciary duty prohibited O'Reilly from considering the interests of settlers. That duty required only good faith and ordinary prudence. The Tribunal reasonably concluded that federal officials had acted with neither and that the band therefore had a valid specific claim under s. 14(1)(c).

village, un intérêt dont les lois coloniales et les lois provinciales reconnaissaient la protection, et, d'autre part, l'intérêt de M. Pinchbeck dans ses préemptions illégales.

[100] L'obligation fiduciaire de la Couronne consistait à concilier ces intérêts de manière équitable (*Bande indienne d'Osoyoos*, par. 53, *Wewaykum*, par. 96-97 et 103-104). Chaque cas où des colons et des peuples autochtones s'en remettent à la Couronne pour qu'elle « règle leur différend de façon juste » (*Wewaykum*, par. 96) est différent. Le Tribunal est bien placé pour se familiariser avec le contexte historique global, y compris les conditions auxquelles des terres préemptées ont été récupérées ailleurs dans la nouvelle province. Il est aussi plus au fait du détail de la situation personnelle des intéressés, y compris en l'espèce l'association entre MM. Nind et Pinchbeck et l'acquisition par ce dernier d'au moins une partie de son intérêt au mépris des lois coloniales qu'il était censé faire respecter en tant que policier. Le Tribunal est d'avis que, même s'il était tenu de prendre en compte les intérêts des colons, M. O'Reilly n'aurait pas dû accorder un poids aussi décisif à l'intérêt de M. Pinchbeck (par. 339). Ou bien la bande allait être dépouillée de l'intérêt foncier en cause, ou bien M. Pinchbeck allait l'être du sien. Je m'abstiendrais de revenir sur la conclusion du Tribunal selon laquelle la Couronne, en tant que fiduciaire, aurait dû décider que ce serait M. Pinchbeck et agir en conséquence.

[101] Le Tribunal ne conclut pas que la Couronne ne pouvait s'acquitter de son obligation fiduciaire que si les terres du village étaient mises de côté à titre de réserve, ni que l'obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne empêchait M. O'Reilly de tenir compte des intérêts des colons. Cette obligation commandait uniquement qu'il fasse preuve de bonne foi et de prudence minimale. Le Tribunal conclut raisonnablement que les fonctionnaires fédéraux n'ont fait preuve ni de l'une ni de l'autre, et que la revendication particulière de la bande est donc fondée au regard de l'al. 14(1)(c) de la Loi.

D. *The Extended Meaning of “Crown” (Section 14(2))*

[102] The Act authorizes the Tribunal to validate specific claims based on certain wrongs committed prior to Confederation by the “Sovereign of Great Britain and its colonies”. Subject to s. 20, the Tribunal may then award compensation against the Crown in right of Canada for “losses arising from those grounds”: s. 14(1). However, for a First Nation to establish valid grounds for a specific claim on the basis of the breach or non-fulfilment of a pre-Confederation treaty, statutory or fiduciary obligation (s. 14(1)(a) to (c)), the “Sovereign of Great Britain and its colonies” — the Imperial Crown, in the Tribunal’s words — upon whom the obligation rested must also come within the extended meaning of “Crown” in s. 14(2).

[103] Section 14(2) defines “Crown” for the purposes of the Act by reference to the legal obligation whose breach or non-fulfilment forms the basis for a First Nation’s specific claim. A legal obligation of the Imperial Crown will satisfy the first branch — the “legal obligation” branch — of s. 14(2) where it “became . . . the responsibility of the Crown in right of Canada”. It will satisfy the second branch — the “liability” branch — where “any liability relating to its breach or non-fulfilment became . . . the responsibility of the Crown in right of Canada”.

[104] The Tribunal found that the Imperial Crown came within the extended meaning of “Crown” in s. 14(2) in the instant case because the fiduciary obligation it was alleged by the band to have breached was a legal obligation that “became . . . the responsibility of the Crown in right of Canada”: para. 164. This, the Tribunal reasoned, made the fiduciary obligation owed by the Imperial Crown in relation to the band’s interest in the Village Lands a legal obligation

D. *Le sens élargi du terme « Sa Majesté » (par. 14(2))*

[102] Le sens élargi de « Sa Majesté » au par. 14(2) de la Loi autorise le Tribunal à conclure au bien-fondé de revendications particulières alléguant certaines fautes commises pendant la période préconfédérative par le « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies ». Sous réserve de l’art. 20, le Tribunal peut alors ordonner au Canada d’indemniser la Première nation « des pertes [ayant résulté de ces fautes] » (par. 14(1)). Néanmoins, pour qu’une Première nation puisse établir l’existence de faits susceptibles de fonder une revendication particulière liée à la violation ou à l’inexécution d’une obligation issue d’un traité, d’une obligation légale ou d’une obligation fiduciaire antérieure à la Confédération (al. 14(1)a) à c)), le « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies » — ou la Couronne impériale, selon le terme employé par le Tribunal — à qui incombait cette obligation doit également être visé par la définition élargie du terme « Sa Majesté » figurant au par. 14(2).

[103] Pour l’application de la Loi, le par. 14(2) précise le sens du terme « Sa Majesté » en renvoyant à l’obligation légale dont la violation ou l’inexécution constitue le fondement de la revendication particulière d’une Première nation. L’existence d’une obligation légale de la Couronne impériale satisfait à la première condition — le volet « obligation légale » — du par. 14(2) lorsque l’obligation en question « a été imputée à Sa Majesté », et à la seconde — le volet « responsabilité » — lorsque « toute responsabilité [découlant de la violation ou de l’inexécution de cette obligation] a été imputée à Sa Majesté ».

[104] Le Tribunal conclut que la Couronne impériale est visée par la définition élargie du terme « Sa Majesté » au par. 14(2), car l’obligation fiduciaire qu’elle aurait violée selon la bande constitue une obligation légale qui « a été “imputée à Sa Majesté [du chef du Canada]” » (par. 164). Dans son raisonnement, il assimile l’obligation fiduciaire de la Couronne impériale à l’égard de l’intérêt de la bande dans les terres du village à une obligation

within the meaning of s. 14(2) (para. 174), permitting it to read “Crown” in s. 14(1)(b) as “Imperial Crown”.

[105] To apply s. 14(2) in this manner, the Tribunal resolved a question of statutory interpretation: Which breaches by the Imperial Crown of a fiduciary obligation can be the subject of a specific claim? Because the Tribunal proceeded under the legal obligation branch of s. 14(2), it had to decide when — if ever — a fiduciary obligation of the Imperial Crown can be said to have “bec[ome] . . . the responsibility of the Crown in right of Canada” for the purposes of s. 14(2).

[106] In brief, the Tribunal held that this will be so where, as here, the fiduciary obligation in issue is a legal obligation that “became [an] obligatio[n] of Canada on confederation, and for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach”: paras. 164 and 174. The Tribunal indicated that this interpretation of the legal obligation branch of s. 14(2) would not extend the application of s. 14(1)(b) to all potential liabilities of the Imperial Crown: paras. 162-63. However, the Tribunal considered and rejected Canada’s submission that s. 14(2) was intended to confine pre-Confederation specific claims to losses that would be recoverable against Canada in the courts if not for the bars associated with delay and limitations periods: paras. 240-43.

[107] These components of the Tribunal’s reasoning formed one part of its justification for validating the band’s claim under s. 14(1)(b). In my view, its decision as a whole is the appropriate frame of reference for considering “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process”: *Dunsmuir*, at para. 47. Meeting those criteria did not require the Tribunal to make an explicit finding on each constituent element or to provide all of the detail that a reviewing court would have preferred. In light of the nature of the process and the materials and submissions before it, the Tribunal’s reasons adequately explain the bases of its

légale au sens du par. 14(2) (par. 174), ce qui lui permet de considérer que la « Couronne impériale » est visée par le terme « Sa Majesté » employé à l’al. 14(1)(b).

[105] Pour appliquer ainsi le par. 14(2), le Tribunal devait trancher une question d’interprétation législative : quels manquements de la Couronne impériale à une obligation fiduciaire sont susceptibles de faire l’objet d’une revendication particulière? Son analyse prenant appui sur le volet obligation légale du par. 14(2), il devait décider dans quels cas, s’il en est, une obligation fiduciaire de la Couronne impériale peut être « imputée à Sa Majesté » pour l’application du par. 14(2).

[106] En bref, le Tribunal estime qu’il en est ainsi lorsque, comme en l’espèce, l’obligation fiduciaire en cause est une obligation légale qui « est devenue l’obligation du Canada lors de la Confédération et celle que le Canada, s’il avait été à la place de la colonie, aurait violée » (par. 164 et 174). Il précise que cette interprétation du volet obligation légale du par. 14(2) n’emporte pas application de l’al. 14(1)(b) à toutes les obligations potentielles de la Couronne impériale (par. 162-163). Il écarte toutefois la prétention du Canada selon laquelle la raison d’être du par. 14(2) est seulement de faire en sorte que les revendications particulières visant la période pré-confédérative ne puissent avoir pour objet que des pertes dont une cour de justice pourrait ordonner l’indemnisation par le Canada si ce n’étaient les obstacles que sont le retard et l’écoulement du temps (par. 240-243).

[107] Ces éléments du raisonnement du Tribunal justifient en partie la décision de tenir pour fondée la revendication de la bande au regard de l’al. 14(1)(b). J’estime que, globalement, sa décision offre le cadre de référence voulu pour se prononcer quant « à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir*, par. 47). Pour satisfaire à ces exigences, le Tribunal n’avait pas besoin de tirer une conclusion explicite sur chacun des éléments constitutifs du raisonnement, ni de donner toutes les précisions souhaitées par une cour de révision. Vu la nature du processus ainsi que les documents et les arguments dont le

decision that the band had made out valid grounds for a specific claim based on events in the Colony prior to Confederation. Though sparse on the issue of s. 14(2), the reasons taken as a whole, provide a reviewing court with an adequate account of why that decision was made that serves the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes: *Newfoundland Nurses*, at paras. 16-18, citing *Canada Post Corp. v. Public Service Alliance of Canada*, 2010 FCA 56, [2011] 2 F.C.R. 221, at paras. 163-64 (Evans J.A., dissenting), rev'd 2011 SCC 57, [2011] 3 S.C.R. 572.

[108] The appropriate starting point is the Tribunal's interpretation of s. 14(2): see *Ryan*, at paras. 49-51; *Canada (Attorney General) v. Delios*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at para. 28. The question is whether the tools of statutory interpretation — including the text, context and purpose of the provision — can reasonably support the Tribunal's conclusion: *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 70; *Agraira*, at para. 64; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 34. It was for Canada to show that that conclusion was unreasonable. Instead, Canada showed that the Tribunal failed to make the legal findings that, according to its competing interpretation, applying the extended meaning of Crown required. However, even in the face of a competing reasonable interpretation, a reviewing court should refrain from interfering where the Tribunal, with the benefit of its expertise, has “resolve[d] a statutory uncertainty by adopting any interpretation that the statutory language can reasonably bear”: *McLean*, at paras. 40-41. By expertise, I mean the Tribunal's relative familiarity with the specialized policy context on which it relied to interpret s. 14(2): Canada's long-standing specific claims regime and the role that the Tribunal and the Act are meant to play within it.

[109] As a matter of statutory interpretation, the disagreement over the Tribunal's reliance on the extended meaning of “Crown” concerns whether — as

Tribunal était saisi, les motifs expliquent convenablement la décision de tenir pour fondée la revendication particulière de la bande visant des événements survenus dans la colonie avant l'adhésion à la Confédération. Même s'ils sont peu étoffés en ce qui concerne l'interprétation du par. 14(2), ces motifs offrent globalement à la cour de révision une justification de la décision qui lui permet de décider si le résultat fait partie des issues possibles (*Newfoundland Nurses*, par. 16-18, citant *Société canadienne des postes c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, 2010 CAF 56, 2011 R.C.F. 221, par. 163-164 (le juge Evans, dissident), inf. par 2011 CSC 57, [2011] 3 R.C.S. 572).

[108] Le point de départ doit être l'interprétation du par. 14(2) par le Tribunal (voir *Ryan*, par. 49-51; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, par. 28 (CanLII)). Il faut se demander si les outils d'interprétation législative, y compris le texte, le contexte et l'objet de la disposition, peuvent raisonnablement étayer la conclusion du Tribunal (*McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 70; *Agraira*, par. 64; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 34). Il incombait au Canada de montrer que cette conclusion était déraisonnable. Il a plutôt montré que le Tribunal n'avait pas tiré les conclusions de droit que commandait, suivant son interprétation concurrente, le sens élargi du terme « Sa Majesté ». Or, même en présence d'une interprétation raisonnable concurrente, la cour de révision doit se garder d'intervenir lorsque, en mettant à contribution son expertise, le tribunal administratif a « lev[é] toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause » (*McLean*, par. 40-41). J'entends par expertise la familiarisation relative du Tribunal avec le contexte spécialisé d'application de politiques en fonction duquel il interprète le par. 14(2), à savoir le régime bien établi des revendications particulières et la fonction dévolue au Tribunal et à la Loi dans le cadre de ce régime.

[109] Au chapitre de l'interprétation législative, le désaccord sur l'application de la définition élargie de « Sa Majesté » porte sur la question de savoir si,

Canada argued before the Tribunal and took as its starting point before this Court — the legal obligation branch of s. 14(2) can only be read as triggering an inquiry into whether or not Canada fulfilled an obligation it assumed from the Colony under the *Terms of Union*. The administrative law disagreement is about how to understand the reasoning by which the Tribunal reached the contrary view; it also concerns the related matter of whether expanding upon that reasoning constitutes permissible supplementing of the Tribunal’s reasons or impermissible substitution of a reviewing court’s reasons: *Newfoundland Nurses*, at paras. 12 and 15; *A.T.A.*, at para. 54; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 24.

[110] With that in mind, the easiest place to begin is with what the Tribunal clearly found the legal obligation branch of s. 14(2) *not* to require — the identification of a constitutional obligation of Canada under the *Terms of Union* to establish the Village Lands as a reserve:

The Claimant relies on Article 1 of the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C. 1985, App. II, No. 10 [*Terms of Union*], as the source of a constitutional obligation to establish the settlement lands as reserve after the colony became a province of Canada. . . .

In its primary written submissions the Respondent argues that the *SCTA* does not impose new legal obligations on Canada: “The Act is procedural, it provides how a claim may be heard and determined but, other than removing limitations and laches defences, does not extend the scope of Crown liability for historical claims” (Written Submissions of Canada, Jan. 18, 2013, para. 247). This responds to the Claimant’s reliance on Article 1 of the *Terms of Union*. The Respondent argues at paragraph 253 that “the legal issue of whether or not Canada assumed responsibility upon confederation is a matter of constitutional law, not a matter to be determined by an implication that might be drawn from section 14.”

comme le Canada l’a prétendu devant le Tribunal et l’invoque comme point de départ devant la Cour, le volet obligation légale du par. 14(2) peut seulement être interprété comme exigeant que l’on se demande si le Canada s’est acquitté ou non d’une obligation de la colonie qui est devenue la sienne de par les *Conditions de l’adhésion*. Le désaccord relevant du droit administratif porte sur la manière dont on peut comprendre le raisonnement qui sous-tend le rejet de l’interprétation préconisée par le Canada; il porte aussi sur la question connexe de savoir si le développement de ce raisonnement constitue un étoffement admissible des motifs du Tribunal ou une substitution inadmissible de l’opinion de la cour de révision à celle du Tribunal (*Newfoundland Nurses*, par. 12 et 15; *A.T.A.*, par. 54; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 24).

[110] Gardant cela présent à l’esprit, le plus facile est de commencer par ce que le volet obligation légale du par. 14(2) *n’exige* clairement *pas* selon le Tribunal, à savoir déterminer l’existence d’une obligation constitutionnelle du Canada, suivant les *Conditions de l’adhésion*, d’établir une réserve sur les terres du village :

La revendicatrice invoque l’article premier des *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, App. II, n° 10 [*Conditions de l’adhésion*], pour établir l’existence d’une obligation constitutionnelle de mettre à part les terres à titre de réserves après que la colonie soit devenue une province du Canada. . . .

Dans ses observations écrites initiales, l’intimée fait valoir que la *LTRP* n’impose pas de nouvelles obligations légales au Canada : [TRADUCTION] « La Loi est de nature procédurale; elle prévoit la façon dont le tribunal peut instruire et trancher une revendication, mais, à part le fait qu’elle supprime les moyens de défense fondés sur la prescription et sur la doctrine des *laches*, elle n’élargit pas la portée de la responsabilité de la Couronne de façon à englober les revendications historiques » (observations écrites du Canada, 18 janv. 2013, par. 247). Cela répond au fait que la revendicatrice a invoqué l’article premier des *Conditions de l’adhésion*. Au paragraphe 253, l’intimée fait valoir que [TRADUCTION] « la question juridique de savoir si le Canada était responsable ou non après la Confédération est une question de droit constitutionnel, et non une question pouvant être déterminée par une déduction qui pourrait être tirée de l’article 14 ».

As I understand the Respondent's position, it is that *SCTA*, s. 14(2) does not expand the meaning of "legal obligation" in s. 14(1)(b) to apply constitutional obligations of Canada where the claim is grounded in a breach of legal obligation of the colony. Whether or not this is correct, it has no bearing on whether the Claimant, as the Respondent says: "can file historic, pre-confederation claims pursuant to Section 14 of the Act as they could under the Specific Claims Policy" (para. 258). [paras. 240-42]

[111] These paragraphs show the Tribunal's rejection of the legal backdrop that Justice Brown treats as a foregone conclusion: the notion that s. 14(2) can operate in this appeal only to enforce Canada's outstanding obligations under the *Terms of Union* (see Brown J.'s reasons, at paras. 182-85 and 190). Whether s. 14(2) was an enforcement mechanism was a live issue before the Tribunal. Canada argued that the Specific Claims Policy — and s. 14(2) with it — requires that a specific claim based on events prior to Confederation disclose an independent and outstanding obligation of Canada. The Tribunal decided that point against Canada. The Tribunal's position was that, read in its full context, s. 14(2) operates as something other than an enforcement mechanism. In declining to apply s. 14(2) in this manner, the Tribunal did not disregard parliamentary intent. It read the provision in the context of the Specific Claims Policy. This led it to take a different view of the function Parliament intended the extended meaning of "Crown" to serve within the scheme — one that, as I will explain below, finds support in the evolution of Canada's policy on specific claims.

[112] The Tribunal accepted what it took to be Canada's concession that s. 14(2) is, at least in some circumstances, a potential source of liability for the Crown in right of Canada for the acts and omissions of the Imperial Crown in the former colonies: see T.R., at paras. 140, 161 and 245. I say potential because the extent to which the breach in issue in this

Si je comprends bien la position de l'intimée, le par. 14(2) de la *LTRP* n'a pas pour effet d'élargir la signification d'« obligation légale » à l'al. 14(1)b), de manière à s'appliquer aux obligations constitutionnelles du Canada lorsque la revendication est fondée sur la violation d'une obligation légale de la colonie. Que ce soit juste ou non, cela n'a aucune incidence sur la question de savoir si la revendicatrice, comme le dit l'intimée, [TRADUCTION] « peut déposer des revendications historiques, antérieures à la Confédération, en vertu de l'article 14 de la Loi, comme il était possible de le faire en vertu de la Politique sur les revendications particulières » (par. 258). [par. 240-242]

[111] Ces passages montrent que le Tribunal écarte le contexte juridique qui va de soi selon le juge Brown, à savoir l'idée que le par. 14(2) ne puisse s'appliquer en l'espèce qu'à la seule fin de faire respecter les obligations du Canada découlant des *Conditions de l'adhésion* (voir motifs du juge Brown, par. 182-185 et 190). La question de savoir si le par. 14(2) constitue ou non un mécanisme d'application a été débattue devant le Tribunal. Le Canada a fait valoir que la Politique sur les revendications particulières — de même que le par. 14(2) — exige du Tribunal qu'il conclue que la revendication particulière visant des événements antérieurs à l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération révèle l'existence d'une obligation indépendante et inexécutée du Canada. Le Tribunal donne tort au Canada sur ce point. Selon lui, considéré dans son contexte global, le par. 14(2) ne constitue pas qu'un mécanisme d'application. En refusant d'interpréter ainsi le par. 14(2), il ne fait pas abstraction de l'intention du législateur. Il interprète la disposition au regard de la politique sur les revendications particulières. Cela explique sa perception différente de l'objectif poursuivi par le législateur par l'élargissement de la portée du terme « Sa Majesté » pour l'application du régime, une perception qui trouve appui dans l'évolution de la politique canadienne en matière de revendications particulières. J'y reviendrai.

[112] Le Tribunal prend acte de ce qui, selon lui, constitue une concession du Canada selon laquelle le par. 14(2), du moins dans certains cas, peut engager la responsabilité de Sa Majesté du chef du Canada pour des actes ou des omissions de la Couronne impériale dans les anciennes colonies (M.T., par. 140, 161 et 245). J'emploie le mot « peut » car il appartient au

case will result in an award against Canada remains for the Tribunal to determine in accordance with s. 20 of the Act. This appeal does not deal with liability — only with the question of whether there was a breach of a legal obligation of the Crown within the meaning of s. 14(1)(b). Even then, the Tribunal acknowledged that the words “became . . . the responsibility” limit the “legal obligations” to which s. 14(2) can apply:

[Section 14(2)] places the Crown (*SCTA*, s. 2: “Crown” means Her Majesty in right of Canada) in the same legal position as “the Sovereign of Great Britain and her colonies,” but not for all potential liabilities of the Imperial Crown in the pre-Confederation era. [para. 163]

[113] The Tribunal interpreted the limits on Canada’s potential liability under s. 14(1)(b), read in conjunction with s. 14(2), as follows:

The legal obligations that “. . . became or would have become the responsibility of the Crown in right of Canada” are those that became obligations of Canada on confederation, and for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach. [Emphasis added; para. 164.]

In the Tribunal’s view, then, Canada’s post-Confederation fiduciary obligations supplied the limits contemplated by the legal obligation branch of s. 14(2). They defined the circumstances in which it found that it was entitled to place Canada in the Colony’s shoes for the purposes of s. 14(1)(b).

[114] What did the Tribunal mean by a legal obligation for which Canada would, if in the place of the Colony, have been in breach? The Tribunal described the legal obligation satisfying this interpretation as follows:

The assertion of Crown title placed the Colony in a fiduciary relationship with the aboriginal inhabitants. The enactment of legislation in relation to acknowledged interests in land, here an interest based on the occupancy recognized and protected by the legislation, brings into effect the law that may apply where, as here, the fiduciary relationship is present. This is a legal obligation within the

Tribunal de décider en application de l’art. 20 de la Loi si la violation considérée en l’espèce donnera lieu à une indemnisation par le Canada. La Cour n’est pas appelée à se prononcer sur la responsabilité, mais seulement sur l’existence de la violation d’une obligation légale de Sa Majesté au sens de l’al. 14(1)b). Le Tribunal reconnaît néanmoins que l’énoncé « a été imputée » limite la portée des « obligation[s] légale[s] » à l’égard desquelles il peut appliquer le par. 14(2) :

Sa Majesté (*LTRP*, art. 2 : « Sa Majesté » Sa Majesté du chef du Canada) est donc dans la même position juridique que le « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies », mais pas en ce que concerne toutes les obligations potentielles de la Couronne impériale pendant la période préconfédérative. [par. 163]

[113] Voici comment le Tribunal interprète la limitation de la responsabilité éventuelle du Canada sous le régime de l’al. 14(1)b), considéré de pair avec le par. 14(2) :

L’obligation légale qui a été « imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci » est devenue l’obligation du Canada lors de la Confédération et celle que le Canada, s’il avait été à sa place, aurait violée. [Je souligne; par. 164.]

Ainsi, selon le Tribunal, les obligations fiduciaires postconfédératives du Canada définissent les limites du volet obligation légale voulues par le législateur au par. 14(2). Elles délimitent les cas dans lesquels le Tribunal estime pouvoir substituer le Canada à la colonie pour les besoins de l’al. 14(1)b).

[114] Qu’est-ce qu’entend le Tribunal par une obligation légale que le Canada, s’il avait été à la place de la colonie, aurait violée? Voici comment il conçoit l’obligation légale qui se concilie avec cette interprétation :

L’affirmation d’un titre de la Couronne plaçait la colonie dans une relation fiduciaire avec les Autochtones. L’adoption d’un texte législatif portant sur des droits fonciers reconnus, — en l’espèce, un droit fondé sur l’occupation, reconnu et protégé par la loi — donne effet à la règle de droit applicable lorsque, comme en l’espèce, il existe une relation fiduciaire. Il s’agit d’une obligation

meaning of the term in s. 14(2) when the factors necessary to ground a fiduciary duty are present. [para. 174]

[115] Justice Brown and I agree that the Tribunal read s. 14(2) so as to “effectively project the Crown in right of Canada into the place of the Imperial Crown”: Brown J.’s reasons, at para. 186. We also agree that the Tribunal treated s. 14(2) as a free standing basis on which, subject to s. 20, it could hold Canada responsible for the Colony’s failure to meet certain of its legal obligations. Justice Brown infers from the Tribunal’s reasons that it used s. 14(2) to impose “blanket responsibility” on Canada for all pre-Union specific claims: paras. 182, 187-89 and 194-95. However, the fact that the Tribunal did not limit the legal obligation branch of s. 14(2) by reference to Canada’s constitutional obligations under the *Terms of Union* does not necessarily mean that it imposed no limits at all. With respect, I would not impute the same position to the Tribunal.

[116] This disagreement over how to read the Tribunal’s reasons in the context of its decision bears directly on the disagreement over whether the analysis that follows runs afoul of the cautionary note in *A.T.A.*: supplementing a tribunal’s reasons does not give a court a “carte blanche to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result” (para. 54, quoting *Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at para. 56). This criticism depends on the characterization of the chain of analysis that is being reformulated or replaced — namely, that it bypasses the parameters Parliament set for the extended meaning of “Crown”. As I see it, the Tribunal simply had an alternative, and defensible, understanding of what Parliament intended those parameters to be. My reasons for coming to this conclusion do not cast the Tribunal’s reasons aside; they are grounded in the Tribunal’s reasons and supplement them by reference to the materials and arguments before it and the legal principles underlying the decision as a whole.

légal au sens du par. 14(2) si les facteurs permettant de conclure à l’existence d’une obligation fiduciaire sont réunis. [par. 174]

[115] Le juge Brown et moi convenons que le Tribunal interprète le par. 14(2) de manière à « substituer Sa Majesté du chef du Canada à la Couronne impériale » (motifs du juge Brown, par. 186). Nous convenons en outre qu’il voit dans ce paragraphe une disposition autonome grâce à laquelle, sous réserve de l’art. 20, il peut tenir le Canada responsable de l’omission de la colonie de s’acquitter de certaines de ses obligations légales. Mon collègue conclut des motifs du Tribunal que ce dernier recourt au par. 14(2) pour imputer une « responsabilité générale » au Canada dans le cas de toute revendication particulière visant la période préconfédérative (par. 182, 187-189 et 194-195). Or, on ne doit pas nécessairement conclure de l’omission du Tribunal de circonscrire la portée du volet obligation légale du par. 14(2) en faisant référence aux obligations constitutionnelles du Canada issues des *Conditions de l’adhésion* qu’il ne la délimite aucunement. En tout respect, je n’incline pas à attribuer cette opinion au Tribunal.

[116] Ce désaccord sur la manière d’interpréter les motifs du Tribunal dans le contexte de sa décision est directement lié au désaccord sur la question de savoir si l’analyse qui va suivre va à l’encontre de la mise en garde de la Cour dans *A.T.A.* : étoffer les motifs du Tribunal ne permet pas à la cour de révision d’exercer le « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (par. 54, citant *Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 56). Le bien-fondé de cette critique dépend de la qualification de l’enchaînement analytique reformulé ou remplacé, à savoir s’il y a contournement des paramètres établis par le législateur pour la définition élargie du terme « Sa Majesté ». À mon sens, le Tribunal a seulement une autre perception — une perception qui se défend — des paramètres voulus par le législateur. Ce qui me fait conclure en ce sens n’écarte pas les motifs du Tribunal, mais prend plutôt appui sur eux et les étoffe par le renvoi aux documents et aux arguments présentés au Tribunal et aux principes juridiques sous-tendant la décision dans son ensemble.

[117] At the end of its reasons, the Tribunal returned to the relationship between the Colony's fiduciary duties and those of Canada: para. 342. It noted that both Canada and the Colony had recognized the band's specific Aboriginal interest in the Village Lands. To attract fiduciary duties, that interest had to exist independently of both *Proclamation No. 15* and Article 13 of the *Terms of Union*. With that specific land interest — and its recognition as such in law and policy — came fiduciary obligations. The Tribunal found that Canada had assumed the position of exclusive intermediary — a position it had earlier observed was established by the *Royal Proclamation* of 1763 and eventually came to be reflected in the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, at issue in *Guerin* (T.R., at para. 172; *Guerin*, at p. 383). When it did so, the Tribunal reasoned, Canada also assumed the office of fiduciary — not necessarily to the exclusion of the Province — in relation to Aboriginal land interests in British Columbia that were subject to the reserve creation process. Among them was the band's interest in the Village Lands.

[118] This informs my view of what the Tribunal meant when it said that s. 14(2) included obligations “for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach”: para. 164. The Tribunal was well aware that the sources and limits of Crown discretion varied before and after Confederation. Nevertheless, it found that the obligation that arose from the fiduciary relationship when the Colony assumed discretionary control over the Village Lands fell within s. 14(2). Asking whether Canada would have been in breach of a fiduciary obligation that it owed after British Columbia's entry into Confederation if in the Colony's place provided the Tribunal with a means of determining whether that fiduciary obligation became Canada's responsibility for the purpose of setting the parameters of the term “Crown” in validity proceedings under the Act.

[117] À la fin de ses motifs, le Tribunal revient sur le lien entre les obligations fiduciaires de la colonie et celles du Canada (par. 342). Il relève que tant le Canada que la colonie avaient reconnu l'intérêt autochtone particulier de la bande dans les terres du village. Pour faire naître des obligations fiduciaires, cet intérêt devait avoir une existence indépendante de la *Proclamation n° 15* et de l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*. Cet intérêt foncier particulier — et sa reconnaissance à ce titre dans la loi et dans la politique — s'accompagnait d'obligations fiduciaires. Le Tribunal conclut que le Canada jouait le rôle d'intermédiaire exclusif — un rôle qui, selon ce que fait observer le Tribunal dans un paragraphe précédent, lui a été confié par la *Proclamation royale* de 1763, puis a été reconduit dans la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, c. 149, en cause dans *Guerin* (M.T., par. 172; *Guerin*, p. 383). Suivant le raisonnement du Tribunal, lorsqu'il jouait ce rôle, le Canada exerçait également la fonction de fiduciaire — pas nécessairement à l'exclusion de la province — relativement à des intérêts autochtones dans des terres de la Colombie-Britannique soumises au processus de création de réserves. L'un de ces intérêts était l'intérêt de la bande dans les terres du village.

[118] Je tiens compte de ces considérations dans mon interprétation des propos du Tribunal lorsqu'il dit que le par. 14(2) vise l'obligation « que le Canada, s'il avait été à la place de la colonie, aurait violée » (par. 164). Le Tribunal est bien conscient que la source et l'étendue du pouvoir discrétionnaire de la Couronne diffèrent avant et après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération. Il estime néanmoins que l'obligation issue de la relation fiduciaire qu'a fait naître l'exercice par la colonie d'un pouvoir discrétionnaire à l'égard des terres du village est visée au par. 14(2). Se demander si le Canada aurait manqué à une obligation fiduciaire dont il aurait été débiteur après l'adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération s'il avait été à la place de la colonie permet au Tribunal de décider dans le cadre de l'instance relative au bien-fondé de la réclamation si cette obligation est devenue la responsabilité du Canada pour les besoins de l'établissement des paramètres du terme « Sa Majesté » selon la Loi.

[119] In other words, for the narrow purpose of extending the meaning of “Crown” in the case of a specific claim alleging a breach of fiduciary obligation under s. 14(1)(b), the Tribunal used s. 14(2) to place the Crown in right of Canada “in the same legal position as ‘the Sovereign of Great Britain and her colonies’” (para. 163) for the fiduciary obligation owed in relation to the band’s interest in the Village Lands. On this approach, a fiduciary obligation that “became . . . the responsibility” of the Crown in right of Canada for the purposes of s. 14(2) is one that mirrors a post-Confederation fiduciary obligation of Canada. This would encompass circumstances where, as here, pre- and post-Confederation fiduciary obligations required the Crown to act with reference to the best interest of the same beneficiary in exercising a discretionary power to affect the same Aboriginal interest in the context of the same fiduciary relationship.

[120] The Tribunal interpreted a legal obligation that “became . . . the responsibility of the Crown in right of Canada” *not* as a legal obligation that the Colony of British Columbia transferred to Canada under the *Terms of Union*, but *instead* as a legal obligation “for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach”: para. 164. The Tribunal’s more passive reading of “became” involves looking backwards from Canada’s fiduciary obligations to identify the colonial fiduciary obligations in respect of which either Crown will simply be “the Crown” for the purposes of s. 14(1)(b) of the Act, regardless of whether a colonial or a federal official was responsible for discharging the Crown’s fiduciary duties at a given point in time.

[121] My colleague Justice Brown is of the view that this interpretation was unavailable to the Tribunal. In his view, s. 14(2) establishes as a plain and unambiguous statutory precondition requiring the identification of an outstanding obligation or liability of Canada under the *Terms of Union*. Understood in this manner, s. 14(2) forecloses the possibility of the Imperial Crown’s original fiduciary obligation becoming Canada’s responsibility for the purposes

[119] Autrement dit, à la seule fin d’élargir la portée du terme « Sa Majesté » dans le cas d’une revendication particulière alléguant la violation d’une obligation fiduciaire suivant l’al. 14(1)b), le Tribunal invoque le par. 14(2) pour placer Sa Majesté du chef du Canada « dans la même position juridique que le “souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies” » (par. 163) relativement à l’obligation fiduciaire dont elle est débitrice vis-à-vis de l’intérêt de la bande dans les terres du village. Suivant cette approche, l’obligation fiduciaire qui « a été imputée » à Sa Majesté du chef du Canada suivant le par. 14(2) correspond à l’obligation fiduciaire postconfédérative du Canada. C’est le cas lorsque, comme en l’espèce, les obligations fiduciaires préconfédératives et postconfédératives faisaient en sorte que la Couronne devait agir dans l’intérêt du même bénéficiaire dans l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire touchant le même intérêt autochtone, et ce, dans le cadre de la même relation fiduciaire.

[120] Pour le Tribunal, une obligation légale qui « a été imputée à Sa Majesté [du chef du Canada] » *ne* s’entend *pas* d’une obligation légale que la colonie de la Colombie-Britannique a transmise au Canada dans les *Conditions de l’adhésion*, *mais bien* d’une « obligation légale [. . .] que le Canada, s’il avait été à la place de la colonie, aurait violée » (par. 164). Son interprétation plutôt passive des mots « a été imputée » suppose que l’on se penche sur l’origine des obligations fiduciaires du Canada pour déterminer les obligations fiduciaires coloniales pour lesquelles l’une ou l’autre Couronne est simplement « Sa Majesté » pour les besoins de l’al. 14(1)b) de la Loi, peu importe qu’un fonctionnaire colonial ou fédéral ait été tenu de s’acquitter des obligations fiduciaires des pouvoirs publics à un moment ou à un autre.

[121] Selon mon collègue le juge Brown, le Tribunal ne peut retenir une telle interprétation. À son avis, le par. 14(2) prévoit une première condition claire et non équivoque, à savoir la preuve d’une obligation inexécutée du Canada suivant les *Conditions de l’adhésion*. Dans cette optique, le par. 14(2) empêche que, pour les besoins du volet obligation légale de cette disposition, l’obligation fiduciaire initiale de la Couronne impériale ne

of the legal obligation branch of that provision: Brown J.'s reasons, at paras. 191-92.

[122] However, consideration of the context and purpose of a provision may introduce the possibility of other reasonable interpretations: *McLean*, at paras. 43-44. The Tribunal's reasons indicate that this was the case here. As I have explained, the Tribunal read the provision in the context of the specific claims regime under which it operates. Both parties had urged the Tribunal to do so, and the specific claims policy material referenced below was before it. It decided not to interpret s. 14(2) as an enforcement mechanism. We have the benefit of the Tribunal's justification for rejecting that vision of s. 14(2). It refused to adopt a statutory construction that would exclude the band's specific claim, which it believed would have been permitted to proceed under Canada's Specific Claims Policy.

[123] Prior to 1991, that policy recognized outstanding lawful obligations *of the federal government*. However, it barred specific claims based on events prior to 1867 "unless the federal government specifically assumed responsibility therefor": Indian and Northern Affairs, *Outstanding Business: A Native Claims Policy* (1982), at pp. 20 and 30. The bar on pre-Confederation claims was removed as part of a series of reforms that came on the heels of the rejection of the specific claim of the Mohawks of Kanesatake and the violent confrontation that followed in Oka, Quebec, in the summer of 1990: *RCAP*, at p. 549; see also Library of Parliament, *Bill C-30: The Specific Claims Tribunal Act*, Legislative Summary LS-592E, by Mary C. Hurley, January 14, 2008, at pp. 4-5.

[124] Before the Tribunal, Canada took the position that the scope of pre-Confederation claims had remained unchanged since the release of *Outstanding Business* in 1982. *Outstanding Business* had never "barred" them; such claims had been accepted for negotiation before 1991 on the basis that Canada

devienne celle du Canada (motifs du juge Brown, par. 191-192).

[122] Toutefois, la prise en compte du contexte et de l'objet d'une disposition peut offrir d'autres interprétations raisonnables possibles (*McLean*, par. 43-44). Il appert des motifs du Tribunal que tel est le cas en l'espèce. Rappelons que le Tribunal a interprété la disposition en fonction du régime des revendications particulières dans le cadre duquel il s'acquitte de son mandat. Les deux parties l'y ont exhorté, et il disposait de la documentation sur la politique des revendications particulières mentionnée ci-après. Il refuse de voir dans le par. 14(2) un mécanisme d'application. Nous avons l'avantage de disposer de la justification invoquée par le Tribunal pour rejeter cette interprétation du par. 14(2). Il dit écarter une telle interprétation de la disposition parce qu'elle exclurait la revendication particulière de la bande et que, selon lui, la politique canadienne en la matière rend cette revendication admissible.

[123] Avant 1991, cette politique reconnaissait l'existence d'obligations légales inexécutées *du gouvernement fédéral*. Or, elle tenait pour inadmissibles les revendications particulières visant des événements antérieurs à 1867, « à moins que le gouvernement fédéral n'ait expressément engagé sa responsabilité à l'égard de ces événements » (Affaires indiennes et du Nord, *Dossier en souffrance : Une politique des revendications des autochtones* (1982), p. 20 et 30). L'inadmissibilité des revendications visant des faits antérieurs à la Confédération a été levée dans le cadre de mesures de réforme adoptées dans la foulée du rejet de la revendication particulière des Mohawks de Kanesatake et des affrontements violents qui ont suivi à Oka (Québec) à l'été 1990 (*CRPA*, p. 610; voir aussi Bibliothèque du Parlement, *Projet de loi C-30; Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, Résumé législatif LS-592F, par Mary C. Hurley, 14 janvier 2008, p. 5-6).

[124] Devant le Tribunal, le Canada a fait valoir que la portée des revendications visant la période pré-confédérative demeurait la même depuis la publication de *Dossier en souffrance* en 1982. Ce document n'avait jamais rendu ces revendications inadmissibles; celles-ci avaient été acceptées aux fins de

had assumed responsibility for them. They continued to be accepted afterwards on the same basis. In support of this view, Canada pointed to the statement that “[a]s with all other specific claims, pre-Confederation claims must still demonstrate a lawful obligation of the government”, meaning “an obligation on the part of the federal government derived from the law”: Indian and Northern Affairs, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (1993) (“1993 Policy”), at pp. 19 and 22-23. On Canada’s reading of the policy’s history, the restriction in *Outstanding Business* on entertaining pre-Confederation specific claims “unless the federal government specifically assumed responsibility therefor” continued through the requirement in the 1993 Policy that claims “demonstrate a lawful obligation of the government”, despite the band’s insistence that the bar had been removed.

[125] In 2007, the Government of Canada adopted *Specific Claims: Justice at Last*, which proposed to resolve longstanding problems with the Specific Claims Policy. It featured the introduction of the Act and an updated policy to parallel it, *The Specific Claims Policy and Process Guide* (2009), Indian and Northern Affairs. This policy guide maintained the fundamental principles of *Outstanding Business* but further modified the grounds for a specific claim, including by expressly recognizing fiduciary obligations and colonial legislation among the available grounds. It also replaced the references to the federal government in *Outstanding Business* and the 1993 Policy with references to the “Crown” and introduced the extended definition of that term.

[126] Recognizing that the specific claims landscape had changed significantly in the 1990s, the Tribunal could reasonably have found that, if a pre-Confederation claim could be validated before that time on the basis that Canada had assumed

négociation avant 1991 au motif que le Canada avait engagé sa responsabilité à leur égard. Elles étaient demeurées admissibles par la suite aux mêmes conditions. Le Canada invoque à l’appui de sa prétention l’énoncé selon lequel « [c]omme toute autre revendication particulière, les revendications antérieures à la Confédération doivent encore démontrer une obligation légale de la part du gouvernement », c’est-à-dire « une obligation en vertu de la loi du gouvernement fédéral » (Affaires indiennes et du Nord, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (« *Politique de 1993* »), p. 19 et 22-23). Selon son interprétation de l’historique de la politique, *Dossier en souffrance* continuait de faire obstacle aux revendications particulières visant la période préconfédérative « à moins que le gouvernement n’ait expressément engagé sa responsabilité à l’égard de ces événements », car ces revendications devaient encore, suivant la *Politique de 1993*, « démontrer [l’existence d’]une obligation légale de la part du gouvernement », même si la bande soutenait vivement que cette condition avait été levée.

[125] En 2007, le gouvernement du Canada publiait le document intitulé *Revendications particulières : La justice, enfin*, qui proposait un plan d’action pour le règlement des problèmes de longue date liés aux revendications particulières. L’un de ses points saillants était l’adoption de la Loi et d’une nouvelle politique y afférente, soit le document intitulé *Politique sur les revendications particulières et Guide sur le processus de règlement* (2009), Affaires indiennes et du Nord. Ce guide d’application de la politique reprenait les principes fondamentaux énoncés dans *Dossier en souffrance*, mais les faits susceptibles de fonder une revendication particulière étaient à nouveau modifiés, notamment par la reconnaissance expresse de l’obligation fiduciaire et des lois coloniales au nombre de ces faits. On remplaçait aussi le renvoi au gouvernement fédéral dans *Dossier en souffrance* et dans la *Politique de 1993* par le renvoi à « la Couronne » et on élargissait la portée de ce terme.

[126] Si l’on admet que les paramètres du régime des revendications particulières ont sensiblement changé au cours de la décennie 1990, le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que si une revendication visant la période préconfédérative pouvait

responsibility for the specific obligation in issue, it could be validated on a broader basis afterwards, particularly in light of the shift from “federal government” to “Crown”.

[127] The Tribunal did not see the purpose of s. 14(2) as being to limit the scope of pre-Confederation specific claims by reference to the outstanding legal obligations that would be enforceable against Canada in the courts if not for the evidentiary impediments to proving centuries old-claims and the legal consequences of delay and the passage of time. Instead, the Tribunal viewed s. 14(2) as giving effect to a substantive policy decision by Parliament to recognize specific kinds of injustices committed against Indigenous peoples by the Crown, be it the Imperial Crown or the Crown in right of Canada. This purpose aligns with the Tribunal’s approach, which has the effect of defining *the* Crown as a single, continuous and indivisible entity for the narrow purpose of validating the specific claims of First Nations arising from breaches by *a* Crown of a specific type of fiduciary obligation.

[128] It was also reasonable for the Tribunal to accept in principle that the legal obligation branch of s. 14(2) can apply to fiduciary obligations. If Parliament had intended only the liability branch of s. 14(2) to be operative for fiduciary obligations, it could have drafted a separate extended meaning of “Crown” applicable to s. 14(1)(c), which expressly refers to fiduciary obligations. It did not do so. It follows from this structure of s. 14 that the legal obligation branch should be interpreted in a manner that can encompass fiduciary obligations of the former colonies despite the distinct constitutional regimes under which such obligations arose. The nature of fiduciary obligations militates against an interpretation of the legal obligation branch that requires the transfer of the obligation itself. A fiduciary relationship — here, the relationship between the Crown and Indigenous peoples in British Columbia — imposes a fiduciary obligation as a consequence of the transfer of a discretionary power to affect the beneficiary’s

être jugée fondée auparavant au motif que le Canada avait engagé sa responsabilité à l’égard de l’obligation précise en cause, elle pouvait aussi l’être par la suite pour d’autres motifs, particulièrement en raison du remplacement de la mention « gouvernement fédéral » par « la Couronne ».

[127] Le Tribunal considère que l’objet du par. 14(2) n’est pas de limiter la portée des revendications particulières visant la période préconfédérative en raison d’obligations légales inexécutées dont l’exécution par le Canada pourrait être obtenue par voie judiciaire, si ce n’était la difficulté de prouver le bien-fondé de revendications visant des faits datant de plusieurs siècles, sans compter les conséquences juridiques du retard et de l’écoulement du temps. Pour le Tribunal, le par. 14(2) donne plutôt effet à une décision politique de fond du législateur consistant à reconnaître certaines injustices commises contre les peuples autochtones par la Couronne, qu’il s’agisse de la Couronne impériale ou de Sa Majesté du chef du Canada. Cet objet s’accorde avec l’approche du Tribunal, laquelle a pour effet de définir *la* Couronne comme une entité unique, continue et indivisible à la seule fin de statuer sur le bien-fondé de la revendication particulière d’une Première nation alléguant le manquement par *une* Couronne à une obligation fiduciaire précise.

[128] Il est également raisonnable que le Tribunal reconnaisse en principe que le volet obligation légale du par. 14(2) peut s’appliquer aux obligations fiduciaires. Si le législateur avait voulu que seul le volet responsabilité du par. 14(2) s’applique aux obligations fiduciaires, il aurait pu rédiger une définition distincte élargissant le terme « Sa Majesté » et valant pour l’application de l’al. 14(1)c), lequel fait expressément mention de l’obligation fiduciaire. Il n’en a rien fait. Étant donné la formulation de l’art. 14, le volet obligation légale devrait donner lieu à une interprétation qui englobe les obligations fiduciaires des anciennes colonies malgré les régimes constitutionnels distincts dans lesquels ces obligations ont pris naissance. La nature de l’obligation fiduciaire milite contre une interprétation du volet obligation légale qui exige la transmission de l’obligation comme telle. Une relation fiduciaire — en l’occurrence, celle entre la Couronne et les peuples autochtones de la Colombie-Britannique — impose

interests: *Galambos*, at para. 83. For the purpose of applying s. 14(2), it was therefore reasonably open to the Tribunal to read “became . . . the responsibility” so as to give effect, not to the assumption of a specific obligation, but instead to the assumption of a discretionary power to affect the beneficiary’s interests in the context of an established fiduciary relationship.

[129] The choice between these two readings — the forward-looking “enforcement mechanism” on the one hand, and the backward-looking “projection” of Canada’s obligations for the purpose of identifying fiduciary obligations falling within s. 14(2) on the other — also engages the interpretive principle in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 36. That principle provides for a large, liberal and purposive interpretation of legislation relating to Aboriginal peoples, with uncertainty to be resolved in their favour. As part of the jurisprudential backdrop to the Tribunal’s field of specialization, this principle would have informed the Tribunal’s stance on the interpretation of s. 14(2).

[130] Within the confines of an administrative scheme designed to remedy historical injustices, treating the Crown as a continuous entity (defined by Canada’s fiduciary obligations and, by necessary implication, the specific or cognizable Aboriginal interests in respect of which they were owed) is consistent with an Indigenous perspective on the ongoing fiduciary relationship between Indigenous peoples and the Crown. In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, Dickson C.J. explained the importance of considering the Aboriginal perspective in interpreting statutory references to the Crown:

While this appeal does not involve the interpretation of a treaty, I find it helpful to consider the aboriginal perspective in illustrating the ambiguity of “Her Majesty” in s. 90(1)(b). *Nowegijick* dictates taking a generous liberal approach to interpretation. In my opinion, reference to the

une obligation fiduciaire en raison du transfert d’un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice a une incidence sur les intérêts du bénéficiaire (*Galambos*, par. 83). S’agissant d’appliquer le par. 14(2), il est donc raisonnablement loisible au Tribunal de considérer que l’énoncé « a été imputée » donne effet non pas à la prise en charge d’une obligation précise, mais bien à celle d’un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice a une incidence sur les intérêts du bénéficiaire dans le cadre d’une relation fiduciaire établie.

[129] Pour choisir entre les deux interprétations proposées — d’une part, le « mécanisme d’application » dans une optique prospective et, d’autre part, le retour en arrière sur les obligations du Canada, dans une optique rétrospective, aux fins de discerner des obligations fiduciaires visées au par. 14(2) —, il faut aussi recourir au principe d’interprétation énoncé dans l’arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 36. Selon ce principe d’interprétation, les lois applicables aux peuples autochtones doivent recevoir une interprétation large, libérale et téléologique, et toute incertitude doit être tranchée en leur faveur. Comme ce principe s’inscrit dans la jurisprudence pertinente au domaine de spécialisation du Tribunal, il a dû guider ce dernier dans son interprétation du par. 14(2).

[130] Pour les besoins d’un régime administratif visant à remédier aux injustices du passé, considérer la Couronne comme une entité continue (définie par les obligations fiduciaires du Canada et, implicitement, par les intérêts autochtones particuliers ou identifiables à l’égard desquels elles sont susceptibles d’exécution) est compatible avec le point de vue des peuples autochtones sur la continuité de leur relation fiduciaire avec la Couronne. Dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge en chef Dickson explique l’importance de tenir compte du point de vue autochtone pour interpréter la mention du terme « la Couronne » dans une loi :

Bien que le présent pourvoi ne comporte pas l’interprétation d’un traité, je juge utile de considérer le point de vue des autochtones en illustrant l’ambiguïté de l’expression « Sa Majesté » à l’al. 90(1)b). L’arrêt *Nowegijick* prescrit l’adoption d’une interprétation généreuse et libérale. À

notion of “aboriginal understanding”, which respects the unique culture and history of Canada’s aboriginal peoples, is an appropriate part of that approach. In the context of this appeal, the aboriginal understanding of “the Crown” or “Her Majesty” is rooted in pre-Confederation realities. The recent case of *Guerin* took as its fundamental premise the “unique character both of the Indians’ interest in land and of their historical relationship with the Crown.” (At p. 387, emphasis added.) That relationship began with pre-Confederation contact between the historic occupiers of North American lands (the aboriginal peoples) and the European colonizers (since 1763, “the Crown”), and it is this relationship between aboriginal peoples and the Crown that grounds the distinctive fiduciary obligation on the Crown. On its facts, *Guerin* only dealt with the obligation of the federal Crown arising upon surrender of land by Indians and it is true that, since 1867, the Crown’s role has been played, as a matter of the federal division of powers, by Her Majesty in right of Canada, with the *Indian Act* representing a confirmation of the Crown’s historic responsibility for the welfare and interests of these peoples. However, the Indians’ relationship with the Crown or sovereign has never depended on the particular representatives of the Crown involved. [Emphasis in original; pp. 108-9.]

[131] In the face of a statutory definition of “Crown” developed in collaboration with First Nations, it was reasonable for the Tribunal to adopt a view of the circumstances in which a fiduciary obligation may be said to have “become” Canada’s responsibility for the purposes of s. 14(2) that reflected the continuity of the fiduciary relationship between Indigenous peoples and the “Crown” described by Dickson C.J. in *Mitchell*.

V. Disposition

[132] I would allow the appeal and restore the Tribunal’s decision, with costs to the band in this Court and in the Federal Court of Appeal. The matter of costs before the Tribunal will be for the Tribunal to determine as part of the compensation phase of its proceedings.

mon avis, la mention de la notion « compréhension qu’ont les autochtones », qui respecte la culture et l’histoire uniques des peuples autochtones du Canada, est un élément approprié de cette interprétation. Dans le contexte du présent pourvoi, la compréhension qu’ont les autochtones des expressions « la Couronne » ou « Sa Majesté » prend sa source dans les réalités antérieures à la Confédération. L’arrêt *Guerin* rendu récemment part de la prémisses fondamentale de la « nature unique à la fois du droit des Indiens sur leurs terres et de leurs rapports historiques avec Sa Majesté ». (À la page 387, je souligne.) Ces rapports remontent avant la Confédération, lorsque des contacts ont été établis avec les premiers occupants des terres de l’Amérique du Nord (les peuples autochtones) et les colonisateurs européens (depuis 1763, « la Couronne »), et ce sont ces rapports entre les peuples autochtones et la Couronne qui sont à l’origine de l’obligation fiduciaire distincte de la Couronne. D’après ces faits, l’arrêt *Guerin* ne portait que sur l’obligation de la Couronne fédérale découlant d’une cession de terres par les Indiens et il est vrai que depuis 1867 le rôle de la Couronne a toujours été joué, en raison de l’attribution des compétences au fédéral, par Sa Majesté du chef du Canada et la *Loi sur les Indiens* vient confirmer la responsabilité historique de la Couronne à l’égard du bien-être et des intérêts de ces peuples. Cependant, les rapports des Indiens avec la Couronne ou le souverain n’ont jamais été fonction des représentants particuliers de la Couronne visée. [Souligné dans l’original; p. 108-109.]

[131] Comme la définition légale de « Sa Majesté » a été élaborée en collaboration avec les Premières nations, il est raisonnable que le Tribunal se prononce sur les conditions auxquelles on peut considérer qu’une obligation fiduciaire « a été imputée » au Canada au sens du par. 14(2) en donnant effet à la continuité de la relation fiduciaire entre les peuples autochtones et la « Couronne » dont fait mention le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Mitchell*.

V. Dispositif

[132] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du Tribunal, avec dépens en faveur de la bande devant notre Cour et la Cour d’appel fédérale. Il appartiendra au Tribunal d’adjuger les dépens devant cette juridiction à l’étape de l’indemnisation.

The reasons of Côté and Rowe JJ. were delivered by

ROWE J. (dissenting in part) —

I. Overview

[133] First, I agree with the majority that the Specific Claims Tribunal reasonably found that the Imperial Crown owed and breached a fiduciary duty to the Williams Lake Indian Band. With respect to the actions of the Colony of British Columbia prior to 1871, the Tribunal found that the Imperial Crown failed to redress the unlawful pre-emption of the band’s Village Lands by settlers.³ This was contrary to both the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 15) (“*Proclamation No. 15*”) and to the fiduciary duty that flowed from its stated policy with respect to land already occupied by an “Indian Reserve or settlement”: Tribunal Reasons, 2014 SCTC 3 (“T.R.”), at para. 148 (CanLII) (emphasis deleted), quoting *Proclamation No. 15*. Pursuant to s. 14(1)(b) of the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, the Tribunal concluded that this amounted to breach of a legal obligation of the Imperial Crown under legislation “pertaining to Indians or lands reserved for Indians”.

[134] Second, I also agree with the majority that the Tribunal reasonably found that the federal Crown owed and breached a *sui generis* fiduciary duty to the band following the entry of British Columbia into Confederation. According to the Tribunal, this duty flowed from the role of the federal Crown as “the exclusive intermediary [in dealings] with the Province” for the purpose of reserve creation after

³ In these reasons, I adopt the term “Village Lands” to refer to the land that is subject to the band’s specific claim. As set out by the Tribunal (at para. 4), the claim covers an area that “includes Williams Creek, Scout Island, the Stampede Grounds, the downtown core of the City of Williams Lake, and a plateau north of the downtown core”.

Version française des motifs des juges Côté et Rowe rendus par

LE JUGE ROWE (dissident en partie) —

I. Aperçu

[133] Premièrement, je partage l’avis des juges majoritaires selon lequel le Tribunal des revendications particulières conclut raisonnablement que la Couronne impériale avait une obligation fiduciaire envers la Williams Lake Indian Band (« bande indienne de Williams Lake ») et qu’elle a manqué à cette obligation. En ce qui a trait aux mesures prises par la colonie de la Colombie-Britannique avant 1871, le Tribunal conclut que la Couronne impériale n’a pas remédié à la préemption illégale des terres du village de la bande par les colons³. Cette omission allait à l’encontre de la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 15) (« *Proclamation n° 15* ») et de l’obligation fiduciaire découlant de la politique de la Couronne impériale énoncée dans celle-ci relativement aux terres déjà occupées par une [TRADUCTION] « réserve indienne ou un établissement indien » (motifs du Tribunal, 2014 TRPC 3 (« M.T. »), par. 148 (CanLII) (soulignement omis), citant la *Proclamation n° 15*). Le Tribunal conclut au regard de l’al. 14(1)b) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, c. 22, que cette omission équivaut à la violation d’une obligation légale de la Couronne impériale découlant d’un texte législatif « relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens ».

[134] Deuxièmement, je partage aussi l’avis des juges majoritaires selon lequel le Tribunal conclut raisonnablement que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande après l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération et qu’elle a manqué à cette obligation. Selon le Tribunal, cette obligation découlait de la qualité de la Couronne fédérale en tant qu’« intermédiaire

³ Dans les présents motifs, les « terres du village » s’entendent des terres visées par la revendication particulière de la bande. Selon le Tribunal (par. 4), elles englobent « Williams Creek, l’île Scout, l’emplacement actuel du Stampede, le centre-ville de Williams Lake et un plateau au nord du centre-ville ».

1871: paras. 264 and 318. As the majority notes (at para. 73), the fiduciary duty of the federal Crown was not owed “at large”. It was owed in relation to a specific and cognizable interest in land over which the federal Crown exercised discretionary control: specifically, the band’s interest in the Village Lands at the foot of Williams Lake (T.R., at paras. 187 and 317). This duty required the federal Crown to act with “loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter and with ‘ordinary’ diligence in what it reasonably regarded as the best interest” of the band: T.R., at para. 264 (emphasis deleted), citing *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at para. 97. To be clear, this imposed a *standard of conduct* on the federal Crown in its dealings with the interest of the band in the Village Lands. The fact that the federal government could not unilaterally set aside reserve land without provincial cooperation does not diminish the standard of conduct required of the federal Crown. It was reasonable for the Tribunal to find that, in failing to take adequate “measures to clear away the impediment to the allotment of a reserve at the Village Lands”, the federal Crown fell below the standard of conduct mandated by its fiduciary duty to the band: para. 328. Pursuant to s. 14(1)(c) of the Act, the Tribunal concluded that this breach also provided the band with a valid claim.

[135] With respect to the contrary opinion of Justice Brown, I add that the Tribunal did not err in rejecting the submission of the federal Crown relative to the 1881 allotment of the Bates Estate as a reserve. This land was unrelated to the specific and cognizable interest underlying the fiduciary duty of the federal Crown. Its allotment by Commissioner O’Reilly could not discharge the duty of Crown officials to act with loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter, and ordinary diligence with respect to the band’s interest *in the Village Lands*. That said, the 1881 allotment may have mitigated the

exclusif [. . .] dans [les] rapports [des Indiens] avec la province » pour la création de réserves après 1871 (par. 264 et 318). Comme le signalent les juges majoritaires (par. 73), la Couronne fédérale n’avait pas une obligation fiduciaire « de caractère général ». Celle-ci était plutôt liée à un intérêt particulier et identifiable dans des terres à l’égard desquelles elle exerçait un pouvoir discrétionnaire : plus précisément, l’intérêt de la bande dans les terres du village situées au pied du lac Williams (M.T., par. 187 et 317). Cette obligation exigeait de la Couronne fédérale qu’elle fasse preuve de « loyauté et de bonne foi, [qu’elle] communiqu[e] l’information de façon complète, eu égard aux circonstances, et [qu’elle] agi[sse] avec la diligence “ordinaire” requise dans ce qu’elle considérait raisonnablement être l’intérêt » de la bande (M.T., par. 264 (soulignement omis), citant *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 97). En clair, la Couronne fédérale était ainsi tenue d’observer une *norme de conduite* dans les actes accomplis relativement à l’intérêt de la bande dans les terres du village. L’impossibilité de mettre des terres de côté à titre de réserve sans le concours de la province ne rend pas cette norme de conduite moins stricte. Le Tribunal conclut raisonnablement que, en omettant de prendre des « mesures [adéquates] visant à faire disparaître les obstacles à l’attribution d’une réserve sur les terres du village », la Couronne fédérale n’a pas respecté la norme de conduite dont son obligation fiduciaire envers la bande commandait le respect (par. 328). Appliquant l’al. 14(1)c) de la Loi, le Tribunal conclut également au bien-fondé de la revendication particulière pour la violation de cette obligation.

[135] En tout respect pour l’opinion contraire du juge Brown, j’ajoute que le Tribunal rejette à raison la prétention de la Couronne fédérale concernant l’attribution en 1881 du domaine de Bates à titre de réserve. Ces terres étaient étrangères à l’intérêt particulier et identifiable qui sous-tendait l’obligation fiduciaire de la Couronne fédérale. Leur attribution par le commissaire O’Reilly ne pouvait satisfaire à l’obligation des fonctionnaires de faire preuve de loyauté et de bonne foi, de communiquer l’information de façon complète, eu égard aux circonstances, et d’agir avec diligence ordinaire relativement à l’intérêt de la

damage suffered by the band; as the last sentence of the Tribunal's decision suggests, this is potentially significant at the compensation stage.

[136] Third, I agree with the majority that the Act allows the Tribunal to validate specific claims based on certain wrongs committed by the “Sovereign of Great Britain and its colonies” prior to Confederation: s. 14(2). In this case, the band has such a claim pursuant to s. 14(1)(b) of the Act based on the fiduciary breach by the Colony of British Columbia prior to 1871. For the Tribunal to hold the federal Crown *liable* for this claim, however, it must have found that the Colony of British Columbia came within the extended meaning of “Crown” pursuant to s. 14(2) of the Act. With respect, this is where I part ways with the majority.

[137] Section 14(2) of the Act provides that the federal Crown can be held liable for a pre-Confederation claim only to the extent that the obligation or liability underlying such a claim *became* an obligation or liability of the federal Crown upon Confederation. This requires the Tribunal to identify whether and — more importantly — *how* the obligation or liability of the Colony *became* that of the federal Crown upon Confederation. Given the near-total silence of the Tribunal on this pivotal question, I would remit the matter to the Tribunal for further consideration rather than adopt the supplementary reasons set out by the majority. This remedy constitutes a principled application of a reasonableness review and respects the analytical framework set out in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, and *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, with regard to when reviewing courts can (and should) supplement deficient reasons.

bande *dans les terres du village*. Cela dit, l'attribution de 1881 a peut-être atténué le préjudice subi par la bande; comme le porte à croire la dernière phrase de la décision du Tribunal, cet élément est potentiellement pertinent à l'étape de l'indemnisation.

[136] Troisièmement, je conviens avec les juges majoritaires que la Loi permet au Tribunal de conclure au bien-fondé de revendications particulières alléguant certaines fautes commises pendant la période préconfédérative par le « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies » (par. 14(2)). En l'espèce, la revendication particulière de la bande est bien fondée suivant l'al. 14(1)b) de la Loi quant à la violation d'une obligation fiduciaire par la colonie de la Colombie-Britannique avant 1871. Toutefois, pour tenir la Couronne fédérale *responsable* relativement à cette revendication particulière, le Tribunal doit conclure que le sens élargi du terme « Sa Majesté » employé au par. 14(2) de la Loi vise la colonie de la Colombie-Britannique. En tout respect, c'est sur ce point que je me dissocie de l'opinion des juges majoritaires.

[137] Suivant le par. 14(2) de la Loi, la Couronne fédérale ne peut être tenue responsable à l'égard d'une revendication visant la période préconfédérative que si l'obligation ou la responsabilité qui sous-tend cette revendication *a été imputée* à la Couronne fédérale au moment de l'adhésion à la Confédération. Pour conclure en ce sens, le Tribunal doit se demander si et, surtout, *de quelle manière* l'obligation ou la responsabilité de la colonie *a été imputée* à la Couronne fédérale lors de la Confédération. Vu le silence quasi complet du Tribunal sur ce point crucial, je suis d'avis de lui renvoyer l'affaire pour réexamen plutôt que de faire miens les motifs complémentaires des juges majoritaires. La mesure que je préconise prend appui sur une application raisonnée de la norme de la décision raisonnable et respecte le cadre d'analyse établi dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, et *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, quant aux conditions auxquelles une cour de révision peut (et devrait) compléter des motifs lacunaires.

II. The Requirements of Reasonableness

[138] The standard of review is reasonableness, as the decision under review falls within the category of cases where deference will presumptively be owed to the relative expertise of decision-makers who interpret and apply their home statutes: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta Teachers*, at para. 34; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 21; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 22.

[139] An exception to reasonableness review in this appeal would be that noted by Justice Brown (at para. 160) with regard to the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 10). As the *Terms of Union* are part of the Constitution of Canada (*Constitution Act, 1982*, s. 52(2)), I agree with Justice Brown that their interpretation must be “subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution”: *Dunsmuir*, at para. 58. That said, the Tribunal did not apply the *Terms of Union* in discussing the validity of the band’s pre-Confederation claim under s. 14(1)(b); rather, it held that a decision under Article 1 of the *Terms of Union* was not required to dispose of the claim: para. 243. As the *Terms of Union* do not feature in the Tribunal’s brief discussion of s. 14(2), I proceed on the basis that its reasons relative to s. 14(2) should be reviewed for reasonableness and will say no more about the *Terms of Union* in this analysis.

[140] The requirements of reasonableness were set out by this Court in *Dunsmuir*. These requirements are built on two principles: the democratic principle, which demands respect for the choices of the elected legislature to confer decision-making

II. Les exigences de la raisonabilité

[138] La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, car la décision considérée fait partie de celles où il y a a priori lieu de déférer à l’expertise relative du décideur qui interprète et applique sa loi habilitante (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta Teachers*, par. 34; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 21; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22).

[139] Une exception à l’application de cette norme en l’espèce serait celle avancée par le juge Brown (au par. 160) relativement à l’interprétation des *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 10). Puisque les *Conditions de l’adhésion* font partie de la Constitution du Canada (*Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2)), je conviens avec mon collègue que leur interprétation doit être « [assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte] à cause du rôle unique des cours de justice visées à l’art. 96 en tant qu’interprètes de la Constitution » (*Dunsmuir*, par. 58). Or, le Tribunal n’applique pas les *Conditions de l’adhésion* dans son examen du bien-fondé de la revendication de la bande formulée en application de l’al. 14(1)(b) et visant des faits antérieurs à la Confédération. Le Tribunal estime plutôt qu’il n’est pas nécessaire de se prononcer au regard de l’article premier des *Conditions de l’adhésion* pour statuer sur la revendication (par. 243). Comme les *Conditions de l’adhésion* ne sont pas invoquées dans le bref examen que fait le Tribunal du par. 14(2), je conclus qu’il faut contrôler les motifs afférents à ce paragraphe en fonction de la norme de la décision raisonnable. Je n’en dis pas plus au sujet des *Conditions de l’adhésion*.

[140] Les exigences de la raisonabilité sont celles énoncées par la Cour dans l’arrêt *Dunsmuir*. Elles reposent sur deux principes : d’abord, le principe démocratique, qui commande le respect du choix du législateur élu de conférer le pouvoir décisionnel, puis

authority, and the rule of law, which ensures that the conferred authority is exercised within legal boundaries (*Dunsmuir*, paras. 27-30; see also *Edmonton (City)*, at para. 21). In giving effect to these two principles, courts reviewing for reasonableness must defer to administrative decisions taken within the bounds of the conferred authority whenever the process by which they are reached provides for “justification, transparency and intelligibility” and whenever their outcome falls “within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: *Dunsmuir*, at para. 47.

[141] Both process and outcomes are considered in a reasonableness review. As this Court held in *Newfoundland Nurses*, a reasonableness review entails an “organic exercise” in which “the reasons must be read together with the outcome and serve the purpose of showing whether the result falls within a range of possible outcomes”: para. 14. In other words, reviewing courts must look to “the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes”: *Dunsmuir*, at para. 47; *Newfoundland Nurses*, at para. 14.

[142] Where they are provided, reasons are an essential focus for reviewing courts as they describe both the result and — crucially — the justificatory process used to reach that result. Reasons are the roadmap to understanding both how and why a decision under review was reached. Where they are required by statute or proffered as a matter of practice, they often demonstrate the reasonableness of the decision in question. Conversely, as stated in *Edmonton (City)*, “[w]hen a tribunal does not give reasons, it makes the task of determining the justification and intelligibility of the decision more challenging”: para. 36. This is why deficient or insufficient reasons will often cast doubt on the reasonableness of the decision under review. As the goal of reasonableness review is to “understand why the tribunal made its decision” and “determine whether [its] conclusion is within the range of acceptable outcomes”, reasons that allow for neither will be hard pressed to meet the requirements of

la primauté du droit, qui assure l’exercice du pouvoir conféré à l’intérieur des limites fixées par le législateur (*Dunsmuir*, par. 27-30; voir aussi *Edmonton (Ville)*, par. 21). Pour donner effet à ces deux principes, la cour de justice qui contrôle une décision administrative selon la norme de la raisonabilité doit déférer à la décision qui se situe à l’intérieur des limites du pouvoir conféré au décideur chaque fois que le processus dont elle est issue est « justifi[é], [. . .] transparen[t] et [. . .] intelligi[ble] » et qu’elle appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47).

[141] Tant le processus que le résultat sont examinés lors d’un contrôle selon la norme de la décision raisonnable. Comme le dit la Cour dans *Newfoundland Nurses*, ce contrôle s’entend d’un « exercice [. . .] global » au cours duquel « les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat et [. . .] doivent permettre de savoir si ce dernier fait partie des issues possibles » (par. 14). En d’autres termes, la cour de révision doit se demander si « la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité » (*Dunsmuir*, par. 47; *Newfoundland Nurses*, par. 14).

[142] Lorsqu’ils sont fournis, les motifs sont un incontournable pour la cour de révision, car ils font état à la fois du résultat et — ce qui est capital — du processus de justification menant à ce résultat. Ils constituent la feuille de route qui permet de savoir de quelle façon et pour quelles raisons le décideur arrive à la décision contrôlée. Qu’ils soient exigés par la loi ou formulés par le décideur de son propre chef, les motifs démontrent souvent le caractère raisonnable de la décision. À l’inverse, comme le dit la Cour dans l’arrêt *Edmonton (Ville)*, « [l]orsqu’un tribunal ne motive pas sa décision, il devient plus difficile de se prononcer sur sa justification et sur son intelligibilité » (par. 36). Voilà pourquoi les motifs lacunaires ou insuffisants jettent souvent le doute sur le caractère raisonnable de la décision. Puisque le contrôle selon la norme de la décision raisonnable vise à « comprendre le fondement de la décision du tribunal et [à] déterminer si [sa] conclusion fait partie des issues possibles acceptables », les motifs

justification, transparency and intelligibility: *Newfoundland Nurses*, at para. 16.

[143] It is not that reasons need attain a uniform standard of perfection. In many cases, reviewing courts will have a certain latitude to uphold administrative decisions that would, under stricter scrutiny, be deficient in their justification. In so doing, reviewing courts pay “respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: *Dunsmuir*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286. As the Court explained in *Newfoundland Nurses*, many “decision-makers routinely render decisions in their respective spheres of expertise, using concepts and language often unique to their areas and rendering decisions that are often counter-intuitive to a generalist”: para. 13. Because of this, “[r]easons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis”: *ibid.*, at para. 16. With this in mind, rather than engage in “a line-by-line treasure hunt for error”, reviewing courts may look beyond the words of the reasons to consider the decision as an “organic whole”: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 54.

[144] Thus, in certain circumstances, reviewing courts will supplement the reasons under review: *Newfoundland Nurses*, at para. 12; *Alberta Teachers*, at paras. 53-54. Courts do so in a number of ways: they may read between the lines for an implied justification consistent with the statutory mandate of the decision-maker (as in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paras. 57-58); they may look to the record and the parties’ submissions (as

qui ne permettent de faire ni l’un ni l’autre peuvent difficilement satisfaire aux exigences de justification, de transparence et d’intelligibilité (*Newfoundland Nurses*, par. 16).

[143] Ce n’est pas que les motifs doivent atteindre un degré uniforme de perfection. Dans bien des cas, la cour de révision dispose d’une certaine latitude pour confirmer une décision administrative dont la justification se révélerait lacunaire si elle était révisée de manière plus stricte. Ce faisant, la cour de révision accorde « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (*Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286). La Cour explique dans *Newfoundland Nurses* que bon nombre de « décideurs [. . .] rendent couramment des décisions — qui paraissent souvent contre-intuitives aux yeux d’un généraliste — dans leurs sphères d’expertise, et ce en ayant recours à des concepts et des termes souvent propres à leurs champs d’activité » (par. 13). C’est pourquoi « [i]l se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l’analyse du caractère raisonnable de la décision » (*ibid.*, par. 16). Dans cette optique, plutôt que de faire « une chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d’une erreur », la cour de révision peut aller au-delà du texte des motifs et considérer la décision comme un « tout » (*Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 54).

[144] Ainsi, dans certains cas, la cour de révision complète les motifs considérés (*Newfoundland Nurses*, par. 12; *Alberta Teachers*, par. 53-54). Elle le fait de plusieurs façons : rechercher entre les lignes une justification implicite qui concorde avec le mandat légal du décideur (comme dans *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 57-58), prendre connaissance du dossier et de l’argumentaire des parties (comme dans *McLean*, par. 71-72) ou se fonder

in *McLean*, at paras. 71-72); or they may consider other decisions rendered by the same decision-maker in which a more detailed justification is provided (as in *Alberta Teachers*, at para. 56).

[145] The power of reviewing courts to supplement deficient reasons in this way, however, is not limitless. In *Alberta Teachers*, Justice Rothstein warned against the risk of excessive deference in the face of reasons “which could be offered in support of a decision”: para. 54; see also *Dunsmuir*, at para. 48. Writing for a majority of the Court, he stated:

I should not be taken here as suggesting that courts should not give due regard to the reasons provided by a tribunal when such reasons are available. The direction that courts are to give respectful attention to the reasons “which could be offered in support of a decision” is not a “carte blanche to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result” (*Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56). Moreover, this direction should not “be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63, *per* Binnie J.). On the contrary, deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions, and when courts ground their review of the decision in the reasons provided. [Emphasis added; para. 54.]

[146] In other words, there must be a sufficient basis in the reasons themselves to which can be added supplementary justification by a reviewing court. The wisdom of this cautionary approach was most recently reaffirmed by the majority in *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, which held that, “while a reviewing court may supplement the reasons given in support of an administrative decision, it cannot ignore or replace the reasons actually provided”: para. 24. Although reviewing courts may sometimes build upon insufficient reasons, they are not entitled to rewrite them in order to uphold the underlying decision. Indeed, to hold otherwise would be to “undermine, if not negate, the vital role

sur d’autres décisions du même décideur offrant une justification plus détaillée (comme dans *Alberta Teachers*, par. 56).

[145] Le pouvoir de la cour de révision de compléter ainsi des motifs lacunaires n’est cependant pas illimité. Dans *Alberta Teachers*, le juge Rothstein fait une mise en garde contre le risque de déférence excessive à l’égard des motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (par. 54; voir aussi *Dunsmuir*, par. 48). S’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, il précise :

Je ne laisse cependant pas entendre qu’une cour de justice n’a pas à tenir dûment compte des motifs du tribunal administratif lorsque ceux-ci existent. L’invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (*Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56). Elle ne doit pas non plus « être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63, le juge Binnie). Au contraire, la déférence inhérente à la norme de la raisonabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l’étaient. [Je souligne; par. 54.]

[146] Autrement dit, les motifs comme tels doivent avoir une assise suffisante pour que la cour de révision puisse les compléter. Dans le récent arrêt *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, les juges majoritaires confirment la sagesse de cette mise en garde en affirmant que, « bien qu’une cour de révision puisse compléter les motifs donnés au soutien d’une décision administrative, elle ne peut faire abstraction des motifs effectivement fournis ou les remplacer » (par. 24). Même si une cour de révision peut parfois compléter des motifs insuffisants, elle n’est pas admise à les réécrire afin de confirmer la décision qu’ils étaient. En effet, conclure en sens contraire « minerait, voire nierait,

of reasons in administrative law”: *ibid.*, at para. 27. In my respectful view, this approach should have prevailed in the present appeal.

III. Section 14(2) of the *Specific Claims Tribunal Act*

[147] The crux of the disagreement in this appeal relates to the Tribunal’s interpretation — or, rather, its lack thereof — of s. 14(2) of the Act, which reads:

Extended meaning of *Crown* — obligations

(2) For the purpose of applying paragraphs (1)(a) to (c) in respect of any legal obligation that was to be performed in an area within Canada’s present boundaries before that area became part of Canada, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies to the extent that the legal obligation or any liability relating to its breach or non-fulfilment became — or would, apart from any rule or doctrine that had the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of passage of time or delay, have become — the responsibility of the Crown in right of Canada.

[148] Based on the words of the Act, for the Tribunal to hold the federal Crown liable for any obligation or liability of the “Sovereign of Great Britain and its colonies”, the Tribunal must find that such an obligation or liability “became” (or “would . . . have become”) the obligation of the federal Crown. The question, then, is whether the Tribunal reasonably concluded that the obligation incurred by the Colony relative to the band “became” the responsibility of the federal Crown for the purposes of s. 14(2) of the Act. As Justice Brown points out, “s. 14(2) is not a self-contained, stand-alone source of liability that may be imposed upon Canada. Liability under s. 14(2) is conditioned upon *something else* — that is, something other than s. 14(2) itself — which made the obligation or liability *become* Canada’s responsibility”: para. 182 (emphasis in original). I agree, and would add that the majority does not appear to disagree on this point; indeed, a significant part of its reasons address how, in its view, the Tribunal implicitly found that the Colony came within the extended meaning of “Crown” per s. 14(2). Based on this finding, the majority concludes that the Tribunal

le rôle essentiel des motifs en droit administratif » (*ibid.*, par. 27). À mon avis, telle est l’approche qui s’imposait en l’espèce.

III. Paragraphe 14(2) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*

[147] Le nœud du désaccord en l’espèce réside dans l’interprétation du par. 14(2) de la Loi ou, plutôt, dans l’omission du Tribunal d’interpréter cette disposition, dont voici le libellé :

Période préconfédérative — obligation

(2) Pour l’application des alinéas (1)a) à c) à l’égard d’une obligation légale qui devait être exécutée sur un territoire situé à l’intérieur des limites actuelles du Canada avant l’entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci n’eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l’écoulement du temps ou d’un retard.

[148] Étant donné le libellé de la Loi, pour tenir la Couronne fédérale responsable à l’égard d’une obligation ou d’une responsabilité du « souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies », le Tribunal doit conclure que pareille obligation ou responsabilité « a été imputée » (ou « aurait été imputée ») à la Couronne fédérale. Il s’agit alors de savoir si le Tribunal conclut raisonnablement que l’obligation de la colonie envers la bande « a été imputée » à la Couronne fédérale pour les besoins du par. 14(2) de la Loi. Comme le souligne le juge Brown, « le par. 14(2) n’est pas une disposition autonome susceptible à elle seule de donner lieu à l’imposition d’une responsabilité au Canada. La responsabilité y est conditionnée par l’existence *d’autre chose* — que le par. 14(2) comme tel — qui a fait en sorte que l’obligation ou la responsabilité *soit imputée* au Canada » (par. 182 (en italique dans l’original)). Je suis du même avis et j’ajouterais que les juges majoritaires ne semblent pas être en désaccord avec nous sur ce point; en effet, ils consacrent une grande partie de leurs motifs à expliquer comment, selon eux, le Tribunal conclut implicitement que la

reasonably held Canada liable for the band's pre-Confederation claim under s. 14(1)(b).

[149] By contrast with the analysis set out by the majority, the Tribunal itself largely limited its discussion of s. 14(2) to the following:

The legal obligations that “. . . became or would have become the responsibility of the Crown in right of Canada” are those that became obligations of Canada on confederation, and for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach. [para. 164]

[150] In response to arguments made by the federal Crown on the meaning of s. 14(2), the Tribunal then added:

As I understand the Respondent's position, it is that *SCTA*, s. 14(2) does not expand the meaning of “legal obligation” in s. 14(1)(b) to apply constitutional obligations of Canada where the claim is grounded in a breach of legal obligation of the colony. Whether or not this is correct, it has no bearing on whether the Claimant, as the Respondent says: “can file historic, pre-confederation claims pursuant to Section 14 of the Act as they could under the Specific Claims Policy” (para. 258). [para. 242]

[151] Beyond these conclusory statements, the Tribunal was virtually silent on the operation of s. 14(2) of the Act. This is all the more puzzling given that, in all other respects, the reasons were exhaustive. The near-total silence of the Tribunal with respect to s. 14(2) can be seen in two ways: either the Tribunal saw the operation of s. 14(2) as so obvious as not to require interpretation or — more likely — as being wholly irrelevant to the validation of pre-Confederation claims. Given the pivotal role played by s. 14(2) in the scheme of the Act, however, this lack of justification — this absence of reasons — is untenable. The majority implicitly accepts this by setting out at great length and in considerable detail

colonie est visée par la définition élargie du terme « Sa Majesté » suivant le par. 14(2). Partant, ils estiment que le Tribunal tient raisonnablement le Canada responsable à l'égard de la revendication de la bande fondée sur l'al. 14(1)(b) visant la période préconfédérative.

[149] Contrairement à l'analyse à laquelle se livrent les juges majoritaires, l'examen du par. 14(2) par le Tribunal lui-même se limite essentiellement à ce qui suit :

L'obligation légale qui a été « imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci » est devenue l'obligation du Canada lors de la Confédération et celle que le Canada, s'il avait été à la place de la colonie, aurait violée. [par. 164]

[150] Le Tribunal ajoute ensuite en réponse à l'argumentaire de la Couronne fédérale sur la signification du par. 14(2) :

Si je comprends bien la position de l'intimée, le par. 14(2) de la *LTRP* n'a pas pour effet d'élargir la signification d'« obligation légale » à l'al. 14(1)(b), de manière à s'appliquer aux obligations constitutionnelles du Canada lorsque la revendication est fondée sur la violation d'une obligation légale de la colonie. Que ce soit juste ou non, cela n'a aucune incidence sur la question de savoir si la revendicatrice, comme le dit l'intimée, [TRADUCTION] « peut déposer des revendications historiques [visant la période préconfédérative], en vertu de l'article 14 de la Loi, comme il était possible de le faire en vertu de la Politique sur les revendications particulières » (par. 258). [par. 242]

[151] Outre ces affirmations péremptoires, le Tribunal ne dit presque rien au sujet de l'application du par. 14(2) de la Loi, ce qui est d'autant plus curieux que ses motifs sont exhaustifs sur tous les autres points. Ce silence quasi complet du Tribunal peut s'expliquer de deux manières : soit l'application du par. 14(2) lui a paru évidente au point d'en rendre l'interprétation superflue, soit — ce qui est plus vraisemblable — il a estimé qu'elle n'avait absolument rien à voir avec le bien-fondé d'une revendication visant la période préconfédérative. Cependant, vu le rôle primordial du par. 14(2) dans l'économie de la Loi, ce défaut de justification — cette absence de motifs — est insoutenable. Les juges majoritaires

what the Tribunal *might have given as reasons* relative to the operation of s. 14(2).

[152] In supplementing — or, one might suggest, substituting — the Tribunal’s sparse reasons on the subject of s. 14(2), the majority sets out an analysis based on the common law of fiduciary obligations: paras. 117-20. Its reasons are offered on the basis that “they are grounded in the Tribunal’s reasons and supplement them by reference to the materials and arguments before it and the legal principles underlying the decision as a whole”: majority reasons, at para. 116. While its reasons lead to the same conclusion as the Tribunal, this is the extent of their commonality. Having said nothing about the interplay between s. 14(2) and the common law of fiduciary obligations, the Tribunal did no more than state a bald conclusion about the operation of the Act relative to pre-Confederation claims. The reasons of the majority, thus, are “supplementary” in that they supply the entirety of the analysis.

[153] I acknowledge that *Alberta Teachers* allows reviewing courts to supplement reasons that are silent on certain issues that may have been implicitly decided: para. 53. They may only do so, however, if they are persuaded that the issue was not raised by the parties, which accounts for the decision-maker’s silence on the issue. In these circumstances, a reviewing court can provide a supplementary justification to elucidate the implied reasoning. In this appeal, it is clear from the record that the interpretation of s. 14(2) was raised by the parties. This bars the reviewing court from implying its preferred interpretation in the bald conclusion of the Tribunal relative to s. 14(2).

[154] In my view, the cautious standard set out in *Alberta Teachers* requires more than a bald conclusion on a crucial point of law before reviewing courts embark upon the task of supplementing reasons. While an administrative “decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate” (*Newfoundland*

le reconnaissent implicitement en précisant en long et en large et avec moult détails *quels auraient pu être les motifs* du Tribunal concernant l’application du par. 14(2).

[152] En complétant les motifs peu abondants du Tribunal sur le par. 14(2) — ou, d’aucuns diraient, en les remplaçant —, les juges majoritaires se livrent à une analyse fondée sur les règles de common law en matière d’obligation fiduciaire (par. 117-120). Ils proposent des motifs en faisant valoir qu’« [ils] pren[nent] [. . .] appui sur [ceux du Tribunal] et [ils] les étoffe[nt] par le renvoi aux documents et aux arguments présentés au Tribunal et aux principes juridiques sous-tendant la décision dans son ensemble » (motifs majoritaires, par. 116). Leurs motifs mènent à la même conclusion que ceux du Tribunal, mais la similitude s’arrête là. Muet sur l’interaction entre le par. 14(2) et les règles de common law en matière d’obligation fiduciaire, le Tribunal se borne à formuler une conclusion sommaire sur l’application de la Loi aux revendications visant la période préconfédérative. Les motifs des juges majoritaires « complètent » ceux du Tribunal en fournissant la totalité de l’analyse.

[153] Je reconnais qu’*Alberta Teachers* autorise la cour de révision à compléter des motifs qui passent sous silence certains points sur lesquels le décideur aurait pu statuer implicitement (par. 53). Cependant, elle ne peut le faire que si elle est convaincue que ces points n’ont pas été soulevés par les parties, ce qui expliquerait le silence du décideur. Partant, elle ne peut compléter une justification que pour clarifier le raisonnement implicite. Dans la présente affaire, il ressort du dossier que les parties ont soulevé la question de l’interprétation du par. 14(2). La cour de révision ne peut donc pas inférer tacitement l’interprétation qu’elle privilégie de la conclusion sommaire du Tribunal concernant le par. 14(2).

[154] À mon sens, la norme prudente établie dans *Alberta Teachers* exige davantage qu’une conclusion sommaire sur un point de droit crucial pour qu’une cour de révision puisse entreprendre de compléter des motifs. Même si « [l]e décideur [administratif] n’est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné

Nurses, at para. 16), administrative decision-makers must nonetheless provide a certain basis of analysis on essential questions of law. Given its pivotal role in imposing liability on the federal Crown, s. 14(2) is such an essential element. On this point, the comments of Justice Rennie in *Komolafe v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267, are apposite:

Newfoundland Nurses is not an open invitation to the Court to provide reasons that were not given, nor is it licence to guess what findings might have been made or to speculate as to what the tribunal might have been thinking. This is particularly so where the reasons are silent on a critical issue. It is ironic that *Newfoundland Nurses*, a case which at its core is about deference and standard of review, is urged as authority for the supervisory court to do the task that the decision maker did not do, to supply the reasons that might have been given and make findings of fact that were not made. This is to turn the jurisprudence on its head. *Newfoundland Nurses* allows reviewing courts to connect the dots on the page where the lines, and the direction they are headed, may be readily drawn. Here, there were no dots on the page. [Emphasis added; para. 11.]

[155] A clear proposition can be drawn from the interplay of *Alberta Teachers* and *Newfoundland Nurses*. When the implied line of reasoning is obvious — in light of the record or similar decisions, for example — supplementing may well be an appropriate means of paying “respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: *Dunsmuir*, at para. 48. However, when faced with an absence of analysis on an essential element such that the implied line of reasoning is inconclusive or, as here, completely obscure, the reviewing court should not impute its own justification as a means of upholding the decision: *Delta Air Lines*, at para. 27. Supplementary reasons must build upon those actually provided by the legislature’s chosen decision-maker. They should not spring from the judicial imagination *ex nihilo*.

soit-il » (*Newfoundland Nurses*, par. 16), il doit néanmoins offrir une analyse minimale à l’égard de questions de droit essentielles. Étant donné la fonction centrale du par. 14(2) dans l’imputation d’une responsabilité à la Couronne fédérale, son interprétation équivaut à une telle question essentielle. À cet égard, les propos du juge Rennie dans *Komolafe c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2013 CF 431, valent d’être reproduits :

L’arrêt *Newfoundland Nurses* ne donne pas à la [c]our toute la latitude voulue pour fournir des motifs qui n’ont pas été donnés, ni ne l’autorise à deviner quelles conclusions auraient pu être tirées ou à émettre des hypothèses sur ce que le tribunal a pu penser. C’est particulièrement le cas quand les motifs passent sous silence une question essentielle. Il est ironique que l’arrêt *Newfoundland Nurses*, une affaire qui concerne essentiellement la déférence et la norme de contrôle, soit invoqué comme le précédent qui commanderait au tribunal ayant le pouvoir de surveillance de faire le travail omis par le décideur, de fournir les motifs qui auraient pu être donnés et de formuler les conclusions de fait qui n’ont pas été tirées. C’est appliquer la jurisprudence à l’envers. L’arrêt *Newfoundland Nurses* permet aux cours de contrôle de relier les points sur la page quand les lignes, et la direction qu’elles prennent, peuvent être facilement discernées. Ici, il n’y a même pas de points sur la page. [Je souligne; par. 11 (CanLII).]

[155] L’interaction des arrêts *Alberta Teachers* et *Newfoundland Nurses* permet de dégager une règle claire. Lorsque le raisonnement tacite est manifeste, par exemple au vu du dossier ou de décisions analogues, compléter des motifs peut être un moyen d’apporter « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » (*Dunsmuir*, par. 48). Par contre, lorsqu’il y a absence d’analyse sur un élément essentiel, si bien que le raisonnement implicite n’est pas concluant ou qu’il est, comme en l’espèce, complètement obscur, la cour de révision ne saurait imputer au décideur sa propre justification pour confirmer la décision (*Delta Air Lines*, par. 27). Les motifs complémentaires doivent s’appuyer sur ceux que rend dans les faits le décideur choisi par le législateur. Ils ne doivent pas être le pur fruit de l’imagination du juge de révision.

IV. Remedy

[156] When faced with reasons that are deficient for their failure to explain or justify an essential element of their analysis, reviewing courts should typically remit the matter for further consideration. This does no more than call upon decision-makers to carry out the task assigned to them by statute. One exception relates to instances where remitting would serve no useful purpose, as the range of reasonable outcomes only allows for a single result, which the reviewing court provides. This exception does not apply here.

[157] Accordingly, I would remit the matter to the Tribunal for further reasons on whether — and how — the obligations and liabilities of the Colony pursuant to s. 14(1)(b) of the Act “became” those of the federal Crown pursuant to s. 14(2). I would not do so, however, on the same basis as Justice Brown. With respect, while the *Terms of Union* may account for the manner in which Canada “became” liable for the breaches of the Colony under s. 14(2), it is for the Tribunal to answer this question.

[158] As a final note, the Tribunal chose to bifurcate its proceedings into two stages — the first dealing with validation, the second, with compensation. It was not required to do so; rather, it chose to do so as a matter of convenience. I am aware of no reason why the Tribunal could not provide additional reasons relative to the operation of s. 14(2) at the outset of the compensation stage in this matter.

The reasons of McLachlin C.J. and Brown J. were delivered by

[159] BROWN J. (dissenting) — I agree with the majority’s conclusion that the Specific Claims Tribunal reasonably found that, prior to Union with Canada, the Crown Colony of British Columbia breached its fiduciary duty to the Williams Lake Indian Band. With respect, however, I am not persuaded of the reasonableness of the Tribunal’s decision that Canada breached its fiduciary duty to the band. Further, my

IV. Réparation

[156] La cour de révision aux prises avec des motifs qui se révèlent lacunaires à cause de l’omission de leur auteur d’expliquer ou de justifier un élément essentiel de son analyse devrait habituellement renvoyer l’affaire au décideur pour complément d’examen. Il ne s’agit alors que d’inviter le décideur à s’acquitter de son mandat légal. Font cependant exception les cas où pareil renvoi n’aurait aucune utilité puisqu’une seule décision raisonnable est possible et que la cour de révision peut la rendre. Tel n’est pas le cas en l’espèce.

[157] Je suis donc d’avis de renvoyer l’affaire au Tribunal pour qu’il se prononce plus avant sur la question de savoir si les obligations et les responsabilités de la colonie visées à l’al. 14(1)(b) de la Loi « [ont] été imputée[s] » à la Couronne fédérale par application du par. 14(2), et sur la manière dont elles l’ont été le cas échéant. Je ne le ferais toutefois pas dans la même optique que le juge Brown. En tout respect, même si les *Conditions de l’adhésion* peuvent expliquer la manière dont le Canada s’est vu « imput[er] » la responsabilité des violations de la colonie suivant le par. 14(2), il appartient au Tribunal d’en décider.

[158] Une dernière remarque. Le Tribunal a scindé l’instance en deux étapes, la première portant sur le bien-fondé, la seconde sur l’indemnisation. Il n’avait pas à le faire, mais il l’a fait pour des raisons de commodité. Je ne connais aucun motif pour lequel le Tribunal ne pourrait, en l’espèce, compléter ses motifs sur l’application du par. 14(2) au début de l’audience relative à l’indemnisation.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et du juge Brown rendus par

[159] LE JUGE BROWN (dissident) — Je souscris à la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le Tribunal des revendications particulières a raisonnablement jugé que, avant son adhésion au Canada, la colonie de la Couronne de la Colombie-Britannique a manqué à son obligation fiduciaire envers la Williams Lake Indian Band (« bande indienne de Williams Lake »). Avec égards toutefois, je ne suis

conclusion on this point requires that I proceed to consider the Tribunal's treatment of the legal question of Canada's liability for the Colony's pre-Union breach. Regrettably, I also find this aspect of the Tribunal's decision to be unreasonable. For the reasons that follow, I would remit this matter to the Tribunal for determination of whether, pursuant to s. 14(2) of the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22, the legal obligation that was breached or liability relating to its breach became the responsibility of Canada. This will entail, as I explain below, the Tribunal deciding

- whether Canada continued a policy regarding reserve lands as liberal as that pursued by British Columbia prior to Union;⁴ and
- whether the breach by the Colony of its fiduciary duty to the band was a "debt" or "liability" of British Columbia existing at the time of Union.⁵

I. Standard of Review

[160] I agree with the majority that the Tribunal's decision is reviewable for reasonableness, subject to the caveat that the Tribunal's interpretation of the *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 10) is reviewable for correctness. The *Terms of Union* form part of the Constitution of Canada (*Constitution Act, 1982*, s. 52(2); *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41), and — notwithstanding the majority's views to the contrary — questions regarding their interpretation "are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution": *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 58; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; see also *Rogers*

⁴ *British Columbia Terms of Union* (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 10), Article 13.

⁵ Article 1 of the *Terms of Union*.

pas convaincu du caractère raisonnable de la décision du Tribunal voulant que le Canada ait manqué à son obligation fiduciaire envers la bande, si bien qu'il me faut examiner la démarche adoptée par le Tribunal pour statuer sur la question de droit de la responsabilité du Canada découlant de la violation dont s'est rendue coupable la colonie avant son adhésion à la Confédération. Hélas, j'estime aussi que la décision du Tribunal sur ce point est déraisonnable. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de renvoyer l'affaire au Tribunal afin qu'il décide si, suivant le par. 14(2) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, c. 22, la violation de l'obligation légale ou la responsabilité en découlant a été imputée au Canada. Dès lors, comme je l'explique ci-après, il lui faudra décider

- si à l'égard des terres de réserve, le Canada a poursuivi une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par la Colombie-Britannique avant l'adhésion⁴, et
- si le manquement par la colonie à son obligation fiduciaire envers la bande constituait une « dette » ou une « obligation » de la Colombie-Britannique existante au moment de l'adhésion⁵.

I. La norme de contrôle

[160] Je conviens avec les juges majoritaires que la décision du Tribunal est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, si ce n'est que l'interprétation des *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 10) par le Tribunal est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Les *Conditions de l'adhésion* font partie de la Constitution du Canada (*Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(2); *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41), et, malgré l'opinion contraire de la majorité, pour ce qui est des questions touchant à leur interprétation, « la norme de contrôle applicable [. . .] est celle de la décision correcte [. . .] à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution » (*Dunsmuir c.*

⁴ *Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique* (reproduites dans L.R.C. 1985, app. II, n° 10), art. 13.

⁵ Article premier des *Conditions de l'adhésion*.

Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paras. 16 and 62; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at para. 13; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at para. 22.

II. The Tribunal's Finding That Canada Breached a Legal Obligation Under Section 14(1)(c) Was Unreasonable

[161] The Tribunal found that, after Union of British Columbia and Canada, Canada committed “a breach of a legal obligation arising from the Crown’s provision or non-provision of reserve lands” under s. 14(1)(c) of the *Specific Claims Tribunal Act*. This conclusion was rooted in the Tribunal’s findings that Canada’s conduct after Union amounted to breaches of *ad hoc* (also known as “general”) and *sui generis* fiduciary duties owed to the band. In my respectful view, these findings were unreasonable.

A. *Ad Hoc Fiduciary Duty*

[162] An *ad hoc* fiduciary duty arises where there is (1) an undertaking by the alleged fiduciary to act in the best interests of the alleged beneficiaries; (2) a defined class of beneficiaries vulnerable to the fiduciary’s control; and (3) a legal or substantial practical interest of the beneficiaries that stands to be adversely affected by the alleged fiduciary’s exercise of discretion or control: *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 50; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 36. The last two conditions are not controversial here. As to the first condition, the Tribunal found that Canada had, by Article 13 of the *Terms of Union*, adopted the Colony’s prior unilateral undertaking to act in the best interests of

Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 58; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; voir également *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16 et 62; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, par. 13; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22).

II. La conclusion du Tribunal selon laquelle le Canada a violé une obligation légale suivant l'al. 14(1)c) de la Loi est déraisonnable

[161] Selon le Tribunal, après l’adhésion de la Colombie-Britannique au Canada, ce dernier a « viol[é] [. . .] une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d’une réserve » suivant l’al. 14(1)c) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*. Le Tribunal prend appui sur sa conclusion selon laquelle la conduite du Canada après l’adhésion équivaut à un manquement à une obligation fiduciaire *ad hoc* (ou « générale ») et à une obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande. Soit dit en tout respect, ces conclusions sont déraisonnables.

A. *L'obligation fiduciaire ad hoc*

[162] Une obligation fiduciaire *ad hoc* prend naissance lorsque les éléments suivants sont réunis : (1) un engagement de la part du fiduciaire à agir au mieux des intérêts des bénéficiaires, (2) l’existence d’un groupe défini de bénéficiaires vulnérables au contrôle du fiduciaire et (3) un intérêt juridique ou un intérêt pratique important des bénéficiaires sur lequel l’exercice, par le fiduciaire, de son pouvoir discrétionnaire ou de son contrôle pourrait avoir une incidence défavorable (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 50; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 36). En l’espèce, l’existence des deux derniers éléments n’est pas contestée, alors que pour le premier, le Tribunal conclut que le Canada a

the band: Tribunal Reasons, 2014 SCTC 3 (“T.R.”), at para. 320 (CanLII).

[163] The Tribunal’s finding contradicts this Court’s statements on the nature of Canada’s fiduciary duty in the context of implementing Article 13. The *ad hoc* fiduciary duty is “one of utmost loyalty to the beneficiary”, whereby the fiduciary undertakes to secure the paramountcy of the beneficiary’s interest: *Elder Advocates*, at para. 43. Generally speaking, the Crown’s responsibility for the public interest means that circumstances in which the Crown can be taken to have assumed a paramount obligation to one particular group at the expense of all others will be rare: *Elder Advocates*, at paras. 44 and 48; *Sagharian (Litigation Guardian of) v. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, at paras. 47-49; *Harris v. Canada*, 2001 FCT 1408, [2002] 2 F.C. 484, at para. 178. Indeed, and as the Court explained in *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, in connection with the Crown’s fiduciary obligations in relation to Article 13, the Crown — far from owing a duty of utmost loyalty to any one group — must balance between the competing interests of different groups (including those of Indigenous groups and settlers):

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting: *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.). As the Campbell River Band acknowledged in its factum, “[t]he Crown’s position as fiduciary is necessarily unique” (para. 96). In resolving the dispute between Campbell River Band members and the non-Indian settlers named Nunns, for example, the Crown was not solely concerned with the band interest, nor should it have been. The Indians were “vulnerable” to the adverse exercise of the government’s discretion, but so too were the settlers, and each looked to the Crown for a fair resolution of their dispute. At that stage, prior to reserve creation, the Court cannot ignore the reality of the

repris, à l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion*, l’engagement unilatéral antérieur de la colonie d’agir au mieux des intérêts de la bande (motifs du Tribunal, 2014 TRPC 3 (« M.T. »), par. 320 (CanLII)).

[163] La conclusion du Tribunal contredit les observations de notre Cour sur la nature de l’obligation fiduciaire du Canada lorsqu’il s’agit d’appliquer l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion*. L’obligation fiduciaire *ad hoc* est « une obligation de loyauté absolue envers le bénéficiaire » par laquelle le fiduciaire s’engage à garantir la suprématie des intérêts du bénéficiaire (*Elder Advocates*, par. 43). En règle générale, l’obligation de Sa Majesté d’agir dans l’intérêt public fait en sorte que les circonstances dans lesquelles on peut considérer qu’elle a contracté une obligation prédominante envers un groupe particulier au détriment de tous les autres groupes sont rares (*Elder Advocates*, par. 44 et 48; *Sagharian (Litigation Guardian of) c. Ontario (Minister of Education)*, 2008 ONCA 411, 172 C.R.R. (2d) 105, par. 47-49; *Harris c. Canada*, 2001 CFPI 1408, [2002] 2 C.F. 484, par. 178). En effet, comme la Cour l’explique dans l’arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, s’agissant de son obligation fiduciaire liée à l’art. 13, Sa Majesté, loin d’être tenue à une obligation de loyauté absolue envers quelque groupe, doit mettre en balance les intérêts concurrents de différents groupes (dont ceux des groupes autochtones et ceux des colons) :

Dans l’exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l’obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés : *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.). Comme l’a reconnu la bande de Campbell River au par. 96 de son mémoire, [TRADUCTION] « [l]a situation de la Couronne en tant que fiduciaire est nécessairement unique ». Par exemple, lorsque la Couronne a résolu le différend entre les membres de la Bande de Campbell River et des colons non-indiens du nom de Nunns, elle n’a pas tenu compte seulement des intérêts de la bande, et il ne fallait pas qu’elle le fasse. Si les Indiens étaient « vulnérables » à la prise par le gouvernement de

conflicting demands confronting the government, asserted both by the competing bands themselves and by non-Indians. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

(*Wewaykum*, at para. 96)

[164] The Tribunal’s finding that an *ad hoc* fiduciary duty of utmost loyalty was owed to the band by operation of Article 13 is therefore contrary to binding authority and is, as such, unsustainable: *Dunsmuir*, at para. 47.

B. *Sui Generis Fiduciary Duty*

[165] The Tribunal also found that Canada owed, and breached, a *Wewaykum*-like *sui generis* fiduciary duty to the band in relation to the Village Lands: paras. 267 and 319. Such a duty arises where the Crown assumes discretionary control over specific or cognizable Aboriginal interests: *Manitoba Metis*, at para. 49; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 18; *Wewaykum*, at paras. 79-81. In particular, it has been found to arise in the reserve creation process in British Columbia where Canada acts as the “exclusive intermediary” to deal with others on the behalf of Aboriginal groups: *Wewaykum*, at para. 97. This form of fiduciary duty imposes a less stringent standard than the duty of utmost loyalty incident to an *ad hoc* fiduciary duty. It requires Canada to act — in relation to the specific Aboriginal interest — with loyalty and in good faith, making full disclosure appropriate to the subject matter and with ordinary diligence: *Wewaykum*, at paras. 81 and 97. It allows for the necessity of balancing conflicting interests: *Wewaykum*, at para. 96.

mesures défavorables à leur endroit dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, les colons l’étaient eux aussi, et les deux parties attendaient du gouvernement qu’il règle leur différend de façon juste. À cette étape, avant la création des réserves, la Cour ne peut faire abstraction du fait que le gouvernement était aux prises avec des demandes conflictuelles, émanant et des bandes rivales elles-mêmes et de non-Indiens. [Je souligne; soulignement dans l’original omis.]

(*Wewaykum*, par. 96)

[164] Dès lors, la conclusion du Tribunal voulant qu’il existe une obligation fiduciaire *ad hoc* de loyauté absolue envers la bande par application de l’art. 13 va à l’encontre d’un arrêt applicable et, à ce titre, elle est indéfendable (*Dunsmuir*, par. 47).

B. *L’obligation fiduciaire sui generis*

[165] En ce qui concerne les terres du village, le Tribunal conclut également que le Canada a envers la bande une obligation fiduciaire *sui generis* du même type que celle en cause dans l’affaire *Wewaykum* et qu’il a manqué à cette obligation (par. 267 et 319). Pareille obligation naît lorsque la Couronne (ou Sa Majesté) exerce un pouvoir discrétionnaire à l’égard d’intérêts autochtones particuliers ou identifiables (*Manitoba Metis*, par. 49; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 18; *Wewaykum*, par. 79-81). Plus précisément, il a été conclu que cette obligation prend naissance dans le cadre du processus de création de réserves en Colombie-Britannique où le Canada intervient pour le compte de groupes autochtones en tant qu’« intermédiaire exclusif » auprès de tiers (*Wewaykum*, par. 97). Cette obligation fiduciaire commande l’application d’une norme de conduite moins stricte que l’obligation de loyauté absolue inhérente à l’obligation fiduciaire *ad hoc*. Elle exige du Canada, à l’égard d’un intérêt autochtone particulier, qu’il fasse preuve de loyauté et de bonne foi, qu’il communique l’information de façon complète eu égard aux circonstances et qu’il agisse avec la diligence ordinaire voulue (*Wewaykum*, par. 81 et 97). Elle permet la mise en balance nécessaire d’intérêts opposés (*Wewaykum*, par. 96).

[166] In the Tribunal’s view, Canada breached a *sui generis* fiduciary duty by failing to pursue the best interests of the band — which, the Tribunal concluded, lay in the allotment of the Village Lands as a reserve: para. 322. In particular, Canada ignored the band’s best interests when Dominion officials failed to challenge the unlawful pre-emption of the Village Lands and when Indian Reserve Commissioner Peter O’Reilly expressed himself unwilling to countenance interference with the “white men’s rights” in his negotiations with the band: paras. 326, 328, 331-32 and 338-39.

[167] The Tribunal’s starting premise, however, that the band’s best interests could lie only in securing the Village Lands as a reserve, which underlies the Tribunal’s finding that Canada breached its fiduciary obligations, is misguided in three respects.

[168] First, the Tribunal’s bare assertion that the band’s best interests lay in the allotment of the Village Lands as a reserve is neither justified in the Tribunal’s reasons nor supported by the evidentiary record. The evidence suggests that, by the late 1870s,⁶ the band’s priority was not recovering the Village Lands specifically, but rather securing “proper land” that could support it without delay. In 1879, Chief William drew the Commissioner’s attention to the dire circumstances of the band, threatening to take the Village Lands back by force if “proper land” were not given: T.R., at para. 305. Chief William and the band would ultimately express satisfaction with the lands which were allotted in 1881: Letter from O’Reilly to the Superintendent General of Indian Affairs John A. Macdonald, September 22, 1881, A.R., vol. II, at p. 152. While it does appear that parts of the Village Lands actually remained un-pre-empted and therefore available at the time of that allotment, it also appears that the band requested, and was granted, only the grave sites located thereon: T.R., at paras. 132

⁶ It was not until 1876 that agreement was reached between Canada and British Columbia on the implementation of Article 13 of the *Terms of Union*, that the Joint Indian Reserve Commission was established, and that the process of setting apart reserves pursuant to Article 13 began: T.R., at paras. 296 and 299.

[166] De l’avis du Tribunal, le Canada a manqué à son obligation fiduciaire *sui generis* en n’agissant pas au mieux des intérêts de la bande, lesquels résidaient, selon lui, dans l’attribution des terres du village à titre de réserve (par. 322). Plus précisément, le Canada aurait fait abstraction des intérêts de la bande lorsque ses représentants ont omis de contester la préemption illégale des terres du village et que le commissaire des réserves indiennes, Peter O’Reilly, a exprimé son refus de cautionner l’empiètement sur les « droits des hommes blancs » lors de ses négociations avec la bande (par. 326, 328, 331-332 et 338-339).

[167] Or, le postulat de départ du Tribunal selon lequel les intérêts de la bande pouvaient ne résider que dans l’obtention des terres du village pour la création d’une réserve, un postulat qui sous-tend sa conclusion voulant que le Canada ait manqué à ses obligations fiduciaires, est erroné sous trois rapports.

[168] Premièrement, la simple affirmation du Tribunal qu’il était au mieux des intérêts de la bande de lui attribuer les terres du village à titre de réserve n’est ni justifiée par les motifs du Tribunal ni appuyée par le dossier de preuve. La preuve donne à penser que vers la fin des années 1870⁶, la priorité de la bande n’était pas de récupérer les terres du village en particulier, mais d’obtenir une « terre convenable » propre à assurer sa subsistance dans l’immédiat. En 1879, le chef William a signalé au commissaire la situation critique de la bande et menacé de reprendre les terres du village par la force si aucune « terre convenable » n’était attribuée (M.T., par. 305). Le chef William et la bande se sont finalement dits satisfaits des terres qui leur ont été attribuées en 1881 (lettre de M. O’Reilly au surintendant général des Affaires indiennes, John A. Macdonald, le 22 septembre 1881, d.a., vol. II, p. 152). Il appert que certaines terres du village avaient échappé à la préemption et qu’elles étaient donc disponibles au moment de l’attribution, mais il semble également que la bande ait réclamé —

⁶ Ce n’est qu’en 1876 qu’un accord est intervenu entre le Canada et la Colombie-Britannique sur la mise en œuvre de l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion*, que la Commission mixte des réserves indiennes a été établie et que le processus de mise de côté de terres en réserve a été entrepris conformément à l’art. 13 (M.T., par. 296 et 299).

and 311; Letter dated September 22, 1881, A.R., vol. II, at pp. 151-52.

[169] Second and contrary to the majority's views on the matter (paras. 75 et seq.), Canada's failure to deliver the Village Lands to the band could not reasonably support a finding of a breach of its fiduciary duty, since such a finding fails to account for the limits of Canada's responsibilities and powers under the *Terms of Union*, and in particular, under Article 13, which provides:

13. The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

The majority does not explain how the fiduciary obligation it describes can stand in the face of a legal obligation confined to pursuing a policy "as liberal" as that of the Colony. While the majority restricts that obligation to particular lands, that nonetheless misconceives the obligation which Canada had assumed.

[170] Relatedly, the majority does not reconcile the posited fiduciary obligation with the limits of Canada's powers under the *Terms of Union*, to which any fiduciary obligation must also be confined, and with which no fiduciary duty can be inconsistent. It says (at para. 76) that the Tribunal "openly" acknowledged that Canada could not operate alone. It insists, however, that it was somehow open to the Tribunal to find that a fiduciary duty arose notwithstanding "the absence of [Canada's] complete or exclusive control", provided that Canada retained "a degree" of control which left cognizable Aboriginal interests "vulnerable" to the adverse exercise of federal Crown discretion: para. 76. It is, of course, true that Indigenous people in post-Union British Columbia were vulnerable to the exercise of discretion by the Crown in right of Canada. But the exercise of that discretion was confined by the country's federal

et obtenu — uniquement les lieux de sépulture qui s'y trouvaient (M.T., par. 132 et 311; lettre datée du 22 septembre 1881, d.a., vol. II, p. 151-152).

[169] Deuxièmement, et contrairement à l'opinion des juges majoritaires sur le sujet (par. 75 et suiv.), l'omission du Canada de concéder les terres du village à la bande ne peut raisonnablement étayer la conclusion d'un manquement à son obligation fiduciaire, car cette conclusion ne tient pas compte de la limitation des responsabilités et du pouvoir du Canada dans les *Conditions de l'adhésion*, en particulier à son art. 13, lequel prévoit :

13. Le soin des Sauvages, et la garde et l'administration des terres réservées pour leurs usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

La majorité n'explique pas comment l'obligation fiduciaire dont elle parle peut exister en présence d'une obligation légale qui consiste uniquement à poursuivre une ligne de conduite « aussi libérale » que celle de la colonie. Bien qu'elle restreigne le champ d'application de cette obligation à des terres en particulier, la majorité se méprend néanmoins sur l'obligation prise en charge par le Canada.

[170] Dans la même veine, la majorité ne concilie pas l'obligation fiduciaire identifiée et la limitation des pouvoirs du Canada dans les *Conditions de l'adhésion*, limitation à laquelle toute obligation fiduciaire doit être aussi circonscrite et avec laquelle aucune obligation fiduciaire ne peut être inconciliable. D'après la majorité (par. 76), le Tribunal reconnaît « expressément » que le Canada ne pouvait pas aller de l'avant seul. Elle insiste cependant que le Tribunal pouvait en quelque sorte conclure qu'une obligation fiduciaire avait vu le jour même si « [le Canada n'était pas doté] d'un pouvoir total ou exclusif », pourvu que le Canada conserve une « étendue » de pouvoir qui laissait des intérêts autochtones identifiables « vulnérable[s] » à la prise par la Couronne fédérale de mesures défavorables dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire (par. 76). Certes, les peuples autochtones qui

structure and the *Terms of Union*. So long as that legal context remains unaccounted for, the argument that “a degree” of control is sufficient is not so much an answer as a peremptory conclusion. Just what “degree” of control is necessary to hold Canada responsible by way of fiduciary law for failing to resolve comprehensively such matters which lie beyond its constitutional powers to resolve comprehensively is left unstated. One hopes the Tribunal will know it when it sees it.

[171] As this Court explained in *Wewaykum* (at paras. 15-16), Canada could not — despite its obligation to set out reserves pursuant to Article 13 — unilaterally mark out provincial land as reserves. Article 13 and s. 92(5) of the *Constitution Act, 1867* contemplated, rather, that the Province retain jurisdiction over the management and sale of the public lands belonging to the Province, meaning that Canada could establish an Indian reserve only where the Province agreed to transfer the requisite land to Canada. In other words, the Province, whose contemporary views on the reservation of lands for Indians were at variance (to put it mildly) from those of the Dominion government (*Wewaykum*, at para. 17; see also P. Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics: The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989* (1990), at p. 44), effectively held a veto over the setting apart of provincial Crown lands as a reserve.

[172] Further, it is evident from the record that the Province had exercised that effective veto. Gilbert Sproat, an earlier Indian Reserve Commissioner, raised the band’s circumstances with the provincial government, to no avail. As a result, Sproat wrote to his superiors in Ottawa that he believed the Dominion government had done everything “which a humane Government could be expected to undertake” in the circumstances, but had encountered unwillingness on the part of the Province to work towards a solution: Letter to the Superintendent General of

vivaient en Colombie-Britannique après l’adhésion de celle-ci étaient vulnérables à l’exercice du pouvoir discrétionnaire de Sa Majesté du chef du Canada. Or, l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire était circonscrit par la structure fédérale du pays et les *Conditions de l’adhésion*. Tant que l’on ne tient pas compte du contexte juridique, l’argument voulant qu’« une étendue » de pouvoir suffise participe moins d’une réponse que d’une conclusion péremptoire. On n’indique pas l’« étendue » exacte de pouvoir requise pour tenir le Canada responsable, par la voie du droit des fiducies de l’omission de régler de manière exhaustive ces questions, une tâche qui allait au-delà de ses compétences constitutionnelles. Espérons que le Tribunal le saura quand il la trouvera.

[171] Comme l’explique la Cour dans *Wewaykum* (par. 15-16), le Canada, malgré l’obligation que lui fait l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion* d’établir des réserves, ne pouvait pas créer unilatéralement des réserves sur des terres provinciales. Comme le prévoient plutôt cet article et le par. 92(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la province demeurait compétente pour gérer et vendre les terres publiques lui appartenant, de sorte que le Canada ne pouvait établir une réserve indienne que si la province acceptait de lui transférer les terres requises. Autrement dit, la province, dont la conception de la mise en réserve de terres pour les Indiens divergeait alors, et c’est là un euphémisme, de celle du gouvernement du Dominion (*Wewaykum*, par. 17; voir également P. Tennant, *Aboriginal Peoples and Politics : The Indian Land Question in British Columbia, 1849-1989* (1990), p. 44), détenait de fait un droit de veto sur la mise de côté de terres de la Couronne provinciale en tant que réserve.

[172] En outre, il ressort du dossier que la province s’est prévalu de ce droit de veto. Un ancien commissaire des réserves indiennes, Gilbert Sproat, avait informé le gouvernement provincial de la situation de la bande, mais en vain. Il avait donc écrit à ses supérieurs d’Ottawa que le gouvernement du Dominion avait selon lui fait tout [TRADUCTION] « ce à quoi on peut s’attendre d’un gouvernement humain » dans les circonstances, mais qu’il s’était heurté aux réticences de la province à trouver une solution (lettre au surintendant général des Affaires indiennes, John

Indian Affairs John A. Macdonald, November 26, 1879, A.R., vol. II, at p. 143. The provincial government's inertia, in his view, was rooted in local political sentiment:

The explanation [for the provincial government not responding to the Dominion proposals] of course is that in this, and some other cases, it would be necessary to compensate the white settler who perhaps by no fault of his own has been so unfortunate as to be the instrument of wrongdoing to the Indians, and this compensation would have to be the subject of a vote in the Provincial Assembly which owing to the state of feeling in this country with respect to Indians would not pass. [p. 143]

[173] Despite these dismal prospects, the Tribunal saw Canada's fiduciary duty as requiring it to press the matter even further: para. 336. While recognizing that Canada could not act unilaterally, the Tribunal found that Canada was nonetheless required to take steps to have the pre-emptions set aside: paras. 326, 328, 334 and 336. Canada could, the Tribunal suggested, have sought to "challenge" the illegal pre-emptions,⁷ or otherwise have "pressed" the Province to resolve the situation: paras. 328 and 336. Just what sort of "challenge" or how it might have "pressed" the matter further, or what other unpromising legal or political avenue Canada should have pursued as a means to securing the reservation of the Village Lands, are not recounted in the Tribunal's reasons. As the majority says, the lengths to which federal officials were to go in order to have the pre-emptions set aside is a "heavily fact-based inquiry": para. 92. Unfortunately, it is also a heavily fact-based inquiry which the Tribunal did not undertake. The most that one can divine from its reasons is that the Tribunal seemed to think it somehow significant that Sproat had once managed, albeit under a vastly different set of circumstances, to vacate illegal pre-emptions of Indian land in the Okanagan: T.R., at paras. 303 and 336; Letter to the Superintendent General of Indian Affairs, October 3, 1877, A.R., vol. IV, at pp. 824-25. The unstated implication is that, had he also "pressed" the matter at Williams Lake, he could have

A. Macdonald, le 26 novembre 1879, d.a., vol. II, p. 143). À son avis, l'inaction du gouvernement provincial tenait à un sentiment politique général au sein de la population de la région :

[TRADUCTION] Cela [le fait que le gouvernement provincial ne donne pas suite aux propositions du Dominion] s'explique bien entendu par le fait que dans ce cas, comme dans certains autres, il serait nécessaire d'indemniser le colon blanc qui, peut-être bien involontairement, a malheureusement commis du tort aux Indiens; cette indemnisation devrait faire l'objet d'un vote à l'assemblée provinciale, un vote qui, en raison des sentiments des habitants de ce pays à l'égard des Indiens, s'avérerait défavorable. [p. 143]

[173] Malgré cette perspective peu encourageante, le Tribunal estime que l'obligation fiduciaire du Canada aurait exigé qu'il insiste encore davantage (par. 336). Tout en reconnaissant que le Canada ne pouvait agir unilatéralement, le Tribunal conclut qu'il était néanmoins tenu de prendre des mesures pour faire annuler les préemptions (par. 326, 328, 334 et 336). Selon lui, il aurait pu tenter de « contester » les préemptions illégales⁷ ou « insister » par ailleurs auprès de la province pour qu'elle remédie à la situation (par. 328 et 336). Le Tribunal n'indique pas dans ses motifs de quel genre de « contestation » il s'agit, la manière dont le Canada aurait pu « insister » davantage, ni les autres avenues juridiques ou politiques peu prometteuses que le Canada aurait dû emprunter pour faire en sorte que les terres du village deviennent une réserve. Comme le disent les juges majoritaires, l'étendue des mesures que devaient prendre les fonctionnaires fédéraux pour faire annuler les préemptions est l'objet d'une « [analyse axée] en grande partie [sur] l'appréciation ou [. . .] l'interprétation des faits » (par. 92). Hélas, il s'agit également d'une analyse axée en grande partie sur l'appréciation ou l'interprétation des faits à laquelle n'a pas procédé le Tribunal. Tout ce que l'on peut deviner de ses motifs, c'est que le Tribunal semble avoir attaché une importance quelconque au fait que M. Sproat était déjà parvenu, quoique dans des circonstances tout à fait différentes, à libérer des terres indiennes de

⁷ The *Land Act*, 1875, S.B.C. 1875, c. 5, exempted Indian settlements from lands available for pre-emption similar to the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 15) ("Proclamation No. 15").

⁷ La *Land Act*, 1875, S.B.C. 1875, c. 5, de façon analogue à la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 15) (« Proclamation n° 15 »), excluait les établissements indiens des terres pouvant être acquises par préemption.

achieved similarly favourable results. But such reasoning is both highly speculative and coated with the gloss of hindsight. Sproat's own opinion, preserved clearly in his letter to the Superintendent General of Indian Affairs, was that there was nothing more to be done in relation to the Village Lands in the face of provincial intransigence. The Tribunal does not explain its discounting of that evidence in arriving at the conclusion that Canada should have exhausted all avenues — whether they really existed or not — of securing the Village Lands as a reserve.

[174] And, of course, the foregoing assumes the validity of the proposition that the best interests of the band were served by the reservation and allotment of the Village Lands. As explained above, however, the record suggests otherwise — specifically, that the band's wish and priority was securing "proper land" without delay. The Tribunal's conclusion that Canada ought to have prioritized an unpromising and potentially futile challenge to decades old pre-emptions over the immediate fulfilment of the band's wish for proper land in order to address its dire circumstances was unreasonable.

[175] Third, the Tribunal's premise that the band's best interests lay in one single outcome — namely the allotment of Village Lands as reserve — does not cohere to this Court's jurisprudence, which calls for a measure of flexibility, grounded in the historical context of a matter, in relation to the creation of reserves under Article 13 of the *Terms of Union*. Canada was entitled — indeed, obliged — to take competing interests into account. It follows that just what the fulfilment of Canada's fiduciary obligations entailed cannot be considered in absolute terms but, rather, must "have regard to the context of the times": *Wewaykum*, at para. 97. For the same reason, the Tribunal's decision to proceed on the basis that

l'Okanagan préemptées illégalement (M.T., par. 303 et 336; lettre au surintendant général des Affaires indiennes, le 3 octobre 1877, d.a., vol. IV, p. 824-825). Sans le mentionner expressément, le Tribunal suppose donc que, s'il avait « insisté » aussi dans le cas de Williams Lake, M. Sproat aurait pu obtenir des résultats tout aussi favorables. Or, ce raisonnement est non seulement très conjectural, mais résulte manifestement d'une analyse a posteriori. L'opinion de M. Sproat, que sa lettre au surintendant général des Affaires indiennes rend avec netteté, était que l'on ne pouvait rien faire de plus en ce qui avait trait aux terres du village à cause de l'intransigence de la province. Le Tribunal ne précise pas les raisons pour lesquelles il écarte cet élément de preuve pour parvenir à la conclusion que le Canada aurait dû emprunter toutes les avenues envisageables — qu'elles aient véritablement existé ou non — pour faire en sorte que les terres du village deviennent une réserve.

[174] Bien entendu, cette analyse suppose que la mise en réserve et l'attribution des terres du village étaient au mieux des intérêts de la bande. Cependant, comme je l'explique précédemment, il appert plutôt du dossier que le vœu et la priorité de la bande étaient d'obtenir sans délai une « terre convenable ». Est donc déraisonnable la conclusion du Tribunal selon laquelle le Canada aurait dû accorder la priorité à la contestation peu prometteuse, et peut-être même vaine, de préemptions intervenues bien avant, pendant des décennies, au lieu d'accéder immédiatement au vœu de la bande d'obtenir une terre convenable pour remédier à sa situation critique.

[175] Troisièmement, le postulat du Tribunal selon lequel l'intérêt de la bande résidait dans une seule mesure, à savoir l'attribution des terres du village en tant que réserve, va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour, laquelle commande, vu le contexte historique en cause, une certaine souplesse dans la création de réserves par application de l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*. Le Canada pouvait — et devait, en fait, — tenir compte des intérêts concurrents. Il s'ensuit que déterminer ce en quoi consiste au juste l'exécution des obligations fiduciaires du Canada ne saurait se faire dans l'absolu, mais plutôt « [en tenant] compte de la situation qui existait à l'époque » (*Wewaykum*, par. 97). C'est pourquoi

Canada had assumed discretionary control over the band's cognizable interest in the Village Lands (majority reasons, at paras. 80-81) was unreasonable. The obligation assumed by the Crown in relation to the conveyance of land for reserves must be considered in light of Article 13, which imposed upon Canada *not* an obligation to continue *the Colony's* policy regarding the creation of Indian reserves, but rather to pursue a policy that is *as liberal* as that pursued by the Colony. Whether it met that obligation is a question the Tribunal has yet to answer. My point here, however, is that Canada owed no obligation arising from cognizable interests in specific lands.

[176] This brings me to O'Reilly's meeting with the band in 1881. The Tribunal found that O'Reilly's refusal to countenance any interference with "white men's rights" was a breach of Canada's fiduciary obligations: para. 338. Certainly, O'Reilly's statement, taken acontextually, suggests that he was unwilling to compromise settler interests. But this must be considered in light of the considerations driving O'Reilly's action, including two decades of settler presence, provincial intransigence and the band's desperate circumstances prompting its immediate need and wish for proper land. Further, the specific evidence as to his actions — for which the Tribunal, again, gave no account — tells a different story: that he was willing, where possible (given the limitations imposed by the provincial government's inaction), to consider the wishes of the band, notwithstanding the settler presence. For instance, at the request of Chief William he arranged for the reservation of several of the band's graveyards located on the Village Lands: Letter dated September 22, 1881, A.R., vol. II, at p. 152. This is not to suggest that O'Reilly devised a perfect solution to the band's circumstances. Indeed, in these circumstances, no perfect solution could conceivably have been arrived upon. But the *sui generis* fiduciary duty does not demand a perfect solution. Rather, it requires loyalty, good faith, full disclosure, and ordinary diligence. When its actions and the evidentiary record are taken into account, there is no basis for concluding that Canada failed to meet any of those

la prémisses du Tribunal voulant que le Canada ait exercé un pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un intérêt identifiable de la bande dans les terres du village (motifs de la majorité, par. 80-81) est déraisonnable. L'obligation contractée par Sa Majesté en lien avec le transfert de terres vouées à la création de réserves doit être considérée à la lumière de l'art. 13, qui *n'*oblige *pas* le Canada à poursuivre la ligne de conduite *de la colonie* en matière de création de réserves, mais bien à adopter une ligne de conduite *aussi libérale* que celle suivie par la colonie. Le Tribunal ne s'est pas encore prononcé sur le respect ou le non-respect de cette obligation. Ce sur quoi j'insiste, toutefois, c'est que le Canada n'avait aucune obligation découlant d'un intérêt identifiable dans des terres en particulier.

[176] Cela m'amène à la rencontre entre M. O'Reilly et la bande en 1881. Le Tribunal estime que le refus de M. O'Reilly de cautionner tout empiètement sur les « droits des hommes blancs » constitue un manquement aux obligations fiduciaires du Canada (par. 338). Certes, considérés hors contexte, les propos de M. O'Reilly donnent à penser qu'il n'entendait pas nuire aux intérêts des colons. Il faut cependant les examiner à la lumière de ce qui motivait les actes de M. O'Reilly, notamment les deux décennies de présence de colons, l'intransigence de la province et, enfin, la situation désespérée de la bande qui est l'origine de son besoin de disposer sans délai d'une terre convenable et du vœu formulé par elle en ce sens. En outre, les éléments de preuve attestant précisément les mesures prises par M. O'Reilly — et dont le Tribunal, encore une fois, ne tient pas compte — dressent un tableau différent de la situation. Le commissaire était en effet disposé, dans la mesure du possible (compte tenu des limites imposées par l'inaction du gouvernement provincial), à prendre en considération les vœux de la bande, malgré la présence de colons. Par exemple, à la demande du chef William, il a pris des dispositions afin que plusieurs des lieux de sépulture de la bande situés sur les terres du village soient mis en réserve (lettre datée du 22 septembre 1881, d.a., vol. II, p. 152). Il ne s'ensuit pas pour autant que M. O'Reilly a conçu une solution parfaite pour remédier à la situation de la bande. En effet, en pareilles circonstances, aucune solution parfaite ne pouvait vraisemblablement être apportée. Cela dit, l'obligation fiduciaire *sui*

requirements in its dealings with the band relating to the Village Lands.

[177] Finally, the Tribunal declined to consider the significance of the allotment of land to the band in 1881 at the claims validity stage, viewing it instead as a matter solely of significance to the compensation phase of the proceeding: para. 343. In my view, this was unreasonable. I take the majority's point that the fiduciary obligations at stake were not owed at large, but only in relation to the Village Lands. But it does not follow that the Tribunal could account for actions taken directly in pursuit of securing alternative lands only when considering compensation. The 1881 allotment was central to the analysis of whether Canada discharged its fiduciary duty because it was the principal means by which Canada sought to do so. While one might see those efforts as having been unsuccessful, that is not the same thing as seeing them as irrelevant to the question at hand.

[178] Again, context is important. Dominion officials were aware of the band's urgent need and desire for proper land. Faced with provincial intransigence and the presence of settlers on the Village Lands, they were presented with an immediate opportunity to provide nearby familiar lands to the band — a solution which the band welcomed. Seen in this light, the 1881 allotment did not simply go towards whether Canada had remedied an earlier breach committed by the Colony, but to whether — as between Canada and the band — a breach had even occurred. By confining the significance of these events to the compensation stage, the Tribunal unduly narrowed its focus, thereby truncating its analysis of Canada's efforts to discharge its fiduciary duty.

generis n'exige pas d'apporter une solution parfaite, mais plutôt de faire preuve de loyauté, de bonne foi et de diligence ordinaire, ainsi que de communiquer l'information de façon complète. Dès lors que l'on tient compte des agissements de M. O'Reilly ainsi que du dossier de preuve, rien ne permet de conclure que le Canada a manqué à l'une ou l'autre de ces exigences lors de ses négociations avec la bande relativement aux terres du village.

[177] Enfin, à l'étape de la détermination du bien-fondé des revendications, le Tribunal refuse de prendre en compte l'importance de l'attribution de terres à la bande en 1881, y voyant plutôt un élément qui importe uniquement à l'étape de la détermination de l'indemnité (par. 343). À mon sens, cela n'est pas raisonnable. Je conviens avec la majorité que les obligations fiduciaires en cause ne revêtaient pas un caractère général, mais visaient seulement les terres du village. En revanche, le Tribunal ne pouvait se borner à tenir compte des mesures prises expressément pour procurer d'autres terres à la bande qu'au moment de la détermination de l'indemnité. L'attribution de terres en 1881 était au cœur de la question de savoir si le Canada s'était acquitté de son obligation fiduciaire, car c'était le principal moyen qu'il avait employé pour y parvenir. On peut certes juger ces efforts infructueux, mais il ne faut pas pour autant les considérer comme étrangers à la question.

[178] Encore une fois, le contexte importe. Les fonctionnaires fédéraux étaient au courant du besoin urgent de la bande et de son vœu d'obtenir une terre convenable. Se heurtant à l'intransigence de la province et à la présence de colons sur les terres du village, ils ont vu la possibilité de fournir sans délai à la bande des terres situées à proximité et qui lui étaient familières, solution qu'elle a accueillie favorablement. Vue sous cet angle, l'attribution de 1881 n'était pas seulement pertinente pour savoir si le Canada avait remédié au manquement antérieur de la colonie, mais aussi s'il n'y avait même jamais eu manquement de sa part envers la bande. En ne reconnaissant l'importance de ce fait qu'à l'étape de l'indemnisation, le Tribunal restreint indûment son angle d'approche, si bien que son analyse des efforts du Canada pour s'acquitter de son obligation fiduciaire s'en retrouve tronquée.

III. The Tribunal's Finding That Canada Is Liable for the Colony of British Columbia's Breach of a Legal Obligation Under Section 14(1)(b) of the Specific Claims Tribunal Act Is Unreasonable

[179] I agree with the majority that the Tribunal reasonably found that the Colony owed, and breached, a *sui generis* fiduciary duty to the band in relation to the Village Lands. As to its reasons for that conclusion (at paras. 39-70), it suffices in my respectful view to observe that this duty arose from the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1859* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 13) and the *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reprinted in R.S.B.C. 1871, App. No. 15) (“*Proclamation No. 15*”), by which the Colony — in the language of *Wewaykum* — undertook discretionary control over specific or cognizable Aboriginal interests. In this case, the Colony undertook to reserve settlement lands, and to restrict non-Indigenous settlement to lands which were “unoccupied and unreserved and unsurveyed . . . not being the site of an existent or proposed town . . . or an Indian Reserve or settlement”: Clause 1 of *Proclamation No. 15*. In short, the Colony’s duty was grounded in its policy to identify Indian settlements and to reserve them for the band’s use.

[180] I am unconvinced, however, that the Tribunal reasonably held Canada responsible for the Colony’s breach of this duty.

[181] The specific claim based on the Colony’s conduct was brought under s. 14(1)(b) of the *Specific Claims Tribunal Act*. The relevant provisions state:

Definitions

2 The following definitions apply in this Act.

...

III. Est déraisonnable la conclusion du Tribunal selon laquelle le Canada est responsable de la violation par la colonie de la Colombie-Britannique d’une obligation légale suivant l’al. 14(1)(b) de la Loi sur le Tribunal des revendications particulières

[179] Je conviens avec les juges majoritaires que le Tribunal conclut raisonnablement que la colonie avait une obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande relativement aux terres du village et qu’elle a manqué à cette obligation. Quant aux motifs pour lesquels ils arrivent à cette conclusion (par. 39-70), je me contente bien respectueusement de signaler que cette obligation découlait de la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1859* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 13) et de la *Proclamation relating to acquisition of Land, 1860* (reproduite dans R.S.B.C. 1871, ann. n° 15) (« *Proclamation n° 15* »), dans lesquelles la colonie, comme le dit la Cour dans *Wewaykum*, exerçait dès lors un pouvoir discrétionnaire à l’égard d’intérêts autochtones particuliers ou identifiables. En l’espèce, la colonie s’est engagée à mettre en réserve des terres d’établissement et à limiter l’établissement de non-Autochtones à des terres [TRADUCTION] « étant inoccupées, n’étant pas réservées et n’étant pas arpentées, et ne devant pas être à l’emplacement d’une ville existante ou proposée [. . .] ni être une réserve indienne ou un établissement indien » (article premier de la *Proclamation n° 15*). En bref, l’obligation de la colonie découlait de sa politique de localisation des établissements indiens et de mise de ceux-ci en réserve à l’intention de la bande.

[180] Toutefois, je ne suis pas convaincu qu’il est raisonnable, de la part du Tribunal, de tenir le Canada responsable du manquement de la colonie à cette obligation.

[181] En l’espèce, la revendication particulière fondée sur la conduite de la colonie a été présentée en application de l’al. 14(1)(b) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*. Les dispositions pertinentes sont ainsi libellées :

Définitions

2 Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

...

Crown means Her Majesty in right of Canada.

...

Grounds of a specific claim

14 (1) ...

...

(b) a breach of a legal obligation of the Crown under the *Indian Act* or any other legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians — of Canada or of a colony of Great Britain of which at least some portion now forms part of Canada;

...

Extended meaning of *Crown* — obligations

(2) For the purpose of applying paragraphs (1)(a) to (c) in respect of any legal obligation that was to be performed in an area within Canada's present boundaries before that area became part of Canada, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies to the extent that the legal obligation or any liability relating to its breach or non-fulfilment became — or would, apart from any rule or doctrine that had the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of passage of time or delay, have become — the responsibility of the Crown in right of Canada.

[182] The text of s. 14(2) makes clear that the Act does not impose blanket responsibility upon Canada for all colonial obligations and liabilities that are the subject of a specific claim under s. 14(1)(b). Rather, s. 14(2) describes two circumstances in which the Crown in right of Canada must answer for the Imperial Crown: (i) where *the legal obligation* that was breached *became the responsibility of Canada*; or (ii) where *liability relating to the breach* or non-fulfilment of the legal obligation *became the responsibility of Canada*. In short, s. 14(2) is not a self-contained, stand-alone source of liability that may be imposed upon Canada. Liability under s. 14(2) is conditioned upon *something else* — that is, something other than s. 14(2) itself — which made the obligation or liability *become* Canada's responsibility.

Sa Majesté Sa Majesté du chef du Canada.

...

Revendications admissibles

14 (1) ...

...

(b) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d'une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada;

...

Période préconfédérative — obligation

(2) Pour l'application des alinéas (1)a) à c) à l'égard d'une obligation légale qui devait être exécutée sur un territoire situé à l'intérieur des limites actuelles du Canada avant l'entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci n'eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l'écoulement du temps ou d'un retard.

[182] Il ressort du libellé du par. 14(2) que la Loi n'impute pas de responsabilité générale au Canada relativement à l'ensemble des obligations et des responsabilités coloniales qui font l'objet d'une revendication particulière au titre de l'al. 14(1)b). En fait, le par. 14(2) prévoit deux cas où Sa Majesté doit répondre des actes de la Couronne impériale, à savoir (i) lorsque *l'obligation légale violée a été imputée au Canada* ou (ii) que *toute responsabilité en découlant a été imputée au Canada*. En somme, le par. 14(2) n'est pas une disposition autonome susceptible à elle seule de donner lieu à l'imposition d'une responsabilité au Canada. La responsabilité y est conditionnée par l'existence *d'autre chose* — que le par. 14(2) comme tel — qui a fait en sorte que l'obligation ou la responsabilité *soit imputée* au Canada.

[183] In other words, s. 14(2) is *an enforcement mechanism* which compels Canada to answer for the Imperial Crown *where Canada has by some other means acquired responsibility for an obligation or a liability* relating to Indians or lands reserved for Indians.

[184] And, in this case, determining whether Canada acquired such responsibility requires examining the legal instrument by which it might have done so: the *Terms of Union*.

[185] With this legal backdrop in place, I now turn to consider the Tribunal's treatment of s. 14(2).

[186] The majority takes the Tribunal to have interpreted s. 14(2) so as to effectively project the Crown in right of Canada into the place of the Imperial Crown for the purpose of pre-Union specific claims. I agree that this is how the Tribunal appears to have viewed the matter, although it initially recognized that s. 14(2) places Canada in the same legal position as the Imperial Crown "but not for all potential liabilities of the Imperial Crown in the pre-Confederation era": para. 163. It then, however, incongruously concluded this discussion by stating:

The legal obligations that "... became or would have become the responsibility of the Crown in right of Canada" are those that became obligations of Canada on confederation, and for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach. [para. 164]

The Tribunal raised the topic again later, stating that the fiduciary relationship between the Colony and the band was a "legal obligation within the meaning of the term in s. 14(2) when the factors necessary to ground a fiduciary duty are present": para. 174. This point, however, seems to have been directed towards Canada's argument that the reference in s. 14(2) to "legal obligation" could refer only to a purely statutory obligation, and not a fiduciary obligation: T.R., at paras. 161 and 175.

[187] In short, the Tribunal's reasoning on s. 14(2) is unclear. Assuming, however, as the majority does,

[183] En d'autres termes, le par. 14(2) constitue *un mécanisme d'application* qui oblige le Canada à répondre des actes de la Couronne impériale *lorsque, par d'autres voies, il a contracté une obligation ou une responsabilité* relativement aux Indiens ou aux terres réservées pour eux.

[184] Et, dans la présente affaire, décider si le Canada a contracté une telle obligation exige l'examen du texte législatif dans lequel il aurait pu le faire : les *Conditions de l'adhésion*.

[185] Au vu de ce contexte juridique, j'examine maintenant l'analyse du par. 14(2) par le Tribunal.

[186] Les juges majoritaires estiment que le Tribunal interprète le par. 14(2) de manière à substituer Sa Majesté du chef du Canada à la Couronne impériale pour les fins des revendications particulières visant la période préconfédérative. J'admets que le Tribunal paraît aborder la question sous cet angle, même si, comme il le reconnaît au départ, le par. 14(2) place le Canada dans la même situation juridique que la Couronne impériale, « mais pas en ce qui concerne toutes les obligations potentielles de la Couronne impériale pendant la période préconfédérative » (par. 163). Cependant, il paraît ensuite conclure de façon incongrue son raisonnement en affirmant ce qui suit :

L'obligation légale qui a été « imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci » est devenue l'obligation du Canada lors de la Confédération et celle que le Canada, s'il avait été à la place de la colonie, aurait violée. [par. 164]

Le Tribunal revient sur le sujet plus loin en indiquant que la relation fiduciaire entre la colonie et la bande constituait une « obligation légale au sens du par 14(2) si les facteurs permettant de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire sont réunis » (par. 174). Or, il semble s'agir d'une réponse à l'argument du Canada selon lequel l'« obligation légale » visée au par. 14(2) ne peut s'entendre que d'une obligation d'origine purement législative, non d'une obligation fiduciaire (M.T., par. 161 et 175).

[187] Bref, le raisonnement que tient le Tribunal au sujet du par. 14(2) n'est pas clair. À supposer

that it interpreted s. 14(2) as meaning that Canada assumed all colonial obligations regarding pre-Union, specific claims, this interpretation is unreasonable. As I have already observed, s. 14(2) creates an enforcement mechanism that is triggered in limited and delineated circumstances, and is not itself a basis for imposing liability upon Canada. Indeed, the “careful wording” of s. 14(2) has been taken by commentators as demonstrating that Canada did not intend by its enactment to accept responsibility for *all* claims precipitated by the actions of the Imperial Crown: P. Salembier et al., *Modern First Nations Legislation Annotated* (2016 ed.), at p. 811. This view of Parliament’s intention as being to disclaim liability for matters falling under provincial responsibility is, moreover, consistent with statements made by the Minister of Indian Affairs and Northern Development during Committee deliberations on the enactment of the *Specific Claims Tribunal Act*:

While we respect the jurisdiction of the provinces and territories, I realize that there may be some uneasiness about tribunal decisions where Canada has been found not to be wholly responsible for the losses of the claimant first nation. I wish to make it clear that if the province or territory has not volunteered to become a party to the proceedings, the tribunal has no jurisdiction to rule on provincial or territorial liability. In the absence of the province or territory, the tribunal will determine federal liability only. However, first nations will continue to be able to pursue their claims against provinces and territories through the courts or negotiations with those parties. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Aboriginal Affairs and Northern Development, *Evidence*, No. 12, 2nd Sess., 39th Parl., February 6, 2008, at p. 2 (Hon. C. Strahl))

[188] Contrary to that carefully expressed intention in s. 14(2), the Tribunal’s placement of Canada “in the place of the [C]olony” for the purpose of claims under s. 14(1)(b) would effectively make Canada the automatic successor to *all* colonial actions that could

toutefois, comme la majorité, que le Tribunal interprète le par. 14(2) comme conférant au Canada toutes les obligations coloniales en ce qui concerne les revendications particulières visant la période préconfédérative, son interprétation est déraisonnable. Rappelons que le par. 14(2) crée un mécanisme d’application qui ne se déclenche que dans des circonstances bien circonscrites et qu’il ne peut à lui seul imposer quelque obligation au Canada. En effet, pour certains auteurs de doctrine, la [TRADUCTION] « soigneuse formulation » du par. 14(2) montrerait que le Canada n’a pas voulu, par son adoption, assumer la responsabilité pour *toutes* les revendications découlant d’actes de la Couronne impériale (P. Salembier et autres, *Modern First Nations Legislation Annotated* (éd. 2016), p. 811). Ce point de vue selon lequel le législateur a voulu se soustraire à toute responsabilité concernant des matières qui relèvent de la compétence provinciale concorde en outre avec les déclarations du ministre des Affaires indiennes et du Développement du Nord lors des débats du Comité qui ont précédé l’adoption de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* :

Bien que nous respectons les compétences des provinces et des territoires, je suis conscient que les décisions du tribunal établissant que le Canada n’est pas le seul responsable des préjudices subis par la première nation requérante pourraient susciter des inquiétudes. Je tiens à préciser que, si la province ou le territoire n’a pas demandé à être partie en cause, le tribunal ne peut rendre de décision quant à sa responsabilité, auquel cas le tribunal ne statuera que sur la responsabilité du gouvernement fédéral. Toutefois, les premières nations pourront encore présenter leurs revendications aux provinces et aux territoires et, pour les régler, s’adresser aux tribunaux ou entreprendre un processus de négociation avec les parties concernées. [Je souligne.]

(Comité permanent des affaires autochtones et du développement du Grand Nord, *Témoignages*, n° 12, 2^e sess., 39^e lég., 6 février 2008, p. 2 (l’hon. C. Strahl))

[188] Contrairement à cette intention soigneusement exprimée au par. 14(2), le fait que le Tribunal a mis le Canada « à la place de la colonie » pour les besoins des revendications au titre de l’al. 14(1)(b) reviendrait effectivement à faire automatiquement

ground a specific claim. While several intervenors urge this very reading of s. 14(2), it fails to account for the text of s. 14(2). Had Parliament intended, as the Tribunal appears to have supposed, to assume responsibility for all colonial obligations and liabilities with respect to specific claims, it would have been a simple matter for it to do so.

[189] I also observe that the Tribunal provides *no justification whatsoever* for its conclusory statement that Canada is responsible under the Act for all the Colony's breaches of legislation and fiduciary duty: paras. 164 and 245. While I do not rule out the possibility that s. 14(2) may be properly invoked here to impose liability upon Canada for the Colony's failure to protect Indian settlements, in order to arrive at that conclusion the Tribunal would have to account for the basic statutory preconditions to imposing responsibility upon Canada under s. 14(2), which I have already discussed. A reasonable decision must be "defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir*, at para. 47 (emphasis added).

[190] Moreover, and bearing in mind that s. 14(2) can only be triggered in this appeal by an obligation or liability acquired by Canada under the *Terms of Union*, it is worth recalling that Article 13 of the *Terms of Union* did not impose an obligation upon Canada to continue *the Colony's policy* in respect of reserve creation. Rather, it merely required Canada to pursue "a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government", which was to entail the Province's conveyance "from time to time" of "tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose", which Canada would then keep "in trust for the use and benefit of the Indians". While the phrase "a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government" connotes a benchmark of liberality, it does not suggest (as the Tribunal saw it as suggesting, at para. 320) a commitment to the Colony's particular policy of

du Canada le successeur de la colonie pour *tous* les actes susceptibles de fonder une revendication particulière. Bien que plusieurs intervenants appellent à une telle interprétation du par. 14(2), celle-ci ne tient pas compte de son texte. Si le législateur avait voulu, comme paraît le supposer le Tribunal, que le Canada se rende débiteur de toutes les obligations de la colonie et sujet de toutes ses responsabilités en ce qui a trait aux revendications particulières, il lui aurait été facile de le prévoir expressément.

[189] Signalons également que le Tribunal ne fournit *aucune justification* de son affirmation péremptoire selon laquelle le Canada est, aux termes de la Loi, responsable de toute violation d'une obligation fiduciaire ou légale par la colonie (par. 164 et 245). Je n'écarte pas la possibilité d'invoquer à juste titre le par. 14(2) en l'espèce pour tenir le Canada responsable de l'omission de la colonie de protéger les établissements indiens, mais pour arriver à cette conclusion, le Tribunal devrait tenir compte des conditions préalables à l'imposition d'une telle responsabilité au Canada suivant le par. 14(2), dont je fais état précédemment. Une décision raisonnable doit « se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47 (je souligne)).

[190] En outre, et sans oublier que le par. 14(2) ne peut s'appliquer en l'espèce que si les *Conditions de l'adhésion* confèrent quelque obligation ou responsabilité au Canada, il vaut la peine de rappeler que l'art. 13 de ces conditions n'oblige nullement le Canada à poursuivre l'application de *la politique de la colonie* au chapitre de la création de réserves. Cette disposition exige plutôt seulement qu'il adopte « une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique », ce qui comprend le transfert par la province, « de temps à autre », d'« étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie-Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet », que le Canada devait dès lors conserver « au nom et pour le bénéfice des Sauvages ». Bien que l'énoncé « une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie-Britannique » suppose un certain degré de libéralité, il ne dénote pas (contrairement à ce que

protecting Indian settlements such as the Village Lands from pre-emption.

[191] I acknowledge that, from the time of Union, Canada owed a fiduciary obligation to the band in relation to the reservation of land. That obligation differed markedly, however, both in content and form, from that which had been owed by the Colony by operation of *Proclamation No. 15*, such that it cannot be said that the Colony's original fiduciary obligation *became* the responsibility of Canada within the meaning of s. 14(2).

[192] Two considerations support this view. First, and as I have already explained, Canada's fiduciary obligations to the band respecting reserve creation must account for the text of Article 13 of the *Terms of Union*, which contemplates a measure of flexibility in Canada's policy choices. The necessity of doing so is affirmed by the mutually distinct constitutional regimes under which the Colony's obligations and Canada's obligations were assumed. When Governor Douglas issued *Proclamation No. 15* and undertook at Cayoosh and Lytton to protect Indian settlements from pre-emption, he had full authority to implement that policy, having "had complete control of the colony's administration" (Tennant, at p. 26). After Union, however, and as Article 13 expressly contemplates, Canada's obligation to set out reserves could be fulfilled only with provincial cooperation, due to the vesting of provincial lands in the provincial Crown: *Wewaykum*, at paras. 15-16. (This may have been what the Tribunal itself contemplated in its description of Canada having "assumed, with limits, the unilateral undertaking previously made by the [C]olony": para. 320 (emphasis added).) In a similar vein, both colonial legal obligations that formed the basis of the claim were, in keeping with the text of s. 14(1)(b), rooted in legislation (specifically the protection of Indian settlements from pre-emption under *Proclamation No. 15*: T.R., at paras. 160 and 166). The Tribunal does not explain how these legal obligations can be said to have become the responsibility of Canada where the statutory protection of Indian

laisse entendre le Tribunal au par. 320 de ses motifs) l'engagement de poursuivre précisément l'application de la politique coloniale consistant à protéger contre la préemption des établissements indiens tels que les terres du village.

[191] Certes, au moment de l'adhésion, le Canada avait une obligation fiduciaire envers la bande quant à la mise de terres en réserve. Toutefois, cette obligation différait nettement, tant par sa teneur que par sa forme, de celle qui incombait à la colonie sous le régime de la *Proclamation n° 15*, si bien qu'on ne saurait prétendre que l'obligation fiduciaire initiale de la colonie *a été* imputée au Canada au sens du par. 14(2).

[192] Ce point de vue repose sur deux considérations. Premièrement, je le répète, les obligations fiduciaires du Canada envers la bande concernant la création de réserves doivent être définies au regard de l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*, qui confère une certaine souplesse au Canada dans l'adoption de politiques en la matière. Il en est ainsi à cause des régimes constitutionnels mutuellement exclusifs en vertu desquels les obligations de la colonie et celles du Canada ont été contractées. Lorsque le gouverneur Douglas a adopté la *Proclamation n° 15* et qu'il s'est engagé à Cayoosh et Lytton à protéger les établissements indiens contre la préemption, il avait pleins pouvoirs pour mettre en œuvre cette politique puisqu'il [TRADUCTION] « exerçait un contrôle absolu sur l'administration de la colonie » (Tennant, p. 26). Cependant, après l'adhésion et comme le prévoit expressément l'art. 13, l'obligation du Canada de mettre des terres de côté en réserve ne pouvait être remplie qu'avec le concours de la province, car les terres appartenaient à la Couronne provinciale (*Wewaykum*, par. 15-16). (Voilà peut-être d'ailleurs ce que le Tribunal a lui-même en tête lorsqu'il affirme que le Canada avait « assumé, dans une certaine mesure, l'engagement unilatéral pris antérieurement par la colonie » (par. 320 (je souligne).) Dans la même veine, les deux obligations légales de la colonie qui fondent la revendication, conformément au libellé de l'al. 14(1)(b), prennent leur source dans un texte législatif (en l'occurrence les dispositions de la *Proclamation n° 15* protégeant les

settlements from pre-emption subsisted in *provincial* law after Union: see e.g. *Land Act, 1875*, c. 5, s. 3.

[193] Secondly, and turning to the second prong of s. 14(2), the Tribunal did not establish Canada's *liability* for the Colony's breach. On this point, the parties drew the Tribunal's attention to the *Terms of Union* and, in particular, to Article 1, by which Canada agreed to be "liable for the debts and liabilities of British Columbia existing at the time of the Union". This, the band argued before the Tribunal, embraces the Colony's *liability* for its failure to protect the Village Lands from pre-emption: A.R., vol. XV, at pp. 3823-24.

[194] Regrettably, the Tribunal did not consider it necessary to address this argument: paras. 243 and 248. Instead, as I have already recounted (at paras. 186-87), the Tribunal equated pre-Union colonial obligations and liabilities with post-Union Canadian obligations and liabilities. And, as I have explained, this is not remotely defensible by any standard of review. It skates over the plain and unambiguous text of its enabling statute (despite the useful submissions of both parties on this issue).

[195] I am mindful of the "respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support" of the Tribunal's decision that reasonableness review entails: *Dunsmuir*, at para. 48, quoting D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286. In my view, however, the Tribunal's treatment in its reasons of s. 14(2) lacks each of the principal hallmarks of a reasonable decision: justification, transparency, and intelligibility (*Dunsmuir*, at para. 47). This was, so far as I am aware, the Tribunal's first opportunity to interpret the extended meaning of "the Crown" in s. 14(2). Its failure to do

établissements indiens contre la préemption (M.T., par. 160 et 166)). Le Tribunal omet de préciser comment on peut soutenir que ces obligations légales ont été imputées au Canada — dans la mesure où, après l'adhésion, les établissements indiens sont demeurés protégés contre la préemption par la loi *provinciale* (voir p. ex. la *Land Act, 1875*, c. 5, art. 3).

[193] Deuxièmement, pour passer à la seconde condition du par. 14(2), le Tribunal n'établit pas la *responsabilité* du Canada pour la violation dont la colonie s'est rendue coupable. À cet égard, les parties ont attiré l'attention du Tribunal sur les *Conditions de l'adhésion* et, en particulier, sur son article premier par lequel le Canada convient d'être « responsable des dettes et obligations de la Colombie-Britannique existantes à l'époque de l'Union ». La bande a fait valoir que cette prise en charge englobait la responsabilité de la colonie découlant de son omission de protéger les terres du village contre la préemption (d.a., vol. XV, p. 3823-3824).

[194] Malheureusement, le Tribunal ne juge pas nécessaire de répondre à cet argument (par. 243 et 248). Il établit plutôt, comme je le signale aux par. 186 et 187, une équivalence entre les obligations et les responsabilités de la colonie avant l'adhésion et celles qui incombaient au Canada après celle-ci. Et, je le répète, cette position est totalement indéfendable quelle que soit la norme de contrôle appliquée. Le Tribunal esquive ainsi le libellé clair et non équivoque de sa loi habilitante (malgré les observations instructives des parties sur le sujet).

[195] Je suis conscient que la norme de la décision raisonnable exige de faire preuve d'une [TRADUCTION] « attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui » de la décision du Tribunal (*Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286). À mon sens, cependant, l'interprétation du par. 14(2) par le Tribunal dans ses motifs ne présente aucune des principales caractéristiques d'une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Dunsmuir*, par. 47). Pour autant que je sache, il s'agissait de la première occasion qui s'offrait au

so is particularly unfortunate in light of the unique role this provision plays in resolving claims arising from pre-Union events. Further, statutory text remains both the starting point of the exercise of statutory interpretation and the focal point of the analysis: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. No clear explanation is offered for the Tribunal's evident reading of s. 14(2) as "defin[ing] the Crown as a single, continuous, and indivisible entity": majority reasons, at para. 127 (emphasis in original). This is in no sense anchored to the words actually chosen by Parliament. Had such indiscriminate "Crown" liability been Parliament's intended result, the provision could easily have been drafted accordingly.

[196] In sum, the Tribunal's reasons for finding that Canada was liable for breaches by the Colony pursuant to s. 14(2) find no support in, and indeed are entirely untethered from, the applicable statutory scheme which it was bound to apply. Its decision was therefore unreasonable.

[197] It may well be that the *Terms of Union*, correctly understood and interpreted, do support the Tribunal's conclusions regarding Canada's liability under s. 14(2). But whether that is so, and why, cannot be ascertained from the Tribunal's reasons. Those reasons should therefore not be the last word on the matter. I would return this matter to the Tribunal for determination of whether, pursuant to s. 14(2), the legal obligation that was breached or the liability relating to its breach became the responsibility of Canada. This would entail accounting for whether, as required by Article 13 of the *Terms of Union*, Canada continued, in respect of lands reserved for Indians, "a policy as liberal as that [prior to Union] pursued by the British Columbia Government".

[198] Further, I note the arguments of the joint interveners the Cowichan Tribes, the Stz'uminus First Nation, the Penelakut Tribe and the Halalt First Nation that Canada may have assumed liability for

Tribunal pour interpréter le terme « Sa Majesté » dont la portée est étendue au par. 14(2). Son choix de s'en abstenir est particulièrement malheureux étant donné la fonction unique de cette disposition dans le règlement de revendications qui visent la période préconfédérative. Qui plus est, le texte de la disposition demeure à la fois le point de départ de l'entreprise d'interprétation législative et l'axe central de l'analyse qui s'impose (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Or, nulle explication claire n'est donnée de l'interprétation évidente du Tribunal selon laquelle le par. 14(2) « [fait] de la Couronne [. . .] une entité unique, continue et indivisible » (motifs de la majorité, par. 127 (en italique dans l'original)). Cette lecture n'est aucunement étayée par le texte législatif effectivement retenu. Si l'objectif du législateur avait été d'imposer une telle responsabilité indifférenciée à « Sa Majesté », il aurait été aisé de rédiger la disposition en conséquence.

[196] En résumé, les motifs pour lesquels le Tribunal conclut que le Canada est responsable des violations de la colonie au regard du par. 14(2) ne trouvent ni appui, ni quelque fondement, dans le régime législatif qu'il est tenu d'appliquer. Sa décision est donc déraisonnable.

[197] Il est fort possible que, comprises et interprétées correctement, les *Conditions de l'adhésion* appuient effectivement les conclusions du Tribunal en ce qui a trait à la responsabilité du Canada suivant le par. 14(2). Or, les motifs du Tribunal ne permettent pas de tirer pareilles conclusions ni de les justifier. Ils ne devraient donc pas être décisifs sur ce point. Je suis d'avis de renvoyer le dossier au Tribunal afin qu'il décide si, d'après le par. 14(2), l'obligation légale violée ou la responsabilité découlant de sa violation a été imputée au Canada. Le Tribunal devrait alors se demander si, comme l'exige l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*, à l'égard des terres réservées aux Indiens, le Canada a poursuivi « une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie [jusqu'à l'adhésion] par le gouvernement de la Colombie-Britannique ».

[198] De plus, je prends acte des arguments soumis par les intervenants conjoints Cowichan Tribes, Stz'uminus First Nation, Penelakut Tribe et Halalt First Nation selon lesquels, à l'article premier des

outstanding breaches of colonial fiduciary obligations under Article 1 of the *Terms of Union*, inasmuch as those breaches might qualify as “debts and liabilities of British Columbia existing at the time of the Union”. On that point, the respondent counters that the language of Article 1 connotes only recorded public debt known at the time of Union: R.F., at para. 127. As I have already noted, the Tribunal chose not to address the effect of Article 1. Remitting this matter back to the Tribunal would allow it to also consider whether, by operation of Article 1 of the *Terms of Union*, s. 14(2) can be said to impose responsibility upon Canada on the basis that “liability relating to [the breach of a legal obligation] became . . . the responsibility of the Crown in right of Canada”.

IV. Supplementing the Tribunal’s Reasons

[199] Although its reasons all but concede that the Tribunal’s interpretation of s. 14(2) is wrong, the majority seeks to supplement the Tribunal’s deficient reasons regarding s. 14(2).

[200] More particularly, the majority seeks to account for “what the Tribunal meant when it said s. 14(2) included obligations ‘for which Canada would, if in the place of the colony, have been in breach’”: para. 118, quoting T.R., at para. 164. And, we are told, the solution to the puzzle is found in the Tribunal’s conclusion that Canada owed a fiduciary duty in relation to the Village Lands when it assumed discretionary control in respect thereof. Both Canada and the Colony had “recognized the band’s specific Aboriginal interest” in those lands, the majority says: para. 117. Meaning, at the time of Union, Canada “assumed the office of fiduciary”: para. 117. “On this approach”, the majority says, “a fiduciary obligation that ‘became . . . the responsibility’ of [Canada] for the purpose of s. 14(2) is one that mirrors a post-Confederation fiduciary obligation of Canada”: para. 119.

[201] In other words, the *sui generis* fiduciary duty which the majority has found Canada to have owed

Conditions de l’adhésion, le Canada aurait accepté la responsabilité des violations existantes par la colonie de ses obligations fiduciaires, pour autant que ces violations puissent être assimilées aux « dettes et obligations de la Colombie-Britannique existantes à l’époque de l’Union ». Sur ce point, l’intimée réplique que le libellé de l’article premier évoque uniquement la dette publique consignée au moment de l’adhésion (m.i., par. 127). Je le répète, le Tribunal a décidé de ne pas se pencher sur l’incidence de l’article premier. Renvoyer le dossier au Tribunal lui permettrait de décider si, par application de l’article premier des *Conditions de l’adhésion*, il est possible d’affirmer que le par. 14(2) impose une responsabilité au Canada du fait qu’une « responsabilité [. . .] découlant [de la violation d’une obligation légale] a été imputée à Sa Majesté ».

IV. Étoffement des motifs du Tribunal

[199] Bien qu’elle n’aille pas, dans ses motifs, jusqu’à admettre que l’interprétation donnée par le Tribunal au par. 14(2) est erronée, la majorité cherche à étoffer les motifs lacunaires du Tribunal sur ce paragraphe.

[200] Plus précisément, la majorité tente d’expliquer « [le sens] des propos du Tribunal lorsqu’il dit que le par. 14(2) vise l’obligation “que le Canada, s’il avait été à la place de la colonie, aurait violée” » (par. 118, citant M.T., par. 164). Et on affirme que la solution à cette énigme se trouve dans la conclusion du Tribunal selon laquelle le Canada avait une obligation fiduciaire relativement aux terres du village quand il a exercé un pouvoir discrétionnaire à leur égard. Les juges majoritaires disent que tant le Canada que la colonie avaient « reconnu l’intérêt autochtone particulier de la bande » dans ces terres (par. 117). Cela signifie qu’à l’époque de l’Union, le Canada « exerçait [. . .] la fonction de fiduciaire » (par. 117). D’après cette approche, selon la majorité, « l’obligation fiduciaire qui “a été imputée” [. . .] [au] Canada suivant le par. 14(2) correspond à l’obligation fiduciaire postconfédérative du Canada » (par. 119).

[201] Autrement dit, l’obligation fiduciaire *sui generis* qu’aurait eue le Canada et qu’il aurait violée

and breached after Union is now doing double-duty: it is not only the basis for a finding under s. 14(1)(c) that *Canada* breached a legal obligation, but also the automatic trigger for finding that Canada is liable for *the Colony's* breach of a legal obligation under s. 14(1)(b) and s. 14(2). On this understanding of s. 14(2), a finding of a post-Union breach of a legal obligation under s. 14(1)(c) would appear to be determinative of Canada's liability in respect of pre-Union breaches as well. Parliament, *ex hypothesi*, need not have bothered to legislate s. 14(2) — or, at least, s. 14(2) is superfluous where a related post-Union breach by Canada is made out.

[202] The majority describes this as a “backward-looking ‘projection’ of Canada’s obligations for the purpose of identifying fiduciary obligations falling within s. 14(2)” (para. 129), which it argues is reasonable because it is consistent with Indigenous views as to the continuity of fiduciary relationships with the Crown, and with Canada’s growing acceptance of responsibility for remedying historical wrongs. All this may be so. But none of it justifies the Tribunal’s reading out of clear statutory text. The Tribunal is no more constitutionally empowered than this Court to aim for a result consistent with its own policy preferences by holding fast to the bits of statutory text that it likes while ignoring the bits that it does not. The proper focus when interpreting legislation is, and must always be, on what the legislator actually said, not on what one might wish or pretend it to have said: *Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, at paras. 48-50 (CanLII).

[203] It is therefore worth reviewing the terms upon which Parliament conditioned the extended definition of “the Crown” in s. 14(2). A legal obligation of the Imperial Crown, or the Imperial Crown’s liability for the breach of a legal obligation, may form the subject of a claim against the Crown *to the*

après l’adhésion aux dires de la majorité fait maintenant double emploi : non seulement sert-elle de fondement à la conclusion tirée en vertu de l’al. 14(1)c) selon laquelle le *Canada* a violé une obligation légale, mais elle permet automatiquement de conclure que le Canada est responsable de la violation, par *la colonie*, d’une obligation légale aux termes de l’al. 14(1)b) et du par. 14(2). Suivant cette conception du par. 14(2), la conclusion qu’il y a eu violation d’une obligation légale après l’adhésion au regard de l’al. 14(1)c) semble déterminante pour ce qui est de la responsabilité du Canada à l’égard aussi des violations précédant l’adhésion. Selon cette hypothèse, le législateur n’avait pas à se donner la peine d’adopter le par. 14(2) ou ce paragraphe est à tout le moins superflu lorsqu’on établit une violation connexe du Canada postérieure à l’adhésion.

[202] Les juges majoritaires affirment qu’il s’agit du « retour en arrière sur les obligations du Canada, dans une optique rétrospective, aux fins de discerner des obligations fiduciaires visées au par. 14(2) » (par. 129), une interprétation qu’ils qualifient de raisonnable car elle va dans le même sens que le point de vue des Autochtones sur la continuité des rapports fiduciaires avec Sa Majesté et la reconnaissance de plus en plus grande par le Canada de sa responsabilité de réparer les erreurs du passé. Tout cela est peut-être vrai, mais aucun de ces éléments ne justifie le fait que le Tribunal écarte une disposition législative claire. La Constitution n’habilite pas plus le Tribunal que notre Cour à viser un résultat conforme à ses propres préférences en matière de politique générale en s’en tenant mordicus aux bribes de texte législatif qui lui plaisent sans tenir compte des bribes qui ne lui plaisent pas. Au moment d’interpréter une loi, il faut toujours se concentrer sur ce que le législateur a vraiment dit, et non sur ce qu’on aurait voulu qu’il dise ou sur ce qu’on prétend qu’il a dit (*Williams c. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 252, par. 48-50 (CanLII)).

[203] Il vaut donc la peine d’examiner les conditions dont le législateur a assorti le sens élargi de « Sa Majesté » au par. 14(2). Une obligation légale de la Couronne impériale, ou sa responsabilité découlant de la violation d’une obligation de cette nature, peut faire l’objet d’une revendication contre

extent that such obligation or liability became the responsibility of the Crown in right of Canada. While the fact of a legal obligation or of liability relating to its breach is significant in that it raises the issue to be decided by applying s. 14(2), it is not determinative. That legal obligation or liability relating to its breach must still be shown to have otherwise *become* the responsibility of Canada. It is no answer to the Tribunal's eliding of this key lynchpin to imposing liability upon Canada under s. 14(2) that the considerations which put s. 14(2) into play were present. All they do is raise the question of whether Canada is liable for the Colony's breach. They do not furnish the answer.

[204] Like the Tribunal's actual reasons, the majority's "backward-looking 'projection'" theory fails to account for the intention of Parliament as recorded in the relevant statutory language. Far from accounting for the text of s. 14(2), the Tribunal's analysis seems to assume that s. 14(2) is the product of poor drafting or oversight (or, as counsel for the band put it, that it was not drafted with "the utmost felicity": transcript, at p. 34). But this Court should not endorse that assumption. Rather, it should assume that Parliament means what it says — especially here, where the extended definition of the "Crown" in s. 14(2) is hardly accidental. As the majority itself observes (at para. 125), it was crafted concomitantly with the shift from the use of the term "federal government" to "Crown" in Canada's specific claims policy.

[205] Respectfully, then, the majority's theory offers no cogent rationalization of the Tribunal's treatment of s. 14(2). Nor does the majority's theory furnish any comprehensible guidance to the Tribunal as it adjudicates the claims brought before it, whether as to this "projected" obligation's content, its scope, its limits, or the steps that might satisfy it in any given case. Nor does it explain how the Tribunal is to apply ss. 14(1)(b) and 14(2) where the legislative

Sa Majesté dans la mesure où pareille obligation ou responsabilité a été imputée à Sa Majesté du chef du Canada. Bien que l'existence d'une obligation légale ou d'une responsabilité en découlant ait de l'importance en ce qu'elle soulève la question à trancher en appliquant le par. 14(2), elle n'est pas déterminante. Il faut tout de même démontrer que cette obligation légale ou responsabilité en découlant a été imputée d'une autre façon au Canada. On ne saurait répondre au fait que le Tribunal a éludé cette clé de voûte de l'imposition d'une responsabilité au Canada au titre du par. 14(2) en invoquant la présence des considérations qui mettent en jeu cette disposition. Tout ce que ces considérations font, c'est de soulever la question de savoir si le Canada est responsable de la violation dont la colonie s'est rendue coupable. Elles n'en fournissent pas la réponse.

[204] À l'instar des motifs du Tribunal, d'après leur véritable sens, la théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective » qu'avancent les juges majoritaires fait abstraction de l'intention du législateur exprimée dans le texte législatif applicable. En effet, loin de s'en tenir au libellé du par. 14(2), le Tribunal semble supposer qu'il est mal rédigé ou lacunaire (ou encore, comme le dit l'avocate de la bande, qu'il n'a pas été rédigé [TRADUCTION] « de façon très heureuse » (transcription, p. 34)). Par contre, la Cour ne devrait pas emprunter cette avenue, mais tenir plutôt pour acquis que le législateur veut bien dire ce qu'il dit, tout particulièrement en l'espèce où le sens élargi du terme « Sa Majesté » au par. 14(2) n'est guère fortuit. La majorité fait d'ailleurs observer elle-même (au par. 125) que ce libellé a vu le jour concomitamment avec l'abandon du terme « gouvernement fédéral » au profit du terme « Sa Majesté » dans la politique du Canada relative aux revendications particulières.

[205] En tout respect alors, la théorie de la majorité ne fournit aucune justification valable à la façon dont le Tribunal examine le par. 14(2). La théorie de la majorité n'offre pas non plus au Tribunal des repères clairs pour statuer sur les revendications dont il est saisi, que ce soit au chapitre de la teneur de cette obligation « projetée », de sa portée, de ses limites ou des mesures qui permettraient de s'en acquitter dans un cas donné. Elle n'explique pas non plus

shortcut that the majority invents via its “backward-looking projection” theory is unavailable — that is, where direct liability has *not* been fortuitously imposed on Canada for breach of a related legal obligation under s. 14(1)(c).

[206] The majority, however, says that its “backward-looking ‘projection’” theory is “grounded in the Tribunal’s reasons”: para. 116. But, and with respect, it is nowhere even remotely suggested in those reasons. The majority also says that this rationale finds support in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. But, and again with respect, the majority cites to passages on resolving textual ambiguity and inconclusive statutory definitions, respectively — neither of which are present here. There is simply no support for the majority’s “backward-looking projection” theory in the law of Canada as stated by this Court, any other court, or Parliament. Indeed, Parliament has legislated to the contrary. In my view, the majority has gone well beyond “supplementing” the reasons of the Tribunal, and has done what this Court cautioned against in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 — specifically, “to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result”: para. 54, quoting *Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at para. 56. In other words, the majority does what this Court has just recently warned against in *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, by “replac[ing] the reasons of administrative bodies with [the Court’s] own, [such that] the outcome of administrative decisions becomes the sole consideration”: para. 27 (emphasis added).

[207] There is much wisdom in those cautionary notes. Judicial review is not artificial resuscitation. As slow as reviewing courts ought to be to reach

comment le Tribunal est censé appliquer l’al. 14(1)b et le par. 14(2) lorsqu’il est impossible d’utiliser le raccourci législatif qu’inventent les juges majoritaires via leur théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective », autrement dit lorsqu’une responsabilité directe *n’a pas* été imposée de manière fortuite au Canada pour violation d’une obligation légale connexe suivant l’al. 14(1)c).

[206] Les juges majoritaires affirment cependant que leur théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective » « prend [. . .] appui sur [les motifs du Tribunal] » (par. 116). Or, en tout respect, ces motifs ne renvoient pas même de loin à la théorie en question. Toujours selon les juges majoritaires, ce raisonnement est étayé par les arrêts *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Cependant, et toujours avec égards, ils citent des passages sur la résolution de l’ambiguïté d’un texte et les définitions non concluantes d’une loi respectivement, alors qu’aucun de ces problèmes ne se pose en l’espèce. Le droit canadien n’appuie nullement la théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective » avancée par les juges majoritaires, comme le précisent notre Cour, toutes les autres cours de justice et le législateur. En fait, ce dernier a prévu le contraire. À mon avis, les juges majoritaires font bien davantage qu’« étoffer » les motifs du Tribunal, et ce, malgré la mise en garde de la Cour dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, contre le fait « de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (par. 54, citant *Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 56). Autrement dit, les juges majoritaires font ce contre quoi la Cour vient tout juste de mettre en garde dans l’arrêt *Delta Air Lines c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, en « rempla[çant] les motifs d’organismes administratifs par les leurs, [si bien que] le résultat des décisions administratives devien[t] la seule considération » (par. 27 (je souligne)).

[207] Ces mises en garde sont empreintes d’une grande sagesse. Le contrôle judiciaire n’a pas pour objet de redonner artificiellement vie à une décision.

such a conclusion, sometimes a statutory delegate's reasons for decision are truly indefensible by any standard. This is one of those times. The Tribunal's reasons for finding that Canada is liable under s. 14(1)(b) for the Colony's breach are just not amenable to judicial supplementing, and this Court should not strain to do so by insisting that, if we just look hard enough, we will be able to see what really isn't there.

[208] I add this. The specific claims process is the product of substantial and complex consultation and carefully crafted legislation. For that reason alone, this Court should not indulge the Tribunal's distortion of the ground rules of this important project. To be sure, the Tribunal's reasons are entitled to "respectful attention". But so is Parliament's carefully expressed direction.

[209] But the stakes here are even higher. It is difficult to overstate the significance of this matter to the ongoing project of reconciliation between the Canadian state and Indigenous peoples, and of remedying historical wrongs. This is particularly so in British Columbia, as the issues under consideration at the Tribunal go to the heart of the constitutional accord represented by the *Terms of Union*. Rights and, just as importantly, responsibilities — including, I stress, responsibilities whose discharge is now of potentially central importance to achieving reconciliation in British Columbia — were assigned thereunder and constitutionally entrenched, by mutual accord, as between British Columbia and Canada. The Tribunal's reasons, and the legally dubious and unsourced theory by which the majority seeks to defibrillate those reasons, elide that constitutional division of responsibilities, and thereby risk upsetting that accord.

Malgré toute la prudence dont doit faire preuve la cour de révision avant d'arriver à une telle conclusion, il arrive parfois que les motifs de décision du délégué prévu par la loi soient vraiment insoutenables, quelle que soit la norme applicable. La présente affaire constitue l'un de ces cas. Les motifs pour lesquels le Tribunal conclut que le Canada est responsable au sens de l'al. 14(1)(b) pour les violations de la colonie ne se prêtent tout simplement pas à l'étoffement judiciaire, et la Cour ne doit pas tenter malgré tout de les étoffer en faisant valoir que, si on y regarde bien, on verra ce qui n'est pas vraiment là.

[208] J'ajoute ceci. Le processus des revendications particulières est le fruit de consultations approfondies et complexes ainsi que d'une loi rédigée avec soin. Pour cette seule raison, la Cour ne devrait pas laisser le Tribunal déformer les règles fondamentales de ce projet d'envergure. Certes, on doit accorder une « attention respectueuse » aux motifs du Tribunal, mais également à la directive donnée avec soin par le législateur.

[209] Les enjeux dans le cas présent sont toutefois encore plus élevés. Il est difficile de surestimer l'importance de l'issue du pourvoi pour le projet de réconciliation en cours entre l'État canadien et les peuples autochtones, ainsi que de réparation des fautes du passé. C'est particulièrement le cas en Colombie-Britannique vu que les questions examinées par le Tribunal touchent au cœur de l'accord constitutionnel que constatent les *Conditions de l'adhésion*. Les droits — et les obligations, qui sont tout aussi importantes, y compris, j'insiste, celles dont l'exécution pourrait aujourd'hui revêtir une importance centrale dans l'accomplissement de la réconciliation en Colombie-Britannique — y sont répartis et constitutionnalisés d'un commun accord entre la Colombie-Britannique et le Canada. Les motifs du Tribunal ainsi que la théorie douteuse sur le plan juridique et non étayée par des sources au moyen de laquelle les juges majoritaires tentent de ranimer ces motifs font abstraction de ce partage constitutionnel des obligations et, de ce fait, risquent de mettre à mal cet accord.

V. Remedy

[210] I have concluded (1) that the Tribunal's finding of a breach by the Colony of its legal obligation within the meaning of s. 14(1)(b) of the *Specific Claims Tribunal Act* was reasonable; (2) that the Tribunal's finding of a post-Union breach of a legal obligation on the part of Canada within the meaning of s. 14(1)(c) was unreasonable; and (3) that the Tribunal's treatment of whether Canada is liable for the Colony's breach based on s. 14(2) was unreasonable.

[211] It follows that I would, like the Federal Court of Appeal, dismiss the band's claim brought under s. 14(1)(c). I would not, however, make the order which the Federal Court of Appeal made respecting the band's claim under s. 14(1)(b). In my respectful view, it was premature to conclude that the 1881 allotment cured the Colony's breach of fiduciary duty. The extent to which that allotment truly mitigated the breach depends upon evidence which the parties might have adduced, and the factual findings which the Tribunal might have made at the compensation stage of the hearing. It was an error to pre-judge that issue without the benefit of the relevant evidence and factual findings.

[212] Of course, whether the s. 14(1)(b) claim can proceed to the compensation stage at all depends upon whether, in this case, the Crown in right of Canada comes within the extended meaning of "the Crown" in s. 14(2). Having omitted to address the submissions regarding Article 1 of the *Terms of Union*, and having failed to properly account for Article 13, the Tribunal did not adequately address this point. I would therefore remit this matter to the Tribunal for determination of whether, pursuant to s. 14(2), the legal obligation that was breached or the liability relating to its breach became the responsibility of Canada. In the case of Article 13, this would entail consideration of whether Canada failed to continue a policy regarding reserve lands as liberal as that pursued by British Columbia prior to Union; and, regarding Article 1, the Tribunal would have to consider whether the breach of the Colony's

V. Réparation

[210] J'estime (1) que la conclusion du Tribunal selon laquelle la colonie a violé son obligation légale au sens de l'al. 14(1)b de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* est raisonnable, (2) que sa conclusion voulant que le Canada ait violé une obligation légale au sens de l'al. 14(1)c après l'adhésion est déraisonnable et (3) que la manière dont le Tribunal a décidé, sur le fondement du par. 14(2), si le Canada est responsable ou non de la violation dont s'est rendue coupable la colonie est déraisonnable.

[211] Partant, je suis d'avis, à l'instar de la Cour d'appel fédérale, de rejeter la revendication présentée par la bande en vertu de l'al. 14(1)c). Toutefois, je ne rendrais pas la même ordonnance en ce qui a trait à la revendication fondée sur l'al. 14(1)b). En tout respect, il était prématuré de conclure que l'attribution de terres en 1881 a remédié au manquement de la colonie à son obligation fiduciaire. La mesure dans laquelle cette attribution a véritablement eu pour effet d'atténuer le manquement dépend des éléments de preuve que les parties auraient pu produire, ainsi que des conclusions de fait que le Tribunal aurait pu tirer à l'étape de la détermination de l'indemnité. La Cour d'appel fédérale a eu tort de préjuger la question en l'absence de tels éléments de preuve et conclusions factuelles.

[212] Bien entendu, la question de savoir si la revendication fondée sur l'al. 14(1)b) peut passer ou non à l'étape de l'indemnisation dépend de celle de savoir si, en l'espèce, Sa Majesté du chef du Canada est visée par le sens élargi du terme « Sa Majesté » figurant au par. 14(2). Puisqu'il omet de se prononcer sur les observations concernant l'article premier des *Conditions de l'adhésion*, ainsi que de tenir dûment compte de l'art. 13, le Tribunal n'examine pas suffisamment ce point. Je suis donc d'avis de lui renvoyer l'affaire afin qu'il décide si, suivant le par. 14(2), l'obligation légale violée ou la responsabilité découlant de cette violation a été imputée au Canada. En ce qui concerne l'art. 13, il lui faudrait alors se demander si le Canada a omis de poursuivre relativement aux terres de réserve une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par la Colombie-Britannique avant l'adhésion. En ce

fiduciary obligation to the band qualified as a “debt” or “liability” of British Columbia existing at the time of Union. If the band succeeds on either question, the matter may then proceed to the compensation stage.

VI. Summary

[213] In summary, I would hold as follows:

1. The standard of review of the Specific Claims Tribunal’s decision is that of reasonableness, except with respect to the Tribunal’s interpretation of the *Terms of Union*, which is reviewable for correctness.
2. To succeed in this case, the band must establish a claim either under s. 14(1)(c) or, failing that, s. 14(1)(b) of the *Specific Claims Tribunal Act*.
3. Section 14(1)(c) provides to First Nations a claim for “a breach of a legal obligation arising from the Crown’s provision or non-provision of reserve lands, including unilateral undertakings that give rise to a fiduciary obligation at law, or its administration of reserve lands, Indian monies or other assets of the First Nation”.
 - In this case, the Tribunal’s finding that, post-Union, Canada breached a legal obligation under s. 14(1)(c) was unreasonable.
 - The conclusion that Canada breached an *ad hoc* fiduciary duty of utmost loyalty to the band by operation of Article 13 of the *Terms of Union* is inconsistent with this Court’s decision in *Wewaykum*.

qui concerne l’article premier, le Tribunal devrait se demander si le manquement de la colonie à son obligation fiduciaire envers la bande constituait une « dette » ou une « obligation » de la Colombie-Britannique existante à l’époque de l’Union. Si la bande a gain de cause dans l’un ou l’autre cas, le dossier peut alors passer à l’étape de la détermination de l’indemnité.

VI. Résumé

[213] Voici en résumé la décision que je rendrais :

1. La norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal des revendications particulières est celle de la raisonabilité, sauf lorsqu’il s’agit de l’interprétation des *Conditions de l’adhésion*, auquel cas la norme est celle de la décision correcte.
2. Pour avoir gain de cause en l’espèce, la bande doit établir le bien-fondé d’une revendication fondée sur l’al. 14(1)c) ou, à défaut, sur l’al. 14(1)b) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*.
3. L’alinéa 14(1)c) dispose qu’il peut y avoir revendication par une première nation pour « la violation d’une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d’une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l’administration par Sa Majesté de terres d’une réserve, ou de l’administration par elle de l’argent des Indiens ou de tout autre élément d’actif de la première nation ».
 - En l’espèce, la conclusion du Tribunal voulant que, après l’adhésion, le Canada ait violé une obligation légale au sens de l’al. 14(1)c) est déraisonnable.
 - La conclusion selon laquelle le Canada a manqué à son obligation fiduciaire *ad hoc* de faire preuve de loyauté absolue envers la bande du fait de l’application de l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion* est inconciliable avec l’arrêt *Wewaykum* de la Cour.

- Further, the Tribunal’s finding that Canada breached a *sui generis* fiduciary duty to allot the Village Lands as a reserve is neither supported by the record nor justified in the Tribunal’s findings.
 - Moreover, the Tribunal’s finding does not account for the limits to Canada’s powers under the *Terms of Union* (relative to the plenary powers held by the Colony).
4. Section 14(1)(b) provides to First Nations a claim for “a breach of a legal obligation of the Crown under the *Indian Act* or any other legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians — of Canada or of a colony of Great Britain of which at least some portion now forms part of Canada”.
 5. The federal Crown’s liability for claims under s. 14(1) that originated prior to Union of British Columbia and Canada is defined in s. 14(2). Section 14(2) contains:
 - an enforcement mechanism,
 - which compels Canada to answer for the Imperial Crown,
 - where Canada acquired responsibility for an obligation or a liability relating to Indians or lands reserved for Indians.
 6. Deciding whether Canada acquired such responsibility in this case entails analysis of Articles 1 and 13 of the *Terms of Union* — an analysis which the Tribunal failed to undertake reasonably (in the case of Article 13) or at all (in the case of Article 1).
 7. While the Tribunal reasonably found that *the Colony* breached a *sui generis* fiduciary duty to the band to set aside the Village Lands as a reserve, the Tribunal’s finding that *Canada* is liable under s. 14(1)(b) for the Colony’s breach
 - En outre, la conclusion selon laquelle le Canada a manqué à son obligation fiduciaire *sui generis* d’attribuer les terres du village pour la création d’une réserve n’est étayée ni par le dossier ni justifiée par les autres conclusions du Tribunal.
 - Qui plus est, la conclusion du Tribunal fait abstraction de la limitation des pouvoirs du Canada dans les *Conditions de l’adhésion* (comparativement au caractère absolu des pouvoirs de la colonie).
4. L’alinéa 14(1)(b) dispose qu’il peut y avoir revendication par une première nation pour « la violation d’une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d’une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada ».
 5. La responsabilité de la Couronne fédérale vis-à-vis des revendications présentées en application du par. 14(1) et visant des faits antérieurs à l’adhésion de la Colombie-Britannique à la Confédération canadienne est prévue au par. 14(2). Cette dernière disposition renferme
 - un mécanisme d’application,
 - qui oblige le Canada à répondre des actes de la Couronne impériale,
 - lorsqu’il a acquis une responsabilité à l’égard d’une obligation se rapportant aux Indiens ou aux terres réservées pour eux.
 6. Décider si le Canada a acquis une telle responsabilité en l’espèce exige que l’on analyse l’article premier et l’art. 13 des *Conditions de l’adhésion*, ce que le Tribunal ne fait pas convenablement dans le cas de l’art. 13 et pas du tout dans le cas de l’article premier.
 7. Même si le Tribunal conclut raisonnablement que *la colonie* a manqué à son obligation fiduciaire *sui generis* envers la bande de mettre de côté en réserve les terres du village, sa conclusion voulant que le *Canada* soit responsable de

is unreasonable. It fails to account for the requirement of s. 14(2) that for Canada to be so liable, the Colony's duty to set aside the Village Lands as a reserve must have "bec[ome] . . . the responsibility of the Crown in right of Canada".

8. I do not, respectfully, accept the majority's "backward-looking 'projection'" theory of statutory liability as an appropriate supplement to the Tribunal's reasons. Nor do I agree with the majority's supposition that this theory somehow captures how the Tribunal's non-existent justification for its conclusion regarding the operation of s. 14(2) should be understood. Nor do I accept that theory on its merits.
9. This matter should be remitted to the Tribunal for determination of whether, pursuant to s. 14(2), the legal obligation or liability relating to its breach became the responsibility of Canada. This will entail the Tribunal deciding
 - whether Canada continued a policy regarding reserve lands as liberal as that pursued by British Columbia prior to Union (in accordance with Canada's obligations under Article 13 of the *Terms of Union*); and
 - whether the breach by the Colony of its fiduciary duty to the band was a "debt" or "liability" of British Columbia existing at the time of Union (within the meaning of Article 1 of the *Terms of Union*).

APPENDIX

Validity and Compensation Provisions of the *Specific Claims Tribunal Act*, S.C. 2008, c. 22

Grounds of a specific claim

14 (1) Subject to sections 15 and 16, a First Nation may file with the Tribunal a claim based on any of the following

cette violation suivant l'al. 14(1)b) est déraisonnable. Elle ne tient pas compte de la condition que prévoit le par. 14(2) pour que le Canada soit ainsi responsable, à savoir que l'obligation de la colonie de mettre de côté en réserve les terres du village ait été « imputée à Sa Majesté [du chef du Canada] ».

8. En tout respect, je ne vois pas dans la théorie du « retour en arrière dans une optique rétrospective » avancée par les juges majoritaires en matière d'obligation légale des éléments susceptibles d'étoffer convenablement les motifs du Tribunal. Je ne souscris pas non plus à leur supposition que cette théorie rend d'une façon ou d'une autre le sens qu'il faut prêter à la justification inexistante du Tribunal pour sa conclusion relative à l'application du par. 14(2). Je ne souscris pas non plus à cette théorie sur le fond.
9. L'affaire devrait être renvoyée au Tribunal afin qu'il décide si, pour l'application du par. 14(2), l'obligation légale ou la responsabilité découlant de sa violation a été imputée au Canada. Il lui faudra donc se demander
 - si, en ce qui concerne les terres de réserve, le Canada a poursuivi une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie par la Colombie-Britannique avant l'adhésion (conformément aux obligations qui incombent au Canada suivant l'art. 13 des *Conditions de l'adhésion*) et
 - si la violation par la colonie de son obligation fiduciaire envers la bande constitue une « dette » ou une « obligation » de la Colombie-Britannique existante à l'époque de l'Union (au sens de l'article premier des *Conditions de l'adhésion*).

ANNEXE

Dispositions de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, L.C. 2008, c. 22, sur le bien-fondé de la revendication et sur l'indemnisation

Revendications admissibles

14 (1) Sous réserve des articles 15 et 16, la première nation peut saisir le Tribunal d'une revendication fondée sur

grounds, for compensation for its losses arising from those grounds:

- (a) a failure to fulfil a legal obligation of the Crown to provide lands or other assets under a treaty or another agreement between the First Nation and the Crown;
- (b) a breach of a legal obligation of the Crown under the *Indian Act* or any other legislation — pertaining to Indians or lands reserved for Indians — of Canada or of a colony of Great Britain of which at least some portion now forms part of Canada;
- (c) a breach of a legal obligation arising from the Crown's provision or non-provision of reserve lands, including unilateral undertakings that give rise to a fiduciary obligation at law, or its administration of reserve lands, Indian moneys or other assets of the First Nation;
- (d) an illegal lease or disposition by the Crown of reserve lands;
- (e) a failure to provide adequate compensation for reserve lands taken or damaged by the Crown or any of its agencies under legal authority; or
- (f) fraud by employees or agents of the Crown in connection with the acquisition, leasing or disposition of reserve lands.

Extended meaning of *Crown* — obligations

(2) For the purpose of applying paragraphs (1)(a) to (c) in respect of any legal obligation that was to be performed in an area within Canada's present boundaries before that area became part of Canada, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies to the extent that the legal obligation or any liability relating to its breach or non-fulfilment became — or would, apart from any rule or doctrine that had the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of passage of time or delay, have become — the responsibility of the Crown in right of Canada.

l'un ou l'autre des faits ci-après en vue d'être indemnisée des pertes en résultant :

- a) l'inexécution d'une obligation légale de Sa Majesté liée à la fourniture d'une terre ou de tout autre élément d'actif en vertu d'un traité ou de tout autre accord conclu entre la première nation et Sa Majesté;
- b) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou aux terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d'une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada;
- c) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d'une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l'administration par Sa Majesté de terres d'une réserve, ou de l'administration par elle de l'argent des Indiens ou de tout autre élément d'actif de la première nation;
- d) la location ou la disposition, sans droit, par Sa Majesté, de terres d'une réserve;
- e) l'absence de compensation adéquate pour la prise ou l'endommagement, en vertu d'un pouvoir légal, de terres d'une réserve par Sa Majesté ou un organisme fédéral;
- f) la fraude, de la part d'un employé ou mandataire de Sa Majesté, relativement à l'acquisition, à la location ou à la disposition de terres d'une réserve.

Période préconfédérative — obligation

(2) Pour l'application des alinéas (1)a) à c) à l'égard d'une obligation légale qui devait être exécutée sur un territoire situé à l'intérieur des limites actuelles du Canada avant l'entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où cette obligation, ou toute responsabilité en découlant, a été imputée à Sa Majesté, ou aurait été imputée à celle-ci n'eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l'écoulement du temps ou d'un retard.

Extended meaning of *Crown* — illegal lease or disposition

(3) For the purpose of applying paragraph (1)(d) in respect of an illegal lease or disposition of reserve land located in an area within Canada's present boundaries before that area became part of Canada, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies to the extent that liability for the illegal lease or disposition became — or would, apart from any rule or doctrine that had the effect of limiting claims or prescribing rights against the Crown because of passage of time or delay, have become — the responsibility of the Crown in right of Canada.

Extended meaning of *Crown* — other

(4) For the purpose of applying paragraphs (1)(e) and (f) in respect of reserve lands located in an area within Canada's present boundaries, a reference to the Crown includes the Sovereign of Great Britain and its colonies for the period before that area became part of Canada.

Basis and limitations for decision on compensation

20 (1) The Tribunal, in making a decision on the issue of compensation for a specific claim,

- (a) shall award monetary compensation only;
- (b) shall not, despite any other provision in this subsection, award total compensation in excess of \$150 million;
- (c) shall, subject to this Act, award compensation for losses in relation to the claim that it considers just, based on the principles of compensation applied by the courts;
- (d) shall not award any amount for
 - (i) punitive or exemplary damages, or
 - (ii) any harm or loss that is not pecuniary in nature, including loss of a cultural or spiritual nature;

Période préconfédérative — location ou disposition

(3) Pour l'application de l'alinéa (1)d) à l'égard de la location ou de la disposition, sans droit, de terres d'une réserve se trouvant sur un territoire situé à l'intérieur des limites actuelles du Canada avant l'entrée de ce territoire au sein du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies, dans la mesure où toute responsabilité découlant de la location ou de la disposition a été imputée à Sa Majesté ou aurait été imputée à celle-ci n'eût été les règles ou théories qui ont eu pour effet de limiter un recours ou de prescrire des droits contre elle en raison de l'écoulement du temps ou d'un retard.

Période préconfédérative — autres cas

(4) Pour l'application des alinéas (1)e) et f) à l'égard de terres d'une réserve se trouvant sur un territoire situé à l'intérieur des limites actuelles du Canada, la mention de Sa Majesté vaut également mention du souverain de la Grande-Bretagne et de ses colonies pour la période antérieure à l'entrée de ce territoire au sein du Canada.

Conditions et limites à l'égard des décisions sur l'indemnité

20 (1) Lorsqu'il statue sur l'indemnité relative à une revendication particulière, le Tribunal :

- a) ne peut accorder qu'une indemnité pécuniaire;
- b) malgré toute autre disposition du présent paragraphe, ne peut accorder une indemnité totale supérieure à cent cinquante millions de dollars;
- c) sous réserve des autres dispositions de la présente loi, accorde une indemnité qu'il estime juste, pour les pertes en cause, en fonction des principes d'indemnisation sur lesquels se fondent les tribunaux judiciaires;
- d) ne peut accorder :
 - (i) de dommages-intérêts exemplaires ou punitifs,
 - (ii) d'indemnité pour un dommage autre que pécuniaire, notamment un dommage sur le plan culturel ou spirituel;

(e) shall award compensation equal to the market value of a claimant's reserve lands at the time they were taken brought forward to the current value of the loss, in accordance with legal principles applied by the courts, if the claimant establishes that those reserve lands were taken under legal authority, but that inadequate compensation was paid;

(f) shall award compensation equal to the value of the damage done to reserve lands brought forward to the current value of the loss, in accordance with legal principles applied by the courts, if the claimant establishes that certain of its reserve lands were damaged under legal authority, but that inadequate compensation was paid;

(g) shall award compensation equal to the current, unimproved market value of the lands that are the subject of the claim, if the claimant establishes that those lands were never lawfully surrendered, or otherwise taken under legal authority;

(h) shall award compensation equal to the value of the loss of use of a claimant's lands brought forward to the current value of the loss, in accordance with legal principles applied by the courts, if the claimant establishes the loss of use of the lands referred to in paragraph (g); and

(i) shall, if it finds that a third party caused or contributed to the acts or omissions referred to in subsection 14(1) or the loss arising from those acts or omissions, award compensation against the Crown only to the extent that the Crown is at fault for the loss.

For greater certainty

(2) For greater certainty, in awarding the compensation referred to in subsection (1), the Tribunal may consider losses related to activities of an ongoing and variable nature, such as activities related to harvesting rights.

Deduction of benefit

(3) The Tribunal shall deduct from the amount of compensation calculated under subsection (1) the value of any benefit received by the claimant in relation to the subject-matter of the specific claim brought forward to its

e) dans le cas où le revendicateur a établi que certaines terres de réserve ont été prises par autorisation légale et qu'une indemnité inadéquate lui a été accordée en échange, accorde une indemnité, égale à la valeur marchande de ces terres au moment où elles ont été prises ajustée à la valeur actuelle des pertes conformément aux principes juridiques appliqués par les tribunaux judiciaires;

f) dans le cas où le revendicateur a établi que certaines terres de réserve ont été endommagées par autorisation légale et qu'une indemnité inadéquate lui a été accordée à cet égard, accorde une indemnité, égale à la valeur des dommages subis ajustée à la valeur actuelle des pertes conformément aux principes juridiques appliqués par les tribunaux judiciaires;

g) dans le cas où le revendicateur a établi que les terres visées par la revendication n'ont jamais été cédées légalement, ou autrement prises par autorisation légale, accorde une indemnité, égale à la valeur marchande actuelle de ces terres, sans égard aux améliorations qui ont pu y être apportées entre-temps;

h) dans le cas où le revendicateur a établi qu'il a perdu l'usage des terres visées à l'alinéa g), accorde une indemnité, égale à la valeur de la perte de cet usage ajustée à la valeur actuelle des pertes conformément aux principes juridiques appliqués par les tribunaux judiciaires;

i) dans le cas où il estime qu'un tiers est, en tout ou en partie, à l'origine des faits ou pertes mentionnés au paragraphe 14(1), n'accorde une indemnité à la charge de Sa Majesté que dans la mesure où ces pertes sont attribuables à la faute de celle-ci.

Précision

(2) Il demeure entendu que le Tribunal peut prendre en compte, pour le versement de l'indemnité visée au paragraphe (1), les pertes relatives aux activités susceptibles d'être exercées de façon continue et variable, notamment les activités liées aux droits de récolte.

Déduction

(3) Le Tribunal déduit de l'indemnité calculée au titre du paragraphe (1) la valeur de tout avantage — ajustée à sa valeur actuelle conformément aux principes juridiques appliqués par les tribunaux judiciaires — reçu par

current value, in accordance with legal principles applied by the courts.

One claim limit for related claims

(4) Two or more specific claims shall, for the purpose of paragraph (1)(b), be treated as one claim if they

(a) are made by the same claimant and are based on the same or substantially the same facts; or

(b) are made by different claimants, are based on the same or substantially the same facts and relate to the same assets.

Equitable apportionment

(5) If claims are treated as one claim under paragraph (4)(b), the Tribunal shall apportion equitably among the claimants the total compensation awarded.

Compensation against province

(6) If the Tribunal finds that a province that has been granted party status caused or contributed to the acts or omissions referred to in subsection 14(1) or the loss arising from those acts or omissions, it may award compensation against the province to the extent that the province was at fault in causing or contributing to the loss.

Unlawful disposition

21 (1) If compensation is awarded under this Act for an unlawful disposition of all of the interests or rights of a claimant in or to land and the interests or rights have never been restored to the claimant, then all of the claimant's interests in and rights to the land are released, without prejudice to any right of the claimant to bring any proceeding related to that unlawful disposition against a province that is not a party to the specific claim.

Unlawful disposition of partial interest

(2) If compensation is awarded under this Act for the unlawful disposition of a partial interest or right of a claimant in or to reserve land, then the persons who, if the disposition had been lawful, would have had the partial interest or right in or to the land are deemed to have had that interest or right.

le revendicateur à l'égard de l'objet de la revendication particulière.

Indemnité maximale unique pour les revendications connexes

(4) Pour l'application de l'alinéa (1)b), sont considérées comme une seule revendication :

a) les revendications particulières présentées par le même revendicateur et fondées essentiellement sur les mêmes faits;

b) les revendications particulières présentées par des revendicateurs différents, fondées essentiellement sur les mêmes faits et portant sur les mêmes éléments d'actif.

Répartition de l'indemnité

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le Tribunal répartit équitablement entre les revendicateurs l'indemnité totale accordée.

Indemnité à la charge de la province

(6) S'il estime qu'une province qui a la qualité de partie est, en tout ou en partie, à l'origine des faits ou des pertes mentionnés au paragraphe 14(1), le Tribunal peut accorder une indemnité à la charge de la province dans la mesure où ces pertes sont attribuables à la faute de celle-ci.

Disposition illégale

21 (1) Si une indemnité est accordée sous le régime de la présente loi en raison de la disposition illégale de tous les droits et intérêts du revendicateur sur des terres, sans que ces droits et intérêts lui aient jamais été restitués, tous ces droits et intérêts sont abandonnés, sans préjudice de son droit de poursuivre une province non partie à l'instance pour le même motif.

Disposition illégale

(2) Si une indemnité est accordée sous le régime de la présente loi en raison de la disposition illégale d'une partie des droits ou intérêts du revendicateur sur des terres de réserve, les personnes qui, si la disposition avait été légale, auraient eu cette partie des droits ou intérêts sont réputées l'avoir eue.

Notice to others

22 (1) If the Tribunal's decision of an issue in relation to a specific claim might, in its opinion, significantly affect the interests of a province, First Nation or person, the Tribunal shall so notify them. The parties may make submissions to the Tribunal as to whose interests might be affected.

Effect of failure to notify

(2) Failure to provide notice does not invalidate any decision of the Tribunal.

Restriction

23 (1) The Tribunal has jurisdiction with respect to a province only if the province is granted party status.

Party status of a province — mandatory

(2) If the Crown alleges that a province that has been notified under subsection 22(1) is wholly or partly at fault for the claimant's losses, the Tribunal shall grant the province party status provided that the province certifies in writing that it has taken the steps necessary for it to be bound by decisions of the Tribunal.

Party status of a province — discretionary

(3) If the Crown does not allege that a province that has been notified under subsection 22(1) is wholly or partly at fault for the claimant's losses, the Tribunal may, on application by the province, grant the province party status if the Tribunal considers it a necessary or proper party and provided that the province certifies in writing that it has taken the steps necessary for it to be bound by decisions of the Tribunal.

Appeal allowed with costs, CÔTÉ and ROWE JJ. dissenting in part and McLACHLIN C.J. and BROWN J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Saskatoon.

Avis aux tiers

22 (1) Lorsqu'il estime qu'une décision peut avoir des répercussions importantes sur les intérêts d'une province, d'une première nation ou d'une personne, le Tribunal en avise les intéressés. Les parties peuvent présenter leurs observations sur l'identité des intéressés.

Défaut d'avis

(2) Le défaut d'avis n'invalide pas les décisions du Tribunal.

Réserve

23 (1) Le Tribunal n'a compétence à l'égard d'une province que si celle-ci est partie à la revendication particulière.

Qualité de partie obligatoire : province

(2) Si Sa Majesté allègue que les pertes à l'origine de la revendication particulière sont imputables, en tout ou en partie, à la province avisée au titre du paragraphe 22(1), le Tribunal accorde à celle-ci la qualité de partie, à condition qu'elle lui ait confirmé par écrit qu'elle a pris les mesures nécessaires pour être liée par les décisions du Tribunal.

Qualité de partie facultative : province

(3) Si Sa Majesté n'allègue pas que les pertes à l'origine de la revendication particulière sont imputables à la province avisée au titre du paragraphe 22(1), le Tribunal peut, sur demande, s'il le juge indiqué, accorder à celle-ci la qualité de partie, à condition qu'elle lui ait confirmé par écrit qu'elle a pris les mesures nécessaires pour être liée par les décisions du Tribunal.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges CÔTÉ et ROWE sont dissidents en partie et la juge en chef McLACHLIN et le juge BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Canada, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Specific Claims Tribunal: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Specific Claims Tribunal, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Westaway Law Group, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa; Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Solicitors for the interveners the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Nlaka'pamux Nation Tribal Council, the Stó:lō Nation, the Stó:lō Tribal Council and the Carrier Sekani Tribal Council: Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations of Quebec and Labrador: Dionne Schulze, Montréal; Cain Lamarre, Roberval, Quebec.

Solicitors for the interveners the Cowichan Tribes, the Stz'uminus First Nation, the Penelakut Tribe and the Halalt First Nation: Woodward & Co., Victoria.

Procureurs de l'intervenant le Tribunal des revendications particulières : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Tribunal des revendications particulières, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Federation of Sovereign Indigenous Nations : Westaway Law Group, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Indigenous Bar Association in Canada : Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa; Nahwegahbow, Corbiere, Rama, Ontario.

Procureurs des intervenants Union of British Columbia Indian Chiefs, Nlaka'pamux Nation Tribal Council, Stó:lō Nation, Stó:lō Tribal Council et Carrier Sekani Tribal Council : Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador : Dionne Schulze, Montréal; Cain Lamarre, Roberval, Québec.

Procureurs des intervenants Cowichan Tribes, Stz'uminus First Nation, Penelakut Tribe et Halalt First Nation : Woodward & Co., Victoria.

Canadian Broadcasting Corporation
Appellant

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

CTV, a Division of Bell Media Inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc., Vice Studio Canada Inc., Aboriginal Peoples Television Network and AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. CANADIAN BROADCASTING CORP.

2018 SCC 5

File No.: 37360.

2017: November 1; 2018: February 9.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF ALBERTA

Injunctions — Interlocutory injunctions — Publication bans — Mandatory publication ban issued pursuant to Criminal Code respecting identity of young victim — Media outlet refused to remove from its website articles which pre-existed publication ban and which identified victim by name and photograph — Crown bringing application for contempt and for mandatory interlocutory injunction requiring removal of information from media outlet's website — Applicable framework for granting mandatory interlocutory injunction — Whether Crown must establish strong prima facie case or serious issue to be tried — Whether chambers judge erred in refusing interlocutory injunction because Crown failed to show strong prima facie case of criminal contempt — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.4(2.1), (2.2).

Société Radio-Canada *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

CTV, une division de Bell Média inc., Global News, a division of Corus Television Limited Partnership, The Globe and Mail Inc., Postmedia Network Inc., Studio Vice Canada Inc., Réseau de télévision des peuples autochtones et AD IDEM/Canadian Media Lawyers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

2018 CSC 5

N° du greffe : 37360.

2017 : 1 novembre; 2018 : 9 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

Injonctions — Injonctions interlocutoires — Interdictions de publication — Prononcé d'une interdiction de publication mandatoire en vertu du Code criminel quant à l'identité d'une jeune victime — Refus du média de retirer de son site Web les articles affichés avant l'interdiction de publication et identifiant la victime par son nom et sa photo — Demande par le ministère public pour que soient prononcées une assignation pour outrage au tribunal et une injonction interlocutoire mandatoire intimant le retrait des renseignements du site Web du média — Cadre d'analyse applicable à la délivrance d'une injonction interlocutoire mandatoire — Le ministère public doit-il établir une forte apparence de droit ou l'existence d'une question sérieuse à juger? — Le juge en cabinet a-t-il commis une erreur en refusant de délivrer une injonction interlocutoire parce que le ministère public n'a pas établi une forte apparence de droit quant à l'existence d'un outrage criminel? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486.4(2.1), (2.2).

An accused was charged with the first degree murder of a person under the age of 18. Upon the Crown's request, a mandatory ban prohibiting the publication, broadcast or transmission in any way of any information that could identify the victim was ordered pursuant to s. 486.4(2.2) of the *Criminal Code*. Prior to the issuance of the publication ban, CBC posted information revealing the identity of the victim on its website. As a result of CBC's refusal to remove this information, the Crown sought an order citing CBC in criminal contempt of the publication ban and an interlocutory injunction directing the removal of the victim's identifying information. The chambers judge concluded that the Crown had not established the requirements for a mandatory interlocutory injunction, and dismissed its application. The majority of the Court of Appeal allowed the appeal and granted the mandatory interlocutory injunction.

Held: The appeal should be allowed.

To obtain a mandatory interlocutory injunction, the appropriate criterion for assessing the strength of the applicant's case at the first stage of the *RJR — MacDonald* test is not whether there is a serious issue to be tried, but rather whether the applicant has demonstrated a strong *prima facie* case. The potentially severe consequences for a defendant which can result from a mandatory interlocutory injunction further demand an extensive review of the merits at the interlocutory stage. This modified *RJR — MacDonald* test entails showing a strong likelihood on the law and the evidence presented that, at trial, the applicant will be ultimately successful in proving the allegations set out in the originating notice. The applicant must also demonstrate that irreparable harm will result if the relief is not granted and that the balance of convenience favours granting the injunction.

In this case, a literal reading of the originating notice shows that the Crown brought an application for criminal contempt and sought an interim injunction in that proceeding. The Crown thus proceeded on the basis that its application for an interlocutory injunction was sought in respect of the citation for criminal contempt. The originating notice itself, and the sequencing therein of the relief sought, belies its putatively hybrid character. The two applications are linked, such that the latter is tied not to the mere placement by CBC of the victim's identifying information on its website, but to the sought-after criminal contempt citation. Each prayer for relief does not launch an independent proceeding; rather, both relate to

Un accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'une personne âgée de moins de 18 ans. À la demande du ministère public, une interdiction mandatoire de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement permettant d'identifier la victime a été délivrée en vertu du par. 486.4(2.2) du *Code criminel*. Avant la délivrance de l'interdiction de publication, la SRC a affiché sur son site Web des renseignements qui révélaient l'identité de la victime. Compte tenu du refus de la SRC de retirer ces renseignements de son site Web, le ministère public a sollicité une assignation pour outrage criminel contre la SRC pour violation de l'interdiction en question ainsi qu'une injonction interlocutoire exigeant le retrait des renseignements identifiant la victime. Le juge en cabinet a conclu que le ministère public n'avait pas satisfait aux exigences relatives à l'injonction interlocutoire mandatoire et a rejeté sa demande. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel et accordé l'injonction interlocutoire mandatoire.

Arrêt : L'appel est accueilli.

Pour obtenir une injonction interlocutoire mandatoire, le critère approprié pour juger de la solidité de la preuve du demandeur à la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* n'est pas celui de l'existence d'une question sérieuse à juger, mais plutôt celui de savoir si le demandeur a établi une forte apparence de droit. Les conséquences potentiellement sérieuses pour un défendeur de la délivrance d'une injonction interlocutoire mandatoire exigent en outre qu'un examen approfondi soit fait sur le fond à l'étape interlocutoire. Suivant cette version modifiée du test énoncé dans *RJR — MacDonald*, le demandeur doit démontrer une forte chance au regard du droit et de la preuve présentée que, au procès, il réussira ultimement à prouver les allégations énoncées dans l'acte introductif d'instance. Le demandeur doit aussi démontrer qu'il subira un préjudice irréparable si la réparation n'est pas accordée et que la prépondérance des inconvénients favorise la délivrance de l'injonction.

En l'espèce, une interprétation littérale de l'avis introductif d'instance démontre que le ministère public a intenté une action pour outrage criminel et a cherché à obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre de cette instance. Le ministère public s'est donc fondé sur le fait que l'injonction interlocutoire était sollicitée à l'égard de la demande d'assignation pour outrage criminel. L'avis introductif d'instance en soi, ainsi que l'ordre dans lequel les réparations y sont demandées, contredit qu'il puisse avoir un caractère hybride. Les deux demandes sont liées, de sorte que la deuxième se rapporte non pas au simple affichage sur le site Web de la SRC des renseignements identifiant la victime, mais à l'assignation pour outrage

the alleged criminal contempt. In addition, an injunction is not a cause of action, in the sense of containing its own authorizing force. It is a remedy. An originating application must state both the claim and the basis for it and the remedy sought. Here, the Crown's originating notice discloses only a single basis for seeking a remedy: CBC's alleged criminal contempt of court. Therefore, the Crown was bound to show a strong *prima facie* case of criminal contempt of court. This case should not however be taken as standing for the proposition that injunctive relief is ordinarily or readily available in criminal matters. The delineation of the circumstances in which an interlocutory injunction may be sought and issued to enjoin allegedly criminal conduct is not decided here.

The decision to grant or refuse an interlocutory injunction is a discretionary exercise, with which an appellate court must not interfere solely because it would have exercised the discretion differently. Appellate intervention is justified only where the chambers judge proceeded on a misunderstanding of the law or of the evidence before him, where an inference can be demonstrated to be wrong by further evidence that has since become available, where there has been a change of circumstances or where the decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge could have reached it. In this case, the Crown's burden was not to show a case for criminal contempt that leans one way or another, but rather a case, based on the law and evidence presented, that has a strong likelihood that it would be successful in proving CBC's guilt of criminal contempt of court. This is not an easy burden to discharge and the Crown has failed to do so here. The chambers judge applied the correct legal test in deciding the Crown's application and his decision that the Crown's case failed to satisfy that test did not, in these circumstances, warrant appellate intervention.

Cases Cited

Applied: *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; **distinguished:** *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*,

criminel sollicitée. Chaque demande de réparation ne donne pas lieu à une instance distincte; elles sont plutôt toutes les deux liées à l'outrage criminel reproché. De plus, l'injonction n'est pas une cause d'action, en ce sens qu'elle ne contient pas son propre pouvoir d'autoriser l'action. Il s'agit d'une réparation. Une demande introductive d'instance doit énoncer tant l'objet de la demande et son fondement que la réparation demandée. En l'espèce, la demande introductive d'instance du ministère public n'indique qu'un motif pour lequel il veut obtenir une réparation : l'outrage criminel au tribunal reproché à la SRC. Le ministère public était donc tenu d'établir une forte apparence de droit quant à l'existence d'un outrage criminel au tribunal. L'issue du présent appel ne devrait cependant pas être interprétée comme signifiant que l'injonction est une réparation courante et facile à obtenir dans les affaires criminelles. La façon dont il faut définir les circonstances permettant de demander et de délivrer une injonction interlocutoire pour empêcher une conduite prétendument criminelle n'est pas tranchée ici.

La décision d'accorder ou de refuser une injonction interlocutoire relève d'un pouvoir discrétionnaire, et les cours d'appel ne doivent pas modifier la décision en découlant simplement parce qu'elles auraient exercé ce pouvoir différemment. Une intervention en appel est justifiée uniquement lorsque le juge en cabinet a pris une décision qui repose sur une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui, lorsque le caractère erroné d'une conclusion peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, lorsque les circonstances ont changé ou lorsque la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable n'aurait pu la rendre. En l'espèce, le fardeau du ministère public n'était pas de présenter une preuve d'outrage criminel qui penche dans un sens ou dans l'autre, mais plutôt une preuve qui, au regard du droit et des éléments de preuve présentés, avait une forte chance de réussir à prouver la culpabilité de la SRC pour outrage criminel au tribunal. Il n'est pas facile de s'acquitter d'un tel fardeau et le ministère public n'a pas réussi à le faire en l'espèce. Le juge en cabinet a appliqué le bon test juridique lorsqu'il s'est prononcé sur la demande du ministère public, et sa décision selon laquelle la preuve présentée par ce dernier ne satisfaisait pas à ce test ne justifiait pas, dans les circonstances, une intervention en appel.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; **distinction d'avec l'arrêt :** *Canada (Commission des droits de la*

[1998] 1 S.C.R. 626; **referred to:** *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824; *Medical Laboratory Consultants Inc. v. Calgary Health Region*, 2005 ABCA 97, 19 C.C.L.I. (4th) 161; *Modry v. Alberta Health Services*, 2015 ABCA 265, 388 D.L.R. (4th) 352; *Conway v. Zinkhofer*, 2006 ABCA 74; *D.E. & Sons Fisheries Ltd. v. Goreham*, 2004 NSCA 53, 223 N.S.R. (2d) 1; *AMEC E&C Services Ltd. v. Whitman Benn and Associates Ltd.*, 2003 NSSC 112, 214 N.S.R. (2d) 369, aff'd 2003 NSCA 126, 219 N.S.R. (2d) 126; *Cytrynbaum v. Look Communications Inc.*, 2013 ONCA 455, 307 O.A.C. 152; *Sawridge Band v. Canada*, 2004 FCA 16, [2004] 3 F.C.R. 274; *Jamieson Laboratories Ltd. v. Reckitt Benckiser LLC*, 2015 FCA 104, 130 C.P.R. (4th) 414; *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. Mosaic Potash Esterhazy Limited Partnership*, 2011 SKCA 120, 341 D.L.R. (4th) 407; *La Plante v. Saskatchewan Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, 2011 SKCA 43, [2012] 3 W.W.R. 293; *Summerside Seafood Supreme Inc. v. Prince Edward Island (Minister of Fisheries, Aquaculture and Environment)*, 2006 PESCAD 11, 256 Nfld. & P.E.I.R. 277; *National Commercial Bank Jamaica Ltd. v. Olint Corp. Ltd.*, [2009] UKPC 16, [2009] 1 W.L.R. 1405; *H&R Block Canada Inc. v. Inisoft Corp.*, 2009 CanLII 37911; *Fradenburgh v. Ontario Lottery and Gaming Corp.*, 2010 ONSC 5387; *Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51; *Shepherd Home Ltd. v. Sandham*, [1970] 3 All E.R. 402; *Barton-Reid Canada Ltd. v. Alfresh Beverages Canada Corp.*, 2002 CanLII 34862; *Bark & Fitz Inc. v. 2139138 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 1793; *Quality Pallets and Recycling Inc. v. Canadian Pacific Railway Co.*, 2007 CanLII 13712; *West Nipissing Economic Development Corp. v. Weyerhaeuser Co.*, 2002 CanLII 26148; *Parker v. Canadian Tire Corp.*, [1998] O.J. No. 1720 (QL); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331, aff'd [1991] 1 S.C.R. 62; *White Room Ltd. v. Calgary (City)*, 1998 ABCA 120, 62 Alta. L.R. (3d) 177; *Musqueam Indian Band v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2008 FCA 214, 378 N.R. 335, leave to appeal refused, [2008] 3 S.C.R. viii.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, r. 3.8(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 486.4 (2.1), (2.2).

personne) c. Canadian Liberty Net, [1998] 1 R.C.S. 626; **arrêts mentionnés :** *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396; *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*, 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824; *Medical Laboratory Consultants Inc. c. Calgary Health Region*, 2005 ABCA 97, 19 C.C.L.I. (4th) 161; *Modry c. Alberta Health Services*, 2015 ABCA 265, 388 D.L.R. (4th) 352; *Conway c. Zinkhofer*, 2006 ABCA 74; *D.E. & Sons Fisheries Ltd. c. Goreham*, 2004 NSCA 53, 223 N.S.R. (2d) 1; *AMEC E&C Services Ltd. c. Whitman Benn and Associates Ltd.*, 2003 NSSC 112, 214 N.S.R. (2d) 369, conf. par 2003 NSCA 126, 219 N.S.R. (2d) 126; *Cytrynbaum c. Look Communications Inc.*, 2013 ONCA 455, 307 O.A.C. 152; *Bande de Sawridge c. Canada*, 2004 CAF 16, [2004] 3 R.C.F. 274; *Jamieson Laboratories Ltd. c. Reckitt Benckiser LLC*, 2015 CAF 104; *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. c. Mosaic Potash Esterhazy Limited Partnership*, 2011 SKCA 120, 341 D.L.R. (4th) 407; *La Plante c. Saskatchewan Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, 2011 SKCA 43, [2012] 3 W.W.R. 293; *Summerside Seafood Supreme Inc. c. Prince Edward Island (Minister of Fisheries, Aquaculture and Environment)*, 2006 PESCAD 11, 256 Nfld. & P.E.I.R. 277; *National Commercial Bank Jamaica Ltd. c. Olint Corp. Ltd.*, [2009] UKPC 16, [2009] 1 W.L.R. 1405; *H&R Block Canada Inc. c. Inisoft Corp.*, 2009 CanLII 37911; *Fradenburgh c. Ontario Lottery and Gaming Corp.*, 2010 ONSC 5387; *Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. c. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51; *Shepherd Home Ltd. c. Sandham*, [1970] 3 All E.R. 402; *Barton-Reid Canada Ltd. c. Alfresh Beverages Canada Corp.*, 2002 CanLII 34862; *Bark & Fitz Inc. c. 2139138 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 1793; *Quality Pallets and Recycling Inc. c. Canadian Pacific Railway Co.*, 2007 CanLII 13712; *West Nipissing Economic Development Corp. c. Weyerhaeuser Co.*, 2002 CanLII 26148; *Parker c. Canadian Tire Corp.*, [1998] O.J. No. 1720 (QL); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *B.C. (A.G.) c. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331, conf. par [1991] 1 R.C.S. 62; *White Room Ltd. c. Calgary (City)*, 1998 ABCA 120, 62 Alta. L.R. (3d) 177; *Musqueam Indian Band c. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2008 CAF 214, 378 N.R. 335, autorisation d'appel refusée, [2008] 3 R.C.S. viii.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 3.8(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 486.4 (2.1), (2.2).

Authors Cited

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

Vermette, Marie-Andrée. “A Strong Prima Facie Case for Rationalizing the Test Applicable to Interlocutory Mandatory Injunctions”, in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2011*. Toronto: Carswell, 2011, 367.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, McDonald and Greckol J.J.A.), 2016 ABCA 326, 404 D.L.R. (4th) 318, [2017] 3 W.W.R. 413, 43 Alta. L.R. (6th) 213, 93 C.P.C. (7th) 269, [2016] A.J. No. 1085 (QL), 2016 CarswellAlta 2034 (WL Can.), setting aside a decision of Michalyshyn J., 2016 ABQB 204, [2016] 9 W.W.R. 613, 37 Alta. L.R. (6th) 299, 86 C.P.C. (7th) 373, [2016] A.J. No. 336 (QL), 2016 CarswellAlta 620 (WL Can.). Appeal allowed.

Frederick S. Kozak, Q.C., Sean Ward, Tess Layton and Sean Moreman, for the appellant.

Iwona Kuklicz and Julie Snowden, for the respondent.

Iain A. C. MacKinnon, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] The background leading to this appeal was summarized in the reasons of the chambers judge:¹

On March 5, 2016, [the accused] was charged with the first degree murder of D.H., a person under the age of 18 (“the victim”). On March 15, 2016 the Crown requested and a judge ordered a mandatory ban under s. 486.4(2.2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The order prohibits the publication, broadcast or transmission in any way of information that could identify the victim.

¹ 2016 ABQB 204, [2016] 9 W.W.R. 613, at paras. 2-6 (emphasis added).

Doctrine et autres documents cités

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*, 4th ed, Toronto, Canada Law Book, 2012.

Vermette, Marie-Andrée. « A Strong Prima Facie Case for Rationalizing the Test Applicable to Interlocutory Mandatory Injunctions », in Todd L. Archibald and Randall Scott Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation, 2011*, Toronto, Carswell, 2011, 367.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, McDonald et Greckol), 2016 ABCA 326, 404 D.L.R. (4th) 318, [2017] 3 W.W.R. 413, 43 Alta. L.R. (6th) 213, 93 C.P.C. (7th) 269, [2016] A.J. No. 1085 (QL), 2016 CarswellAlta 2034 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michalyshyn, 2016 ABQB 204, [2016] 9 W.W.R. 613, 37 Alta. L.R. (6th) 299, 86 C.P.C. (7th) 373, [2016] A.J. No. 336 (QL), 2016 CarswellAlta 620 (WL Can.). Pouvoi accueilli.

Frederick S. Kozak, c.r., Sean Ward, Tess Layton et Sean Moreman, pour l’appelante.

Iwona Kuklicz et Julie Snowden, pour l’intimée.

Iain A. C. MacKinnon, pour les intervenants.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] Le contexte ayant mené au présent pourvoi est résumé dans les motifs du juge en cabinet¹ :

[TRADUCTION] Le 5 mars 2016, [l’accusé] a été inculpé du meurtre au premier degré de D. H., une personne âgée de moins de 18 ans (« la victime »). Le 15 mars 2016, le ministère public a demandé et obtenu une interdiction mandatoire en vertu du par. 486.4(2.2) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. L’ordonnance interdit de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la victime.

¹ 2016 ABQB 204, [2016] 9 W.W.R. 613, par. 2-6 (je souligne).

As of March 16, 2016, two articles which pre-existed the publication ban, and which identified the victim by name and photograph (“the articles”), continued to exist on the CBC Edmonton website.

In response to a March 16, 2016 Edmonton Police Service inquiry, a senior digital producer with CBC Edmonton advised that no future stories would contain the victim’s identifying information.

On March 18, 2016, however, the pre-publication ban articles remained on the website, unaltered.

One of the articles contains some evidence that the victim’s identity appears already in wide circulation, by way of social media, but also by reason of the fact the victim attended school and lived in a smaller Alberta community where the murder is alleged to have occurred.

[2] Because CBC would not remove from its website the victim’s identifying information published prior to the order granting a publication ban, the Crown filed an Originating Notice seeking an order citing CBC in criminal contempt of the publication ban, and an interlocutory injunction² directing removal of that information from CBC’s website. As the terms of that Originating Notice are important to my proposed disposition of this appeal, I reproduce them here, in relevant part:³

TAKE NOTICE that an Application will be made by the Attorney General of Alberta on behalf of her Majesty the Queen before the presiding Justice of the Court of Queen’s Bench, . . . for an Order citing [CBC] in criminal contempt of court.

² The Crown’s Originating Notice uses the term “interim injunction”. In substance, however, the Crown’s application was for an interlocutory injunction. (See R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (4th ed. 2012), at paras. 2.15 and 2.55.)

³ A.R., at pp. 39-40.

En date du 16 mars 2016, deux articles publiés avant l’interdiction de publication, et qui révélaient l’identité de la victime par son nom et sa photo (« les articles »), figuraient encore sur le site Web de la SRC d’Edmonton.

Le 16 mars 2016, lors d’une conversation entre un détective du service de police d’Edmonton et un producteur principal de contenu numérique de la SRC d’Edmonton, ce dernier a affirmé qu’aucun article futur ne contiendrait de renseignements permettant d’établir l’identité de la victime.

Or, le 18 mars 2016, les articles publiés avant l’interdiction de publication figuraient toujours sur le site Web, sans qu’ils aient été modifiés.

Un des articles contient des éléments de preuve selon lesquels l’identité de la victime est déjà largement connue en raison des médias sociaux, mais aussi parce que la victime fréquentait l’école et vivait dans une petite collectivité de l’Alberta où le meurtre aurait été commis.

[2] Puisque la Société Radio-Canada (« SRC ») ne voulait pas retirer de son site Web les renseignements qui établissaient l’identité de la victime publiés avant la délivrance de l’ordonnance de non-publication, le ministère public a déposé un avis introductif d’instance afin de faire déclarer la SRC coupable d’outrage criminel pour violation de l’interdiction en question, et afin d’obtenir une injonction interlocutoire² exigeant le retrait des renseignements en cause du site Web de la SRC. Les mots utilisés dans l’avis introductif d’instance sont importants compte tenu de la décision que j’entends rendre dans le présent pourvoi; j’en reproduis donc ici les passages pertinents³ :

[TRADUCTION]

PRENEZ AVIS que le procureur général de l’Alberta, au nom de Sa Majesté la Reine, présentera une demande au juge président la Cour du Banc de la Reine [. . .] visant l’obtention d’une ordonnance déclarant [la SRC] coupable d’outrage criminel au tribunal.

² L’avis introductif d’instance du ministère public utilise le terme anglais « *interim injunction* » ([TRADUCTION] « injonction intérimaire »). Il s’agit toutefois en substance d’une demande d’injonction interlocutoire. (Voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (4^e éd. 2012), par. 2.15 et 2.55.)

³ d.a., p. 39-40.

AND FURTHER TAKE NOTICE that an application will be made for an interim injunction, directing that [CBC] remove any information from their website that could identify the complainant in the [subject] case.

RELIEF SOUGHT:

1. That [CBC] be cited in criminal contempt of court.
2. That [CBC] be directed to remove any information from their website that could identify the complainant in the [subject] case.
3. That an appropriate sentence be imposed against [CBC].
4. Any such further order that this Honourable Court deems appropriate.

[3] The chambers judge concluded that the Crown had not established the requirements for a mandatory interlocutory injunction, and dismissed its application. On appeal, the Court of Appeal divided on whether the Crown was entitled to a mandatory interlocutory injunction. While the majority allowed the appeal and granted the injunction, Greckol J.A., in dissent, would have dismissed the appeal, finding that the majority applied incorrect legal principles to the Crown's application.⁴

[4] For the reasons that follow, I would allow the appeal. In my respectful view, the chambers judge applied the correct legal test in deciding the Crown's application, and his decision that the Crown's case failed to satisfy that test did not, in these circumstances, warrant appellate intervention.

II. Legislative Provisions

[5] Sections 486.4(2.1) and 486.4(2.2) of the *Criminal Code*,⁵ taken together, provide that a presiding judge or justice shall make an order, upon application by the victim or the prosecutor, for a publication ban in cases involving offences against victims under the age of 18 years. Specifically, the Crown or the victim

ET EN OUTRE PRENEZ AVIS qu'une demande d'injonction intérimaire sera présentée afin qu'il soit ordonné à [la SRC] de retirer de son site Web tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la plaignante dans [la présente] affaire.

RÉPARATION DEMANDÉE :

1. Que [la SRC] soit déclarée coupable d'outrage criminel au tribunal.
2. Qu'il soit ordonné à [la SRC] de retirer de son site Web tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la plaignante dans [la présente] affaire.
3. Qu'une peine appropriée soit infligée à [la SRC].
4. Toute autre ordonnance que cette honorable Cour juge appropriée.

[3] Le juge en cabinet a conclu que le ministère public n'avait pas satisfait aux exigences relatives à l'injonction interlocutoire mandatoire et a rejeté sa demande. En appel, les juges étaient divisés quant au droit du ministère public d'obtenir une telle injonction. Bien que les juges majoritaires aient accueilli l'appel et accordé l'injonction, la juge Greckol, dissidente, aurait rejeté l'appel, concluant que les juges majoritaires appliquaient des principes juridiques erronés à la demande du ministère public⁴.

[4] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais le pourvoi. À mon avis, le juge en cabinet a appliqué le bon test juridique lorsqu'il s'est prononcé sur la demande du ministère public, et sa décision selon laquelle la preuve présentée par ce dernier ne satisfaisait pas à ce test ne justifiait pas, dans les circonstances, une intervention en appel.

II. Dispositions législatives

[5] Les paragraphes 486.4(2.1) et 486.4(2.2) du *Code criminel*⁵, considérés conjointement, prévoient que le juge ou le juge de paix qui préside est tenu, à la demande de la victime ou du poursuivant, de rendre une ordonnance d'interdiction de publication dans les affaires relatives à toute infraction dont la

⁴ 2016 ABCA 326, 404 D.L.R. (4th) 318.

⁵ R.S.C. 1985, c. C-46.

⁴ 2016 ABCA 326, 404 D.L.R. (4th) 318.

⁵ L.R.C. 1985, c. C-46.

is entitled to an order “directing that any information that could identify the victim shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way”.

III. Judicial History

A. *The Chambers Judge’s Reasons*

[6] Acceding to the parties’ submissions, the chambers judge applied a modified version of the tripartite test for an interlocutory injunction stated in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*.⁶ This required the Crown to prove (1) a strong *prima facie* case for finding CBC in criminal contempt; (2) that the Crown would suffer irreparable harm were the injunction refused; and (3) that the balance of convenience favoured granting the injunction.

[7] As to the requirement of a strong *prima facie* case, the Crown had argued for a “broad interpretation” of s. 486.4(2.1)’s terms “publish[ed]” and “transmit[ted]”, such that it would catch web-based articles posted *prior* to the publication ban.⁷ The chambers judge, however, concluded that the case authorities did not support such an interpretation. In these circumstances, and applying the test for criminal contempt stated in *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*,⁸ he found that the Crown could not “likely succeed” in proving beyond a reasonable doubt that CBC, by leaving the victim’s identifying information on its website after the publication ban had been issued, was in “open and public defiance” of that order.⁹

[8] Regarding the requirement of irreparable harm, the Crown had argued such harm would be suffered by the administration of justice, since the ongoing

victime est âgée de moins de 18 ans. Plus particulièrement, le ministère public ou la victime a droit à une ordonnance « interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la victime ».

III. Historique judiciaire

A. *Motifs du juge en cabinet*

[6] Souscrivant aux arguments des parties, le juge en cabinet a appliqué une version modifiée du test en trois étapes applicable à l’octroi d’une injonction interlocutoire énoncé dans *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*,⁶ selon lequel le ministère public devait établir (1) une forte apparence de droit menant à la conclusion que la SRC était coupable d’outrage criminel; (2) que le ministère public subirait un préjudice irréparable si la demande d’injonction était rejetée; et (3) que la prépondérance des inconvénients favorisait l’octroi de l’injonction.

[7] En ce qui a trait à l’exigence relative à la forte apparence de droit, le ministère public a revendiqué une [TRADUCTION] « interprétation large » des mots « *publish[ed]* » et « *transmitt[ed]* » de la version anglaise du par. 486.4(2.1), de sorte que ceux-ci viseraient les articles mis en ligne *avant* le prononcé de l’interdiction de publication⁷. Le juge en cabinet a cependant conclu que la jurisprudence n’était pas une telle interprétation. Dans ces circonstances, et appliquant le test relatif à l’outrage criminel établi dans l’arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*,⁸ il a jugé que le ministère public ne pourrait « vraisemblablement » pas « réussir » à démontrer hors de tout doute raisonnable que la SRC, en laissant sur son site Web les renseignements identifiant la victime après la délivrance de l’interdiction de publication, était en « transgression patente et publique » de cette ordonnance⁹.

[8] En ce qui a trait à l’exigence relative au préjudice irréparable, le ministère public a soutenu que ce serait l’administration de la justice qui subirait un

⁶ [1994] 1 S.C.R. 311.

⁷ Chambers judge’s reasons, at para. 26.

⁸ [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 933.

⁹ Chambers judge’s reasons, at para. 34.

⁶ [1994] 1 R.C.S. 311.

⁷ Motifs du juge en cabinet, par. 26.

⁸ [1992] 1 R.C.S. 901, p. 933.

⁹ Motifs du juge en cabinet, par. 34.

display of the victim’s identifying information on CBC’s website would deter others from seeking assistance or remedies. The chambers judge declined to so find, however, noting that the underlying policy objective of protecting a victim’s anonymity loses significance where the victim is deceased. And, in assessing balance of convenience, the chambers judge determined that the compromising of CBC’s freedom of expression, and of the public’s interest in that expression, outweighed any harm to the administration of justice that would result from leaving the two impugned articles on CBC’s website.

B. *The Court of Appeal*

[9] At the Court of Appeal, the majority (Slatter and McDonald J.J.A.) reversed the chambers judge’s decision and granted the mandatory interlocutory injunction sought by the Crown. The chambers judge, it held, had erred by characterizing this matter as requiring the Crown to demonstrate a strong *prima facie* case of criminal contempt. Rather, the Originating Notice, “[w]hile essentially civil in nature, . . . has a ‘hybrid’ aspect to it”,¹⁰ in that it seeks both a citation for criminal contempt *and* the removal of the victim’s identifying information from CBC’s website. The request for the interlocutory injunction, the majority explained, is “tied back” to the latter request for an order removing the identifying information, and not to the request for a criminal contempt citation.¹¹ The issue, therefore, was “whether the Crown has demonstrated a strong *prima facie* case entitling it to a mandatory order directing removal of the identifying material from the website”.¹²

[10] As to whether or not s. 486.4(2.1)’s reference to identifying information that is “published” is (as the Crown contends) met by the ongoing appearance

¹⁰ para. 5.

¹¹ para. 6.

¹² para. 7.

tel préjudice, puisque l’affichage continu des renseignements identifiant la victime sur le site Web de la SRC dissuaderait d’autres personnes de demander de l’aide ou de solliciter des réparations. Le juge en cabinet a refusé de tirer une telle conclusion, mais il a souligné que l’objectif de politique sous-jacent visant la protection de l’anonymat des victimes perd de son importance lorsque la victime est décédée. De plus, lorsqu’il a soupesé la prépondérance des inconvénients, le juge en cabinet a établi que l’atteinte à la liberté d’expression de la SRC, et à l’intérêt du public envers cette expression, l’emportait sur tout préjudice causé à l’administration de la justice qui découlerait du fait que les deux articles en cause soient laissés sur le site Web de la SRC.

B. *La Cour d’appel*

[9] En Cour d’appel, les juges majoritaires (les juges Slatter et McDonald) ont infirmé la décision du juge en cabinet et ont accordé l’injonction interlocutoire mandatoire demandée par le ministère public. Selon eux, le juge en cabinet avait commis une erreur en jugeant que le ministère public devait établir une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel. En effet, l’avis introductif d’instance, [TRADUCTION] « [b]ien qu’il soit essentiellement de nature civile, [. . .] comporte un aspect “hybride” »¹⁰, dans la mesure où il vise l’obtention d’une assignation pour outrage criminel *et* le retrait du site Web de la SRC des renseignements identifiant la victime. Les juges majoritaires ont expliqué que la demande d’injonction interlocutoire « se rapportait » à la demande relative à l’ordonnance de retrait des renseignements identifiant la victime, et non à la demande relative à l’assignation pour outrage criminel¹¹. En conséquence, la question était de savoir si « le ministère public a établi une forte apparence de droit donnant ouverture en sa faveur à une ordonnance mandatoire visant le retrait du site Web des renseignements identifiant la victime »¹².

[10] Quant à la question de savoir si les renseignements identifiant la victime sont considérés comme « publi[és] » aux termes du par. 486.4(2.1) (comme

¹⁰ par. 5.

¹¹ par. 6.

¹² par. 7.

of such information on a website after it is first posted, the majority conceded that “either position is arguable”.¹³ That said, the majority viewed the Crown as having a strong *prima facie* case for a mandatory interlocutory injunction, since, if “published” is construed as a continuous activity, CBC is arguably wilfully disobeying the publication ban. Further, such disobedience is harmful to the integrity of the administration of justice, and contrary to Parliament’s direction that such orders are to be mandatory.¹⁴ Finally, the balance of convenience did not favour CBC, since the publication ban must be presumed to be constitutional at this stage of the proceedings, and freedom of expression would not, in any case, be a defence against the contempt charge.

[11] Justice Greckol would have dismissed the appeal. In her view, the majority’s characterization of the relief sought in the Originating Notice as “hybrid” was misplaced, since the Crown’s application for an interlocutory injunction was brought in respect of the sought-after citation for criminal contempt. The chambers judge asked the right question (being, whether the Crown could show a strong *prima facie* case of criminal contempt), and his exercise of discretion to refuse an injunction was entitled to deference. And here, where the proscriptions against “publish[ing]” and “transmitt[ing]” may reasonably bear two meanings, one capturing the impugned articles and one not, no strong *prima facie* case of criminal contempt could be shown. Further, and even allowing that open defiance of a facially valid court order may amount to irreparable harm to the administration of justice, the ambit of s. 486.4’s proscriptions is an unsettled question. And, as the victim in this case is deceased, the privacy of the victim is not vulnerable to harm. Finally, and even if the pertinent provisions of the *Criminal Code* are presumed constitutional, the chambers judge was entitled to

le prétend le ministère public) du fait qu’ils apparaissent de façon continue sur le site Web depuis qu’ils y ont été affichés pour la première fois, les juges majoritaires ont reconnu que [TRADUCTION] « les deux thèses sont défendables »¹³. Cela dit, selon eux, le ministère public avait établi une forte apparence de droit justifiant l’octroi d’une injonction interlocutoire mandatoire puisque, si le mot « publier » est interprété comme étant une activité continue, on peut faire valoir que la SRC a volontairement désobéi à l’interdiction de publication. En outre, une telle désobéissance porte préjudice à l’intégrité de l’administration de la justice, et est contraire à la directive du législateur selon laquelle de telles ordonnances sont mandatoires¹⁴. Enfin, pour les juges majoritaires, la prépondérance des inconvénients ne milite pas en faveur de la SRC, puisque, à cette étape de l’instance, il faut présumer que l’interdiction de publication est constitutionnelle et que la liberté d’expression ne peut, en aucun cas, constituer un moyen de défense contre l’accusation d’outrage.

[11] La juge Greckol aurait rejeté le pourvoi. À son avis, les juges majoritaires ont été mal avisés de qualifier d’« hybride » la réparation demandée dans l’avis introductif d’instance, puisque la demande d’injonction interlocutoire du ministère public a été présentée à l’égard de l’assignation sollicitée pour outrage criminel. Le juge en cabinet a posé la bonne question (soit celle de savoir si le ministère public pouvait établir une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel) et l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer une injonction commandait la retenue. En outre, en l’espèce, où les proscriptions relatives à la « publi[cation] » et la « diffu[sion] » peuvent raisonnablement comporter deux sens — un visant les articles en cause et l’autre non —, aucune forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel ne peut être établie. De plus, même si on admet que la transgression patente d’une ordonnance judiciaire en apparence valide peut constituer un préjudice irréparable pour l’administration de la justice, la portée des proscriptions énoncées à l’art. 486.4 du *Code criminel* est une question non résolue. J’ajouterais que, comme

¹³ para. 10.

¹⁴ para. 11.

¹³ par. 10.

¹⁴ par. 11.

consider freedom of expression in assessing the balance of convenience.

IV. Analysis

A. *What Is the Applicable Framework for Granting a Mandatory Interlocutory Injunction?*

[12] In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*¹⁵ and then again in *RJR — MacDonald*, this Court has said that applications for an interlocutory injunction must satisfy each of the three elements of a test which finds its origins in the judgment of the House of Lords in *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*¹⁶ At the first stage, the application judge is to undertake a preliminary investigation of the merits to decide whether the applicant demonstrates a “serious question to be tried”, in the sense that the application is neither frivolous nor vexatious.¹⁷ The applicant must then, at the second stage, convince the court that it will suffer irreparable harm if an injunction is refused.¹⁸ Finally, the third stage of the test requires an assessment of the balance of convenience, in order to identify the party which would suffer greater harm from the granting or refusal of the interlocutory injunction, pending a decision on the merits.¹⁹

[13] This general framework is, however, just that — general. (Indeed, in *RJR — MacDonald*, the Court identified two exceptions which may call for “an extensive review of the merits” at the first stage of the analysis.²⁰) In this case, the parties have at every level of court agreed that, where a *mandatory* interlocutory injunction is sought, the appropriate inquiry at the first stage of the *RJR — MacDonald* test is into whether the applicants have shown a strong *prima*

la victime en l’espèce est décédée, sa vie privée n’est pas susceptible de subir un préjudice. Finalement, et même si les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont présumées constitutionnelles, le juge en cabinet pouvait tenir compte de la liberté d’expression lorsqu’il a soupesé la prépondérance des inconvénients.

IV. Analyse

A. *Quel est le cadre d’analyse applicable à la délivrance d’une injonction interlocutoire mandatoire?*

[12] Dans l’arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*¹⁵, et plus tard dans l’arrêt *RJR — MacDonald*, la Cour a affirmé que les demandes d’injonction interlocutoire devaient respecter chacun des trois volets du test qui tire son origine de la décision de la Chambre des Lords dans *American Cyanamid Co. c. Ethicon Ltd.*¹⁶ À la première étape, le juge de première instance doit procéder à un examen préliminaire du bien-fondé de l’affaire pour décider si le demandeur a fait la preuve de l’existence d’une « question sérieuse à juger », c’est-à-dire que la demande n’est ni futile ni vexatoire¹⁷. À la deuxième étape, le demandeur doit convaincre la cour qu’il subira un préjudice irréparable si la demande d’injonction est rejetée¹⁸. Enfin, à la troisième étape, il faut apprécier la prépondérance des inconvénients, afin d’établir quelle partie subirait le plus grand préjudice en attendant qu’une décision soit rendue sur le fond, selon que la demande d’injonction est accueillie ou rejetée¹⁹.

[13] Ce cadre d’analyse n’est toutefois que général. (En effet, dans *RJR — MacDonald*, la Cour a cerné deux exceptions qui pourraient commander un « examen plus approfondi du fond d’une affaire » à la première étape de l’analyse²⁰.) Dans le présent litige, les parties ont convenu à chaque palier judiciaire que, lorsqu’une injonction interlocutoire *mandatoire* est sollicitée, la question à trancher à la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* était celle de

¹⁵ [1987] 1 S.C.R. 110.

¹⁶ [1975] A.C. 396.

¹⁷ *RJR — MacDonald*, at pp. 334-35.

¹⁸ *RJR — MacDonald*, at pp. 334 and 348.

¹⁹ *RJR — MacDonald*, at p. 334.

²⁰ pp. 338-39.

¹⁵ [1987] 1 R.C.S. 110.

¹⁶ [1975] A.C. 396.

¹⁷ *RJR — MacDonald*, p. 334-335.

¹⁸ *RJR — MacDonald*, p. 334 et 348.

¹⁹ *RJR — MacDonald*, p. 334.

²⁰ p. 338-339.

facie case. I note that this heightened threshold was not applied by this Court in upholding such an injunction in *Google Inc. v. Equustek Solutions Inc.*²¹ In *Google*, however, the appellant did not argue that the first stage of the *RJR — MacDonald* test should be modified. Rather, the appellant agreed that only a “serious issue to be tried” needed to be shown and therefore the Court was not asked to consider whether a heightened threshold should apply.²² By contrast, in this case, the application by the courts below of a heightened threshold raises for the first time the question of just what threshold ought to be applied at the first stage where the applicant seeks a mandatory interlocutory injunction.

[14] Canadian courts have, since *RJR — MacDonald*, been divided on this question. In Alberta, Nova Scotia and Ontario, for example, the applicant must establish a strong *prima facie* case.²³ Conversely, other courts have applied the less searching “serious issue to be tried” threshold.²⁴

[15] In my view, on an application for a mandatory interlocutory injunction, the appropriate criterion for assessing the strength of the applicant’s case at the first stage of the *RJR — MacDonald* test is *not* whether there is a serious issue to be tried, but rather whether the applicant has shown a strong *prima facie*

savoir si les demandeurs ont établi une forte apparence de droit. J’observe que ce seuil plus exigeant n’a pas été appliqué par la Cour lorsqu’elle a maintenu une telle injonction dans *Google Inc. c. Equustek Solutions Inc.*²¹ Dans cet arrêt, l’appelante n’avait toutefois pas plaidé que la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* devait être modifiée. Elle avait plutôt reconnu qu’il suffisait de prouver l’existence d’une « question sérieuse à juger », de sorte que la Cour n’a pas été appelée à se pencher sur l’opportunité d’appliquer un seuil plus élevé.²² En revanche, en l’espèce, l’application par les tribunaux d’instances inférieures d’un seuil plus élevé pose pour la première fois la question du seuil qui devrait être effectivement appliqué à la première étape, lorsque le demandeur sollicite une injonction interlocutoire mandatoire.

[14] Depuis *RJR — MacDonald*, les tribunaux canadiens sont divisés quant à cette question. En Alberta, en Nouvelle-Écosse et en Ontario, par exemple, le demandeur doit établir une forte apparence de droit.²³ À l’inverse, d’autres tribunaux ont appliqué le seuil moins exigeant, soit celui de la « question sérieuse à trancher »²⁴.

[15] À mon avis, lorsqu’il s’agit d’examiner une demande d’injonction interlocutoire mandatoire, le critère approprié pour juger de la solidité de la preuve du demandeur à la première étape du test énoncé dans *RJR — MacDonald* n’est pas celui de l’existence d’une question sérieuse à juger, mais plutôt celui de

²¹ 2017 SCC 34, [2017] 1 S.C.R. 824.

²² *Google*, at paras. 25-27.

²³ *Medical Laboratory Consultants Inc. v. Calgary Health Region*, 2005 ABCA 97, 19 C.C.L.I. (4th) 161, at para. 4; *Modry v. Alberta Health Services*, 2015 ABCA 265, 388 D.L.R. (4th) 352, at para. 40; *Conway v. Zinkhofer*, 2006 ABCA 74, at paras. 28-29 (CanLII); *D.E. & Sons Fisheries Ltd. v. Goreham*, 2004 NSCA 53, 223 N.S.R. (2d) 1, at para. 10; *AMEC E&C Services Ltd. v. Whitman Benn and Associates Ltd.*, 2003 NSSC 112, 214 N.S.R. (2d) 369, at para. 20, aff’d 2003 NSCA 126, 219 N.S.R. (2d) 126; *Cytrynbaum v. Look Communications Inc.*, 2013 ONCA 455, 307 O.A.C. 152, at para. 54.

²⁴ *Sawridge Band v. Canada*, 2004 FCA 16, [2004] 3 F.C.R. 274, at para. 45; *Jamieson Laboratories Ltd. v. Reckitt Benckiser LLC*, 2015 FCA 104, 130 C.P.R. (4th) 414, at paras. 1 and 22-25; *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. v. Mosaic Potash Esterhazy Limited Partnership*, 2011 SKCA 120, 341 D.L.R. (4th) 407, at para. 42; *La Plante v. Saskatchewan Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, 2011 SKCA 43, [2012] 3 W.W.R. 293, at paras. 16-17; *Summerside Seafood Supreme Inc. v. Prince Edward Island (Minister of Fisheries, Aquaculture and Environment)*, 2006 PESCAD 11, 256 Nfld. & P.E.I.R. 277, at para. 65.

²¹ 2017 CSC 34, [2017] 1 R.C.S. 824.

²² *Google*, par. 25-27.

²³ *Medical Laboratory Consultants Inc. c. Calgary Health Region*, 2005 ABCA 97, 19 C.C.L.I. (4th) 161, par. 4; *Modry c. Alberta Health Services*, 2015 ABCA 265, 388 D.L.R. (4th) 352, par. 40; *Conway c. Zinkhofer*, 2006 ABCA 74, par. 28-29 (CanLII); *D.E. & Sons Fisheries Ltd. c. Goreham*, 2004 NSCA 53, 223 N.S.R. (2d) 1, par. 10; *AMEC E&C Services Ltd. c. Whitman Benn and Associates Ltd.*, 2003 NSSC 112, 214 N.S.R. (2d) 369, par. 20, conf. 2003 NSCA 126, 219 N.S.R. (2d) 126; *Cytrynbaum c. Look Communications Inc.*, 2013 ONCA 455, 307 O.A.C. 152, par. 54.

²⁴ *Bande de Sawridge c. Canada*, 2004 CAF 16, [2004] 3 R.C.F. 274, par. 45; *Jamieson Laboratories Ltd. c. Reckitt Benckiser LLC*, 2015 CAF 104, par. 1 et 22-25 (CanLII); *Potash Corp. of Saskatchewan Inc. c. Mosaic Potash Esterhazy Limited Partnership*, 2011 SKCA 120, 341 D.L.R. (4th) 407, par. 42; *La Plante c. Saskatchewan Society for the Prevention of Cruelty to Animals*, 2011 SKCA 43, [2012] 3 W.W.R. 293, par. 16-17; *Summerside Seafood Supreme Inc. c. Prince Edward Island (Minister of Fisheries, Aquaculture and Environment)*, 2006 PESCAD 11, 256 Nfld. & P.E.I.R. 277, par. 65.

case. A mandatory injunction directs the defendant to undertake a positive course of action, such as taking steps to restore the *status quo*, or to otherwise “put the situation back to what it should be”, which is often costly or burdensome for the defendant and which equity has long been reluctant to compel.²⁵ Such an order is also (generally speaking) difficult to justify at the interlocutory stage, since restorative relief can usually be obtained at trial. Or, as Justice Sharpe (writing extrajudicially) puts it, “the risk of harm to the defendant will [rarely] be less significant than the risk to the plaintiff resulting from the court staying its hand until trial”.²⁶ The potentially severe consequences for a defendant which can result from a mandatory interlocutory injunction, including the effective final determination of the action in favour of the plaintiff, further demand what the Court described in *RJR — MacDonald* as “extensive review of the merits” at the interlocutory stage.²⁷

[16] A final consideration that may arise in some cases is that, because mandatory interlocutory injunctions require a defendant to take positive action, they can be more burdensome or costly for the defendant. It must, however, be borne in mind that complying with prohibitive injunctions can also entail costs that are just as burdensome as mandatory injunctions.²⁸ While holding that applications for mandatory interlocutory injunctions are to be subjected to a modified *RJR — MacDonald* test, I acknowledge that distinguishing between mandatory and prohibitive injunctions can be difficult, since an interlocutory injunction which is framed in prohibitive language may “have the effect of forcing the enjoined party to take . . . positive actions”.²⁹ For example, in this case, ceasing to transmit the victim’s identifying information would require an employee of CBC to take the necessary action to remove that

savoir si le demandeur a établi une forte apparence de droit. Une injonction mandatoire intime au défendeur de faire quelque chose — comme de rétablir le *status quo* —, ou d’autrement [TRADUCTION] « restaurer la situation », ce qui est souvent coûteux et pénible pour le défendeur et ce que de longue date l’équité a été réticente à faire²⁵. Une telle ordonnance est également (en règle générale) difficile à justifier à l’étape interlocutoire, puisque la réparation qui vise à restaurer la situation peut habituellement être obtenue au procès. De plus, comme l’a exprimé le juge Sharpe (dans un ouvrage de doctrine), « le risque qu’un tort soit causé au défendeur est [rarement] moins important que le risque couru par le demandeur du fait de la décision du tribunal de ne pas agir avant le procès »²⁶. Les conséquences potentiellement sérieuses pour un défendeur du prononcé d’une injonction interlocutoire mandatoire, y compris la décision finale relativement à la poursuite en faveur du plaignant, exigent en outre ce que la Cour a décrit dans *RJR — MacDonald* comme étant « un examen approfondi sur le fond » à l’étape interlocutoire²⁷.

[16] Dans certains cas, un dernier élément devra être examiné, soit que, parce que les injonctions interlocutoires mandatoires requièrent que le défendeur fasse quelque chose, elles peuvent constituer un fardeau plus important ou avoir des conséquences coûteuses pour lui. Il faut toutefois garder à l’esprit que le respect d’injonctions prohibitives peut entraîner des coûts aussi lourds que ceux découlant des injonctions mandatoires²⁸. Tout en concluant que les demandes d’injonctions interlocutoires mandatoires doivent être examinées à la lumière d’une version modifiée du test énoncé dans *RJR — MacDonald*, je reconnais qu’il peut être difficile de faire une distinction entre les injonctions mandatoires et les injonctions prohibitives, puisqu’une injonction interlocutoire au libellé prohibitif peut avoir [TRADUCTION] « l’effet de forcer le défendeur à faire quelque chose »²⁹. Par exemple, en l’espèce, cesser de diffuser les renseignements

²⁵ *Injunctions and Specific Performance*, at paras. 1.510, 1.530 and 2.640.

²⁶ *Injunctions and Specific Performance*, at para. 2.640.

²⁷ *RJR — MacDonald*, at pp. 338-39.

²⁸ *Injunctions and Specific Performance*, at paras. 1.530 and 1.540. See also *Potash*, at paras. 43-44.

²⁹ *Potash*, at para. 44; see also *Injunctions and Specific Performance*, at para. 1.540.

²⁵ *Injunctions and Specific Performance*, par. 1.510, 1.530 et 2.640.

²⁶ *Injunctions and Specific Performance*, par. 2.640.

²⁷ *RJR — MacDonald*, p. 338-339.

²⁸ *Injunctions and Specific Performance*, par. 1.530 et 1.540. Voir aussi *Potash*, par. 43-44.

²⁹ *Potash*, par. 44; voir aussi *Injunctions and Specific Performance*, par. 1.540.

information from its website. Ultimately, the application judge, in characterizing the interlocutory injunction as mandatory or prohibitive, will have to look past the form and the language in which the order sought is framed, in order to identify the substance of what is being sought and, in light of the particular circumstances of the matter, “what the practical consequences of the . . . injunction are likely to be”.³⁰ In short, the application judge should examine whether, in substance, the overall effect of the injunction would be to require the defendant to *do something*, or to *refrain from doing something*.

[17] This brings me to just what is entailed by showing a “strong *prima facie* case”. Courts have employed various formulations, requiring the applicant to establish a “strong and clear chance of success”;³¹ a “strong and clear” or “unusually strong and clear” case;³² that he or she is “clearly right” or “clearly in the right”;³³ that he or she enjoys a “high probability” or “great likelihood of success”;³⁴ a “high degree of assurance” of success;³⁵ a “significant prospect” of success;³⁶ or “almost certain” success.³⁷ Common to all these formulations is a burden on the applicant to show a case of such merit that it is very likely to succeed at trial. Meaning, that upon a preliminary review of the case, the application judge

établissant l’identité de la victime requerrait qu’un employé de la SRC prenne les mesures nécessaires pour retirer ces renseignements du site Web de l’entreprise. En définitive, le juge de première instance, lorsqu’il qualifie l’injonction interlocutoire de mandatoire ou de prohibitive, doit regarder au-delà de la forme et du libellé de la demande sollicitant l’ordonnance de manière à déceler l’essence de ce qui est recherché et, à la lumière des circonstances particulières de l’affaire, à déterminer [TRADUCTION] « quelles risquent d’être les conséquences pratiques de l’injonction »³⁰. Bref, le juge de première instance doit examiner si, en substance, l’effet global de l’injonction consisterait à exiger du défendeur qu’il *fasse* quelque chose ou qu’il *s’abstienne* de le faire.

[17] Ceci m’amène à ce qu’implique l’établissement d’une « forte apparence de droit ». Les tribunaux ont utilisé diverses formulations, exigeant que le demandeur présente la preuve [TRADUCTION] « convaincante et manifeste d’une possibilité de succès »³¹; qu’il présente une preuve [TRADUCTION] « convaincante et manifeste » ou « exceptionnellement convaincante et manifeste »³²; qu’il a [TRADUCTION] « nettement raison »³³; qu’il y a une [TRADUCTION] « forte probabilité » ou une « forte chance de succès »³⁴; qu’il y a une [TRADUCTION] « grande assurance » quant au succès³⁵; une [TRADUCTION] « perspective importante » de succès³⁶; ou un succès [TRADUCTION] « presque assuré »³⁷. Toutes ces formulations ont en

³⁰ *National Commercial Bank Jamaica Ltd. v. Olint Corp. Ltd.*, [2009] UKPC 16, [2009] 1 W.L.R. 1405, at para. 20.

³¹ *H&R Block Canada Inc. v. Inisoft Corp.*, 2009 CanLII 37911 (Ont. S.C.J.), at para. 24.

³² *Fradenburgh v. Ontario Lottery and Gaming Corp.*, 2010 ONSC 5387, at para. 14 (CanLII); *Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. v. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at paras. 49 and 52 (citing *Shepherd Home Ltd. v. Sandham*, [1970] 3 All E.R. 402 (Ch. D.), at p. 409).

³³ *Barton-Reid Canada Ltd. v. Alfresh Beverages Canada Corp.*, 2002 CanLII 34862 (Ont. S.C.J.), at para. 9; *Bark & Fitz Inc. v. 2139138 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 1793, at para. 12 (CanLII).

³⁴ *Quality Pallets and Recycling Inc. v. Canadian Pacific Railway Co.*, 2007 CanLII 13712 (Ont. S.C.J.), at para. 16.

³⁵ *West Nipissing Economic Development Corp. v. Weyerhaeuser Co.*, 2002 CanLII 26148 (Ont. S.C.J.), at para. 16.

³⁶ *Parker v. Canadian Tire Corp.*, [1998] O.J. No. 1720, at para. 11 (QL).

³⁷ *Barton-Reid*, at paras. 9, 12 and 17. (See, generally, M.-A. Vermette, “A Strong Prima Facie Case for Rationalizing the Test Applicable to Interlocutory Mandatory Injunctions” in T. L. Archibald and R. S. Echlin, eds., *Annual Review of Civil Litigation*, 2011 (2011), 367, at pp. 378-79.)

³⁰ *National Commercial Bank Jamaica Ltd. c. Olint Corp. Ltd.*, [2009] UKPC 16, [2009] 1 W.L.R. 1405, par. 20.

³¹ *H&R Block Canada Inc. c. Inisoft Corp.*, 2009 CanLII 37911 (C.S.J. Ont.), par. 24.

³² *Fradenburgh c. Ontario Lottery and Gaming Corp.*, 2010 ONSC 5387, par. 14 (CanLII); *Boehringer Ingelheim (Canada) Inc. c. Bristol-Myers Squibb Canada Inc.* (1998), 83 C.P.R. (3d) 51 (C. Ont. (div. gén.)), par. 49 et 52 (citant *Shepherd Home Ltd. c. Sandham*, [1970] 3 All E.R. 402 (Ch. D.), p. 409).

³³ *Barton-Reid Canada Ltd. c. Alfresh Beverages Canada Corp.*, 2002 CanLII 34862 (C.S.J. Ont.), par. 9; *Bark & Fitz Inc. c. 2139138 Ontario Inc.*, 2010 ONSC 1793, par. 12 (CanLII).

³⁴ *Quality Pallets and Recycling Inc. c. Canadian Pacific Railway Co.*, 2007 CanLII 13712 (C.S.J. Ont.), par. 16.

³⁵ *West Nipissing Economic Development Corp. c. Weyerhaeuser Co.*, 2002 CanLII 26148 (C.S.J. Ont.), par. 16.

³⁶ *Parker c. Canadian Tire Corp.*, [1998] O.J. No. 1720, par. 11 (QL).

³⁷ *Barton-Reid*, par. 9, 12 et 17. (Voir, plus généralement, M.-A. Vermette, « A Strong Prima Facie Case for Rationalizing the Test Applicable to Interlocutory Mandatory Injunctions », dans T. L. Archibald et R. S. Echlin, dir., *Annual Review of Civil Litigation*, 2011 (2011), 367, p. 378-379.)

must be satisfied that there is a *strong likelihood* on the law and the evidence presented that, at trial, the applicant will be ultimately successful in proving the allegations set out in the originating notice.

[18] In sum, to obtain a mandatory interlocutory injunction, an applicant must meet a modified *RJR — MacDonald* test, which proceeds as follows:

- (1) The applicant must demonstrate a strong *prima facie* case that it will succeed at trial. This entails showing a *strong likelihood* on the law and the evidence presented that, at trial, the applicant will be ultimately successful in proving the allegations set out in the originating notice;
- (2) The applicant must demonstrate that irreparable harm will result if the relief is not granted; and
- (3) The applicant must show that the balance of convenience favours granting the injunction.

B. *Does the Liberty Net “Rarest and Clearest of Cases” Test Apply in These Circumstances?*

[19] CBC argues that, on an application for an interlocutory injunction where a media organization’s right to free expression is at stake, the application judge should apply the test stated in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*.³⁸ This would entail the applicant showing “the rarest and clearest of cases”,³⁹ such that the conduct complained of would be impossible to defend.

commun d’imposer au demandeur le fardeau de présenter une preuve telle qu’il serait très susceptible d’obtenir gain de cause au procès. Cela signifie que, lors de l’examen préliminaire de la preuve, le juge de première instance doit être convaincu qu’il y a une *forte chance* au regard du droit et de la preuve présentée que, au procès, le demandeur réussira ultimement à prouver les allégations énoncées dans l’acte introductif d’instance.

[18] En résumé, pour obtenir une injonction interlocutoire mandatoire, le demandeur doit satisfaire à la version modifiée que voici du test établi dans *RJR — MacDonald* :

- (1) Le demandeur doit établir une forte apparence de droit qu’il obtiendra gain de cause au procès. Cela implique qu’il doit démontrer une *forte chance* au regard du droit et de la preuve présentée que, au procès, il réussira ultimement à prouver les allégations énoncées dans l’acte introductif d’instance;
- (2) Le demandeur doit démontrer qu’il subira un préjudice irréparable si la demande d’injonction n’est pas accueillie;
- (3) Le demandeur doit démontrer que la prépondérance des inconvénients favorise la délivrance de l’injonction.

B. *Le test d’un cas parmi « les plus manifestes, et extrêmement rares » énoncé dans Liberty Net s’applique-t-il dans ces circonstances?*

[19] Selon la SRC, dans le cas d’une demande d’injonction interlocutoire où la liberté d’expression d’un média est en jeu, le juge de première instance devrait appliquer le test énoncé dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*.³⁸ Ainsi, le demandeur serait tenu de prouver qu’il s’agit d’un cas parmi [TRADUCTION] « les plus manifestes, et extrêmement rares »³⁹, de sorte que le comportement reproché serait impossible à défendre.

³⁸ [1998] 1 S.C.R. 626.

³⁹ *Liberty Net*, at para. 49 (emphasis deleted).

³⁸ [1998] 1 R.C.S. 626.

³⁹ *Liberty Net*, par. 49 (soulignement omis).

[20] In *Liberty Net*, the Court explained that the *RJR — MacDonald* tripartite test is not appropriately applied to cases of “pure” speech, comprising the expression of “the non-commercial speaker where there is no tangible, immediate utility arising from the expression other than the freedom of expression itself”.⁴⁰ This appeal does not present such a case. The reason the Court gave in *Liberty Net* for not applying the *RJR — MacDonald* test to “pure” speech was that the defendant in such cases “has no tangible or measurable interest [also described as a ‘tangible, immediate utility’] other than the expression itself”.⁴¹ Where discriminatory hate speech or other potentially low-value speech is at issue (as was the case in *Liberty Net*), the *RJR — MacDonald* test would “stac[k] the cards” against the defendant at the second and third stages.⁴² In this appeal, however, the chambers judge correctly identified a “tangible, immediate utility” to CBC’s posting of the identifying information, being the “public’s interest” in CBC’s right to express that information, and in freedom of the press.⁴³ Because CBC does not therefore face the same disadvantage as defendants face at the second and third stages of the *RJR — MacDonald* test in cases of low- to no-value speech, it is unnecessary to apply the “clearest of cases” threshold, and I would not do so.

C. *What Strong Prima Facie Case Must the Crown Show?*

[21] As I have already canvassed, in this case, the majority at the Court of Appeal, in reversing the chambers judge, reasoned that he had mischaracterized the basis for which the Crown had sought the injunction. Specifically, the majority said that the

[20] Dans *Liberty Net*, la Cour a expliqué que le test en trois étapes établi dans *RJR — MacDonald* ne convient pas dans les affaires de liberté d’expression « seulement », ce qui comprend celle de la personne « qui s’exprime en dehors [du] contexte [commercial], lorsque le discours en cause n’a pas d’utilité concrète et directe à part la liberté d’expression elle-même »⁴⁰. Le présent appel n’est pas un cas de ce type. Pour expliquer sa décision dans *Liberty Net* de ne pas appliquer le test énoncé dans *RJR — MacDonald* pour les affaires de liberté d’expression « seulement », la Cour a affirmé que le défendeur dans de tels cas « n’a [. . .] aucun intérêt tangible ou mesurable [aussi appelé “utilité concrète et directe”] autre le discours lui-même »⁴¹. Lorsqu’un discours haineux discriminatoire ou un autre type de discours possiblement de peu de valeur est en cause (comme c’était le cas dans *Liberty Net*), le test énoncé dans *RJR — MacDonald* « joue[rait] contre » le défendeur aux deuxième et troisième étapes⁴². Cependant, dans le présent appel, le juge en cabinet a correctement discerné une « utilité concrète et directe » à ce que la SRC diffuse l’information permettant d’établir l’identité de la victime, soit [TRADUCTION] « l’intérêt public » à ce que la SRC ait le droit d’exprimer la teneur de ces renseignements, et la liberté de la presse⁴³. Puisque la SRC n’a donc pas à faire face au même désavantage que les défendeurs aux deuxième et troisième étapes du test énoncé dans *RJR — MacDonald* dans les cas où il est question d’un discours de peu ou pas de valeur, il n’est pas nécessaire d’appliquer le seuil du cas parmi « les plus manifestes » et je m’abstiendrais de le faire.

C. *Quelle forte apparence de droit le ministère public doit-il établir?*

[21] Comme je l’ai déjà évoqué, lorsque, en l’espèce, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont infirmé la décision du juge en cabinet, ils ont estimé que celui-ci avait mal évalué le fondement de la demande d’injonction présentée par le ministère public.

⁴⁰ paras. 47 and 49.

⁴¹ para. 47 (emphasis in original).

⁴² para. 47.

⁴³ Chambers judge’s reasons, at para. 59.

⁴⁰ par. 47 et 49.

⁴¹ par. 47 (souligné dans l’original).

⁴² par. 47.

⁴³ Motifs du juge en cabinet, par. 59.

Originating Notice, properly read, was “hybrid”,⁴⁴ such that the application for the injunction did not “relate directly”⁴⁵ to the criminal contempt citation, but to the direction sought that CBC remove the victim’s identifying information from its website. The identical wording shared by part of the Originating Notice’s preamble (“AND FURTHER TAKE NOTICE that an application will be made for an interim injunction, directing that [CBC] remove any information from their website that could identify the complainant in the [subject] case”) and the part of the Originating Notice which sought an injunction (“That [CBC] be directed to remove any information from their website that could identify the complainant in the [subject] case”) was said to demonstrate “that the request for an interim injunction is tied back . . . to . . . the removal of the objectionable postings”.⁴⁶ The “strong *prima facie* case” which the Crown was bound to show, then, was *not* one of criminal contempt, but rather of an “entitl[ement] . . . to a mandatory order directing removal of the identifying material from the website”.⁴⁷

[22] In dissent, Greckol J.A. saw the matter differently. “A literal reading of the Originating Notice”, she said, “shows that the Crown brought an application for criminal contempt and sought an interim injunction in that proceeding”.⁴⁸ This was in her view confirmed by the record which reveals that the Crown had proceeded on the basis that its application for an interlocutory injunction was sought in respect of the citation for criminal contempt.

[23] For two reasons, I agree with Greckol J.A. First, the Originating Notice itself, and the sequencing therein of the relief sought, belies its putatively

Plus précisément, les juges majoritaires ont affirmé que l’avis introductif d’instance, correctement interprété, était [TRADUCTION] « hybride »⁴⁴, de sorte que la demande d’injonction n’était pas « directement liée »⁴⁵ à la demande d’assignation pour outrage criminel, mais plutôt à la directive sollicitée exigeant que la SRC retire de son site Web tout renseignement identifiant la victime. Ils ont soutenu que le libellé identique du préambule de l’avis introductif d’instance ([TRADUCTION] « ET EN OUTRE PRENEZ AVIS qu’une demande d’injonction intérimaire sera présentée afin qu’il soit ordonné à [la SRC] de retirer de son site Web tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la plaignante dans [la présente] affaire ») et de la partie de l’avis introductif d’instance où l’injonction est sollicitée (« Qu’il soit ordonné à [la SRC] de retirer de son site Web tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la plaignante dans [la présente] affaire ») prouvait que « la demande d’injonction interlocutoire se rapportait [. . .] au [. . .] retrait des articles en cause »⁴⁶. Selon les juges majoritaires, la « forte apparence de droit » que le ministère public était tenu d’établir *n’était donc pas* celle quant à l’existence d’un outrage criminel, mais plutôt celle quant à l’existence du « droit [. . .] à une ordonnance mandatoire visant le retrait du site Web des renseignements identifiant la victime »⁴⁷.

[22] Dissidente, la juge Greckol a vu l’affaire d’un autre œil. Elle a affirmé qu’une [TRADUCTION] « interprétation littérale de l’avis introductif d’instance démontre que le ministère public a intenté une action pour outrage criminel et a cherché à obtenir une injonction interlocutoire dans le cadre de cette instance »⁴⁸. Selon elle, le dossier — qui révèle que le ministère public s’était fondé sur le fait que l’injonction interlocutoire était sollicitée à l’égard de la demande d’assignation pour outrage criminel — le confirmait.

[23] Je souscris à l’opinion de la juge Greckol pour deux raisons. Premièrement, l’avis introductif d’instance en soi, ainsi que l’ordre dans lequel les

⁴⁴ para. 5.

⁴⁵ para. 6.

⁴⁶ C.A. reasons, at para. 6.

⁴⁷ C.A. reasons, at para. 7.

⁴⁸ C.A. reasons, at para. 23 (emphasis added).

⁴⁴ par. 5.

⁴⁵ par. 6.

⁴⁶ Motifs de la Cour d’appel, par. 6.

⁴⁷ Motifs de la Cour d’appel, par. 7.

⁴⁸ Motifs de la Cour d’appel, par. 23 (je souligne).

hybrid character. It begins by giving notice (“TAKE NOTICE”) of an “an [a]pplication . . . for an Order citing [CBC] in criminal contempt of court”. That notice is immediately followed by a *further* notice (“AND FURTHER TAKE NOTICE”) of an “application . . . for an interim injunction, directing that [CBC] remove any information from [its] website that could identify the complainant in the [subject] case”.⁴⁹ The text “AND FURTHER TAKE NOTICE” makes plain that the two applications are linked, such that the latter is tied *not* to the mere placement by CBC of the victim’s identifying information on its website, but to the sought-after criminal contempt citation. In other words, each prayer for relief does not launch an independent proceeding; rather, both relate to the alleged criminal contempt.

[24] The second reason goes to the fundamental nature of an injunction and its relation to a cause of action. Rule 3.8(1) of the *Alberta Rules of Court*⁵⁰ requires that an originating application state *both* “the claim and the basis for it”, *and* “the remedy sought”. In other words, an applicant must record both “a basis” *and* “[a] remedy”. An injunction is generally “a remedy ancillary to a cause of action”.⁵¹ And here, the Crown’s Originating Notice discloses only a single basis for seeking that remedy: CBC’s alleged criminal contempt of court. As I have already noted, this is consistent with how the Crown framed its case at the courts below.

[25] The majority’s conclusion at the Court of Appeal that the basis for the injunction is an “entitlement] . . . to a mandatory order directing removal

réparations y sont demandées, contredit qu’il puisse avoir un caractère théoriquement hybride. En effet, il commence par un avis ([TRADUCTION] « PRENEZ AVIS ») quant à la présentation d’une « demande [. . .] visant l’obtention d’une ordonnance déclarant [la SRC] coupable d’outrage criminel au tribunal ». Cet avis est immédiatement suivi d’un *autre* avis (« ET EN OUTRE PRENEZ AVIS ») quant à la présentation d’une « demande d’injonction intérimaire [. . .] afin qu’il soit ordonné à [la SRC] de retirer de son site Web tout renseignement qui permettrait d’établir l’identité de la plaignante dans [la présente] affaire »⁴⁹. L’expression « ET EN OUTRE PRENEZ AVIS » indique clairement que les deux demandes sont liées, de sorte que la deuxième se rapporte *non pas* au simple affichage sur le site Web de la SRC des renseignements identifiant la victime, mais à l’assignation pour outrage criminel sollicitée. Autrement dit, chaque demande de réparation ne donne pas lieu à une instance distincte; elles sont plutôt toutes les deux liées à l’outrage criminel reproché.

[24] La deuxième raison pour laquelle je souscris à la conclusion de la juge Greckol se rapporte à la nature fondamentale d’une injonction et à son lien avec une cause d’action. Le paragraphe 3.8(1) des *Alberta Rules of Court*⁵⁰ prévoit qu’une demande introductive d’instance doit énoncer *tant* [TRADUCTION] « l’objet de la demande et son fondement », *que* « la réparation demandée ». Autrement dit, le demandeur doit indiquer *tant* « un fondement » *qu’*« [une] réparation ». En général, une injonction est « une réparation qui est subordonnée à une cause d’action »⁵¹. Or, en l’espèce, la demande introductive d’instance du ministère public n’indique qu’un motif pour lequel il veut obtenir cette réparation : l’outrage criminel au tribunal reproché à la SRC. Comme je l’ai déjà souligné, cette analyse est conforme à la façon dont le ministère public a présenté sa thèse aux tribunaux de juridictions inférieures.

[25] En conséquence, la conclusion des juges majoritaires de la Cour d’appel selon laquelle l’injonction repose sur le [TRADUCTION] « droit à une

⁴⁹ A.R., at p. 39.

⁵⁰ Alta. Reg. 124/2010.

⁵¹ *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, at p. 930 (emphasis added).

⁴⁹ d.a., p. 39.

⁵⁰ Alta. Reg. 124/2010.

⁵¹ *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, p. 930 (je souligne).

of the identifying material from the website”,⁵² therefore, simply begs the question: what, precisely, is the source in law of that entitlement? An injunction is not a cause of action, in the sense of containing its own authorizing force. It is, I repeat, a remedy. This is undoubtedly why, before both the chambers judge and the Court of Appeal, the Crown framed the matter as an application for an interlocutory injunction in the proceedings for a criminal contempt citation.⁵³ And, on that point, I respectfully endorse Greckol J.A.’s conclusion that it was not for the Court of Appeal to re-cast the Crown’s case as a civil application for an interlocutory injunction pending a permanent injunction. The Crown was bound to show a strong *prima facie* case of criminal contempt of court.

[26] I add this. It is implicit in the foregoing analysis that, in some circumstances, an interlocutory injunction may be sought and issued to enjoin allegedly criminal conduct. The delineation of those circumstances, however, I would not decide here. To be clear, the disposition of this appeal should not be taken as standing for the proposition that injunctive relief is ordinarily or readily available in criminal matters, or that — even had the Crown been able to show in this case a strong *prima facie* case of criminal contempt — an injunction would have been available.

D. *Is the Crown Entitled to a Mandatory Interlocutory Injunction?*

[27] The decision to grant or refuse an interlocutory injunction is a discretionary exercise, with which an appellate court must not interfere solely because it would have exercised the discretion differently. In

ordonnance mandatoire visant le retrait du site Web des renseignements identifiant la victime »⁵² soulève clairement la question de savoir quelle est la source précise de ce droit. L’injonction n’est pas une cause d’action, en ce sens qu’elle ne contient pas son propre pouvoir d’autoriser l’action. Il s’agit, je le répète, d’une réparation. C’est sans doute la raison pour laquelle, tant devant le juge en cabinet que devant la Cour d’appel, le ministère public a présenté l’affaire comme étant une demande d’injonction interlocutoire dans le cadre d’une demande d’assignation pour outrage criminel⁵³. À cet égard, je souscris respectueusement à la conclusion de la juge Greckol selon laquelle il n’appartient pas à la Cour d’appel de reformuler la thèse du ministère public comme s’il s’agissait d’une demande d’injonction interlocutoire au civil en attendant qu’une injonction permanente soit accordée. Le ministère public était tenu d’établir une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel au tribunal.

[26] J’ajouterais ceci. Dans l’analyse qui précède, il est implicite que, dans certaines circonstances, une injonction interlocutoire peut être demandée et délivrée pour empêcher une conduite prétendument criminelle. Je ne me prononcerai toutefois pas ici sur la façon dont il faudrait définir ces circonstances. Je tiens toutefois à préciser que l’issue du présent appel ne devrait pas être interprétée comme signifiant que l’injonction est une réparation courante et facile à obtenir dans les affaires criminelles, ou que — même si le ministère public avait été en mesure d’établir en l’espèce une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel — une injonction aurait pu être prononcée.

D. *Le ministère public a-t-il droit à une injonction interlocutoire mandatoire?*

[27] La décision d’accorder ou de refuser une injonction interlocutoire relève d’un pouvoir discrétionnaire, et les cours d’appel ne doivent pas modifier la décision en découlant simplement parce qu’elles

⁵² C.A. reasons, at para. 7.

⁵³ C.A. reasons, at paras. 25-26; chambers judge’s reasons, at para. 7.

⁵² Motifs de la Cour d’appel, par. 7.

⁵³ Motifs de la Cour d’appel, par. 25-26; motifs du juge en cabinet, par. 7.

Metropolitan Stores,⁵⁴ the Court endorsed this statement of Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*⁵⁵ about the circumstances in which that exercise of discretion may be set aside. Appellate intervention is justified only where the chambers judge proceeded “on a misunderstanding of the law or of the evidence before him”, where an inference “can be demonstrated to be wrong by further evidence that has [since] become available”, where there has been a change of circumstances, or where the “decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge . . . could have reached it”.⁵⁶ This principle was recently affirmed in *Google*.⁵⁷

[28] In this case, and as I have explained, the first stage of the modified *RJR — MacDonald* test required the Crown to satisfy the chambers judge that there was a strong likelihood on the law and the evidence presented that it would be successful in proving CBC’s guilt of criminal contempt of court. This is not an easy burden to discharge and, as I shall explain, the Crown has failed to do so here.

[29] In *United Nurses of Alberta*, McLachlin J. (as she then was) described the elements of criminal contempt of court in these terms:

To establish criminal contempt the Crown must prove that the accused defied or disobeyed a court order in a public way (the *actus reus*), with intent, knowledge or recklessness as to the fact that the public disobedience will tend to depreciate the authority of the court (the *mens*

auraient exercé ce pouvoir différemment. Dans l’arrêt *Metropolitan Stores*⁵⁴, la Cour a fait sienne l’affirmation de lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*⁵⁵ concernant les circonstances dans lesquelles l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire peut être infirmé. Une intervention en appel est justifiée uniquement lorsque le juge en cabinet a pris une décision qui [TRADUCTION] « repose sur une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui », lorsque « le caractère erroné [d’une conclusion] peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l’appel », lorsque les circonstances ont changé, ou lorsque la « décision du juge d’accorder ou de refuser l’injonction est à ce point aberrante qu’elle doit être infirmée pour le motif qu’aucun juge raisonnable [. . .] [n’]aurait pu la rendre »⁵⁶. Ce principe a récemment été confirmé dans *Google*⁵⁷.

[28] En l’espèce, comme je l’ai expliqué, la première étape de la version modifiée du test établi dans *RJR — MacDonald* exigeait que le ministère public convainque le juge en cabinet qu’il y avait une forte chance au regard du droit et de la preuve présentée qu’il réussirait à prouver la culpabilité de la SRC pour outrage criminel au tribunal. Il n’est pas facile de s’acquitter d’un tel fardeau et, comme je l’expliquerai plus loin, le ministère public n’a pas réussi à le faire en l’espèce.

[29] Dans l’arrêt *United Nurses of Alberta*, la juge McLachlin (maintenant juge en chef) a décrit les éléments de l’outrage criminel au tribunal de cette façon :

Pour démontrer l’outrage criminel, le ministère public doit prouver que l’accusé a transgressé une ordonnance d’un tribunal ou y a désobéi publiquement (l’*actus reus*), tout en voulant que cette désobéissance publique contribue à miner l’autorité de la cour, en le sachant ou sans s’en

⁵⁴ pp. 154-55.

⁵⁵ [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046 (H.L.).

⁵⁶ See also *B.C. (A.G.) v. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (B.C.C.A.), aff’d [1991] 1 S.C.R. 62; *White Room Ltd. v. Calgary (City)*, 1998 ABCA 120, 62 Alta. L.R. (3d) 177; *Musqueam Indian Band v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2008 FCA 214, 378 N.R. 335, at para. 37, leave to appeal refused, [2008] 3 S.C.R. viii.

⁵⁷ para. 22.

⁵⁴ p. 154-155.

⁵⁵ [1982] 1 All E.R. 1042, p. 1046 (H.L.).

⁵⁶ Voir aussi *B.C. (A.G.) c. Wale*, [1987] 2 W.W.R. 331 (C.A. C.-B.), conf. [1991] 1 R.C.S. 62; *White Room Ltd. c. Calgary (City)*, 1998 ABCA 120, 62 Alta. L.R. (3d) 177; *Musqueam Indian Band c. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, 2008 CAF 214, 378 N.R. 335, par. 37, autorisation d’appel refusée, [2008] 3 R.C.S. viii.

⁵⁷ par. 22.

rea). The Crown must prove these elements beyond a reasonable doubt.⁵⁸

[30] As to the *actus reus* — that is, as to whether the Crown could demonstrate a strong *prima facie* case that CBC “defied or disobeyed [the publication ban] in a public way”⁵⁹ by leaving the victim’s identifying information on its website — the chambers judge rejected the Crown’s submission that s. 486.4(2.1)’s terms “publish[ed]” and “transmit[ted]” should be “broad[ly]” interpreted.⁶⁰ In his view, the meaning of that text was not so obvious that the Crown could “likely succeed at trial” in showing that s. 486.4(2.1) would capture the impugned articles on CBC’s website, since they had been posted *prior* to the issuance of a publication ban. In other words, and as CBC argued before the chambers judge, the statutory text might also be reasonably taken as prohibiting only publication which occurred for the first time *after* a publication ban.

[31] Significantly, the majority at the Court of Appeal conceded that “either position is arguable”.⁶¹ In my respectful view, that was, in substance, an acknowledgment that the Crown had not shown a strong *prima facie* case of criminal contempt. Before us, the Crown urged this Court to infer that the majority nevertheless “leaned” towards the Crown’s preferred interpretation of “publish[ed]” when it stated that to see the matter otherwise would “significantly limit the scope of many legal rights and obligations that depend on making information available to third parties [and] [i]f publishing is a continuous activity, then it is also arguable that [CBC] is wilfully disobeying the court order”.⁶² But, even allowing that this may be so, the Crown’s burden was not to show a case for criminal contempt that “leans” one way or another, but rather a case, based on the law

soucier (la *mens rea*). Le ministère public doit prouver ces éléments hors de tout doute raisonnable⁵⁸.

[30] Pour ce qui est de l’*actus reus* — c’est-à-dire la question de savoir si le ministère public pouvait établir une forte apparence de droit selon laquelle la SCR a [TRADUCTION] « transgressé [l’interdiction de publication] ou y a désobéi publiquement »⁵⁹ en laissant sur son site Web les renseignements identifiant la victime —, le juge en cabinet a rejeté l’argument du ministère public voulant que les mots « *publish[ed]* » et « *transmitt[ed]* » de la version anglaise du par. 486.4(2.1) devaient recevoir une interprétation « large »⁶⁰. À son avis, le sens de ce texte n’était pas évident au point où le ministère public « aurait vraisemblablement eu gain de cause au procès » pour démontrer que le par. 486.4(2.1) viserait les articles qu’elle reprochait à la SRC d’avoir affichés sur son site Web, puisqu’ils avaient été affichés *avant* la délivrance de l’interdiction de publication. Autrement dit, et comme la SRC l’a soutenu devant le juge en cabinet, le texte de loi pourrait aussi être raisonnablement interprété comme interdisant seulement les publications diffusées pour la première fois *après* la délivrance d’une interdiction de publication.

[31] Je souligne que les juges majoritaires de la Cour d’appel ont reconnu que [TRADUCTION] « les deux thèses sont défendables »⁶¹, ce qui, à mon avis, constituait essentiellement une reconnaissance que le ministère public n’avait pas établi une forte apparence de droit quant à l’existence d’un outrage criminel. Ce dernier a demandé à la Cour de conclure que les juges majoritaires de la Cour d’appel avaient néanmoins « penché » vers l’interprétation du mot anglais « *publish[ed]* » qu’il privilégie lorsqu’ils ont affirmé que de voir l’affaire autrement « réduirait de façon importante la portée de nombreux droits et obligations qui dépendent de l’accès pour des tiers à des renseignements [et que] [s]i la publication est une activité continue, on peut aussi soutenir que [la SRC] désobéit volontairement à l’ordonnance de la cour »⁶². Or, même si on admettait que tel puisse

⁵⁸ p. 933 (emphasis added).

⁵⁹ Chambers judge’s reasons, at para. 12.

⁶⁰ para. 33.

⁶¹ C.A. reasons, at para. 10.

⁶² C.A. reasons, at para. 10; transcript, at pp. 65 and 70-71.

⁵⁸ p. 933 (je souligne).

⁵⁹ Motifs du juge en cabinet, par. 12.

⁶⁰ par. 33.

⁶¹ Motifs de la Cour d’appel, par. 10.

⁶² Motifs de la Cour d’appel, par. 10; transcription, p. 65 et 70-71.

and evidence presented, that has a *strong likelihood* of success at trial. And, again with respect, I see nothing in the chambers judge's reasons or, for that matter, in the majority reasons which persuades me that the chambers judge, in refusing the interlocutory injunction sought here, committed any of the errors described in *Hadmor* as justifying appellate intervention.

[32] My finding on this point is determinative, and obviates the need to consider *mens rea*, or the other two stages of the *RJR — MacDonald* test.

V. Conclusion

[33] I would allow this appeal.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Solicitors for the interveners: Linden & Associates, Toronto.

être le cas, le fardeau du ministère public n'était pas de présenter une preuve d'outrage criminel qui « penche » dans un sens ou dans l'autre, mais plutôt une preuve qui, au regard du droit et des éléments de preuve présentés, avait une *forte chance* d'entraîner son succès au procès. En outre, rien dans ses motifs — ni d'ailleurs dans les motifs des juges majoritaires — ne me convainc que, lorsqu'il a rejeté la demande d'injonction interlocutoire en l'espèce, le juge en cabinet a commis une des erreurs décrites dans l'arrêt *Hadmor* qui justifierait une intervention en appel.

[32] Ma conclusion sur ce point étant déterminante; il est inutile que j'examine tant la *mens rea* que les deux autres étapes du test établi dans l'arrêt *RJR — MacDonald*.

V. Conclusion

[33] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante : Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton; Société Radio-Canada, Toronto.

Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Calgary.

Procureurs des intervenants : Linden & Associates, Toronto.

A.R.J.D. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. A.R.J.D.

2018 SCC 6

File No.: 37715.

2018: February 9.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Behaviour of victim — Accused acquitted at trial of sexually assaulting stepdaughter over several years — Trial judge finding that lack of evidence of complainant avoiding accused raising reasonable doubt — Court of Appeal holding that trial judge erred by relying on impermissible stereotype about behaviour of sexual assault victim — Setting aside of acquittals and order for new trial upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Paperny, Slatter and Schutz JJ.A.), 2017 ABCA 237, 55 Alta. L.R. (6th) 213, [2017] 11 W.W.R. 508, 353 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (7th) 306, [2017] A.J. No. 746 (QL), 2017 CarswellAlta 1272 (WL Can.), setting aside the acquittals of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Kent J. Teskey, Q.C., and Lindsay Tate, for the appellant.

David A. Labrenz, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

A.R.J.D. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. A.R.J.D.

2018 CSC 6

N° du greffe : 37715.

2018 : 9 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Comportement de la victime — Accusé acquitté en première instance d'accusations lui reprochant d'avoir agressé sexuellement sa belle-fille pendant plusieurs années — Conclusion du juge du procès portant que l'absence de preuve que la plaignante aurait cherché à éviter l'accusé soulevait un doute raisonnable — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a fait erreur en se fondant sur un stéréotype inadmissible au sujet du comportement d'une victime d'agression sexuelle — Annulation des acquittements et ordonnance intimant la tenue d'un nouveau procès confirmées.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Paperny, Slatter et Schutz), 2017 ABCA 237, 55 Alta. L.R. (6th) 213, [2017] 11 W.W.R. 508, 353 C.C.C. (3d) 1, 40 C.R. (7th) 306, [2017] A.J. No. 746 (QL), 2017 CarswellAlta 1272 (WL Can.), qui a annulé les verdicts d'acquiescement prononcés en faveur de l'accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Kent J. Teskey, c.r., et Lindsay Tate, pour l'appelant.

David A. Labrenz, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — The appellant was acquitted at trial of three sexual offences alleged to have been committed against his stepdaughter when she was between the ages of 11 and 16. A majority of the Court of Appeal of Alberta allowed the Crown’s appeal. The appellant now appeals to this Court as of right.

[2] We would dismiss, substantially for the reasons of the majority of the Court of Appeal. In considering the lack of evidence of the complainant’s avoidance of the appellant, the trial judge committed the very error he had earlier in his reasons instructed himself against: he judged the complainant’s credibility based solely on the correspondence between her behaviour and the expected behaviour of the stereotypical victim of sexual assault. This constituted an error of law. We do not read the majority reasons, including paras. 39 and 41 highlighted by the defence, as suggesting otherwise.

[3] The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service, Appeals Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

[1] LE JUGE EN CHEF — L’appelant a été acquitté en première instance relativement à trois infractions de nature sexuelle qui auraient été commises à l’endroit de sa belle-fille alors qu’elle avait entre 11 et 16 ans. La Cour d’appel de l’Alberta, à la majorité, a accueilli l’appel de la Couronne. L’appelant se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[2] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi, essentiellement pour les motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel. En prenant en considération l’absence de preuve que la plaignante aurait cherché à éviter l’appelant, le juge du procès a commis l’erreur même contre laquelle il s’était mis en garde plus tôt dans ses motifs : il a apprécié la crédibilité de la plaignante uniquement en comparant son comportement à celui attendu de la victime type d’agression sexuelle. Il s’agissait là d’une erreur de droit. Nous ne voyons rien dans les motifs de la majorité, y compris les par. 39 et 41 soulignés par la défense, qui tende à indiquer le contraire.

[3] Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appelant : Pringle, Chivers, Sparks, Teskey, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Alberta Crown Prosecution Service, Appeals Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

G.T.D. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G.T.D.

2018 SCC 7

File No.: 37756.

2018: February 14.¹

Present: Wagner C.J. and Abella, Côté, Brown and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to counsel — Remedy — Exclusion of evidence — Police officer delivering standard caution after accused invoked his right to counsel — Wording of caution eliciting incriminatory statement from accused — Trial judge refusing to exclude evidence resulting from statement and convicting accused of sexual assault — Court of Appeal holding that accused's Charter right to counsel was breached but that evidence should not be excluded — Standard caution violating police's duty to hold off and breaching right to counsel — Breach warranting exclusion of evidence — New trial ordered — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Cases Cited

Referred to: *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; *R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

¹ A formal judgment was issued on February 19, 2018 and revised on April 6, 2018, to amend the French version of paras. 2, 4 and 5. The amendments are included in this judgment.

G.T.D. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. G.T.D.

2018 CSC 7

N° du greffe : 37756.

2018 : 14 février¹.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Côté, Brown et Martin.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'assistance d'un avocat — Réparation — Exclusion d'éléments de preuve — Formulation par les policiers de leur mise en garde habituelle après la revendication par l'accusé de son droit à l'assistance d'un avocat — Déclaration incriminante soustraite à l'accusé par l'effet du libellé de la mise en garde — Refus de la juge du procès d'exclure les éléments de preuve recueillis par suite de la déclaration et accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Décision de la Cour d'appel concluant que le droit à l'assistance d'un avocat garanti à l'accusé par la Charte a été violé, mais que les éléments de preuve ne devaient pas être exclus — Mise en garde habituelle contrevenant à l'obligation des policiers de surseoir à l'enquête et au droit à l'assistance d'un avocat — Exclusion des éléments de preuve justifiée en raison de la violation — Tenue d'un nouveau procès ordonnée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; *R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

¹ Un jugement formel a été rendu le 19 février 2018 et révisé le 6 avril 2018 pour modifier la version française des par. 2, 4 et 5. Les modifications ont été incorporées dans le présent jugement.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Slatter, Veldhuis and Schutz J.J.A.), 2017 ABCA 274, 40 C.R. (7th) 25, 57 Alta. L.R. (6th) 213, [2017] A.J. No. 879 (QL), 2017 CarswellAlta 1549 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for sexual assault. Appeal allowed, Wagner C.J. dissenting.

Ian Runkle, for the appellant.

Jason R. Russell, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — G.T.D. was convicted for the sexual assault of a previous intimate partner and appeals as of right on the strength of a dissent at the Court of Appeal of Alberta. The dissenting judge would have ordered a new trial on the ground that the delivery of the Edmonton Police Service’s standard caution breached G.T.D.’s right to counsel under s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the inculpatory statement G.T.D. offered in response should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* according to the test set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The majority at the Court of Appeal agreed that G.T.D.’s right to counsel had been breached, but dismissed the appeal on the basis that the statement should not be excluded.

[2] The right to counsel under s. 10(b) of the *Charter* obliges police to “‘hold off’ from attempting to elicit incriminatory evidence from the detainee until he or she has had a reasonable opportunity to reach counsel” (*R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236, at p. 269). The first issue in this appeal is whether the question “Do you wish to say anything?”, asked at the conclusion of the standard caution used by the Edmonton Police Service after G.T.D. had already invoked his right to counsel, violated this duty to “hold off”. We are all of the

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Slatter, Veldhuis et Schutz), 2017 ABCA 274, 40 C.R. (7th) 25, 57 Alta. L.R. (6th) 213, [2017] A.J. No. 879 (QL), 2017 CarswellAlta 1549 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’accusé. Pourvoi accueilli, le juge en chef Wagner est dissident.

Ian Runkle, pour l’appellant.

Jason R. Russell, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — G.T.D. a été déclaré coupable d’agression sexuelle à l’endroit d’une ancienne partenaire intime et il fait appel de plein droit sur la base d’une dissidence en Cour d’appel de l’Alberta. La juge dissidente aurait ordonné un nouveau procès au motif que la façon dont le Service de police d’Edmonton a donné sa mise en garde habituelle a violé le droit à l’assistance d’un avocat garanti à G.T.D. par l’al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la déclaration inculpatoire qu’il a ensuite faite en réponse à la mise en garde devrait être écartée aux termes du par. 24(2) de la *Charte*, selon l’analyse énoncée dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont reconnu qu’il y avait eu violation du droit de G.T.D. à l’assistance d’un avocat, mais ont rejeté l’appel au motif que la déclaration ne devait pas être exclue.

[2] Suivant le droit à l’assistance d’un avocat garanti à une personne détenue par l’al. 10b) de la *Charte*, les policiers sont obligés, « jusqu’à ce que cette personne ait eu une possibilité raisonnable de communiquer avec un avocat, [. . .] de “surseoir” à toute mesure ayant pour objet de lui soutirer des éléments de preuve de nature incriminante » (*R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236, p. 269). Le premier point litigieux en l’espèce consiste à décider si la question [TRADUCTION] « Souhaitez-vous dire quelque chose? », posée à la fin de la mise en garde

view that it did, because it elicited a statement from G.T.D.

[3] The next issue is whether this breach warrants the exclusion of G.T.D.'s statement under s. 24(2) of the *Charter*. A majority of the Court is of the view that it does, and relies substantially on the reasons of Justice Veldhuis at the Court of Appeal. As she noted at para. 83 of her reasons, the Crown had ample opportunity to call further evidence about Edmonton Police Service training or policy, but chose not to do so. The majority would therefore allow the appeal and order a new trial.

[4] The Chief Justice would dismiss the appeal on the basis that the breach does not warrant the exclusion of G.T.D.'s statement. The appellant argued that the use of the question "Do you wish to say anything?" as part of the standard caution results in a systemic pattern of *Charter* breaches. While such a pattern may aggravate the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct, here, the pattern did not, in the Chief Justice's view, involve the abuse of well-settled rules or negligence in determining what those rules mandated. The duty to "hold off" itself is well-settled.

[5] In the circumstances, whether this form of caution falls within its scope was, in the Chief Justice's view, not so certain as to deprive the police error, systemic as it may have been, of the badges of reasonableness or good faith. Nor, in his view, is this a case where the police have improperly chosen "the least onerous path [through a *Charter*] gray area" (*R. v. Fearon*, 2014 SCC 77, [2014] 3 S.C.R. 621, at para. 94).

habituelle du Service de police d'Edmonton, alors que G.T.D. avait déjà invoqué son droit à l'assistance d'un avocat, a constitué une violation de cette obligation « de surseoir à l'enquête ». Nous sommes tous d'avis que oui, car elle a donné lieu à une déclaration de la part de G.T.D.

[3] L'autre point litigieux consiste à décider si cette violation justifie l'exclusion de la déclaration de G.T.D. en application du par. 24(2) de la *Charte*. La Cour, à la majorité, répond par l'affirmative, appuyant pour l'essentiel sa décision sur les motifs de la juge Veldhuis de la Cour d'appel. Comme l'indique cette dernière au par. 83 de ses motifs, la Couronne a eu amplement l'occasion de présenter d'autres éléments de preuve sur les politiques ou la formation au sein du Service de police d'Edmonton, mais elle a décidé de ne pas le faire. Par conséquent, les juges majoritaires accueilleraient l'appel et ordonneraient la tenue d'un nouveau procès.

[4] Le juge en chef rejetterait l'appel au motif que la violation ne justifie pas l'exclusion de la déclaration de G.T.D. L'appelant a plaidé que le recours à la question « Souhaitez-vous dire quelque chose? » dans la mise en garde habituelle se traduit par une situation de violations systémiques de la *Charte*. Bien qu'une telle situation puisse exacerber la gravité de la conduite attentatoire de l'État, le juge en chef est d'avis que, dans la présente affaire, la situation n'a impliqué ni violation de règles bien établies ni négligence dans la détermination de ce que ces règles imposaient. L'obligation « de surseoir à l'enquête » est elle-même bien établie.

[5] Compte tenu des circonstances, la réponse à la question de savoir si cette forme de mise en garde respecte ou non la portée de l'obligation « de surseoir à l'enquête » n'était pas, de l'avis du juge en chef, suffisamment claire pour permettre de conclure que l'erreur des policiers, indépendamment de son caractère systémique, était déraisonnable ou dénuée de bonne foi. Selon lui, nous ne sommes pas non plus en présence d'un cas où les policiers ont irrégulièrement choisi « le moyen le moins compliqué lorsque [la *Charte* comportait] une zone grise » (*R. c. Fearon*, 2014 CSC 77, [2014] 3 R.C.S. 621, par. 94).

[6] The Chief Justice concludes that the fact that the question was accompanied by clear information about G.T.D.'s choice to speak to the police attenuated the impact of the state conduct on the *Charter*-protected interests of the accused to the point where, balanced with the seriousness of the breach and society's interest in adjudication on the merits, admission of the statement would not bring the administration of justice into disrepute.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Runkle Law, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

[6] Le juge en chef conclut que le fait que la question avait été accompagnée de renseignements clairs relativement au choix de G.T.D. de parler ou non aux policiers avait atténué à tel point l'incidence de la conduite de l'État sur le droit garanti par la *Charte* de l'accusé que, au regard de la gravité de la violation et de l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée sur le fond, l'admission de la déclaration ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant : Runkle Law, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.

Valard Construction Ltd. *Appellant*

v.

Bird Construction Company *Respondent*

and

Surety Association of Canada *Intervener*

**INDEXED AS: VALARD CONSTRUCTION LTD. v.
BIRD CONSTRUCTION CO.**

2018 SCC 8

File No.: 37272.

2017: November 7; 2018: February 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Trusts — Fiduciary duty — Bonds — Whether trustee of trust contained in labour and material payment bond owes duty to disclose existence of bond to potential beneficiaries of trust — If duty is owed, whether conduct of trustee discharged it.

Bird was a general contractor for a construction project in the oilsands. Bird subcontracted with Langford and required Langford to obtain a labour and material payment bond naming Bird as trustee. The bond allows for a provider of work who has not received payment from Langford to sue a company acting as a surety for that unpaid sum, subject to a condition that it give notice of its claim within 120 days of its last provision of work. Langford contracted with Valard to provide work on the project. Langford became insolvent and some of Valard's invoices went unpaid. Valard was never notified of the bond's existence. After the 120-day notice period had expired, it asked Bird whether a bond had been obtained. Bird replied affirmatively and Valard filed a claim. The surety denied the claim. Valard sued Bird for breach of trust. The trial judge dismissed Valard's

Valard Construction Ltd. *Appelante*

c.

Bird Construction Company *Intimée*

et

Association canadienne de caution
Intervenante

**RÉPERTORIÉ : VALARD CONSTRUCTION LTD. c.
BIRD CONSTRUCTION CO.**

2018 CSC 8

N° du greffe : 37272.

2017 : 7 novembre; 2018 : 15 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

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

Fiducies — Obligation fiduciaire — Cautionnements — Le fiduciaire d'une fiducie établie dans un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux a-t-il envers les éventuels bénéficiaires de la fiducie le devoir de leur divulguer l'existence du cautionnement? — Dans l'affirmative, le fiduciaire s'en est-il acquitté en l'espèce?

Bird était entrepreneur général à l'égard d'un projet de construction dans le secteur des sables bitumineux. Bird a conclu avec Langford un contrat de sous-traitance et exigé que cette dernière se procure un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux désignant Bird comme bénéficiaire. Le cautionnement permet à un fournisseur de services qui n'a pas été payé par Langford d'intenter contre une entreprise agissant comme caution une poursuite afin de toucher la somme impayée, à la condition que le fournisseur en question donne avis de sa réclamation dans les 120 jours suivant la date à laquelle il a fourni des services pour la dernière fois. Langford a conclu avec Valard un contrat relativement à l'exécution par celle-ci de travaux dans le cadre du projet. Langford est devenue insolvable et certaines factures de Valard n'ont pas été payées. Cette dernière n'a jamais été informée de

action. A majority of the Court of Appeal dismissed Valard's appeal.

Held (Karakatsanis J. dissenting): The appeal should be allowed and the matter of quantum of damages should be remitted to the trial judge for adjudication.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ.: Wherever a beneficiary would be unreasonably disadvantaged not to be informed of a trust's existence, the trustee's fiduciary duty includes an obligation to disclose the existence of the trust. In the circumstances of this appeal, where the evidence was that labour and material payment bonds were uncommon in the pertinent sector and where the trustee's failure to disclose the existence of the trust prevented the beneficiary from making a claim within the prescribed notice period, that duty was breached. The bond created an express trust. The beneficiary of a trust has a right to hold the trustee to account for its administration of the trust property and to enforce the terms of the trust. In some cases, the beneficiary's right to enforce the trust can be meaningfully exercised only if he or she is first informed of the trust's existence. In general, wherever it could be said to be to the unreasonable disadvantage of the beneficiary not to be informed of the trust's existence, the trustee's fiduciary duty includes an obligation to disclose the existence of the trust. Whether a particular disadvantage is unreasonable must be considered in light of the nature and terms of the trust and the social or business environment in which it operates, and in light of the beneficiary's entitlement thereunder. Valard was unreasonably disadvantaged by Bird's failure to inform it of the trust's existence. The expiry of the notice period before Valard learned of the bond effectively prevented it from enforcing the trust.

The standard to be met by a trustee in respect of the duty to disclose the trust's existence is that of honesty, and reasonable skill and prudence. The specific demands of

l'existence du cautionnement. Après l'expiration de la période de notification de 120 jours, Valard a demandé à Bird si un cautionnement avait été obtenu. Bird lui a répondu que oui et Valard a déposé une réclamation. La caution a rejeté la réclamation. Valard a intenté une poursuite contre Bird pour violation d'une obligation fiduciaire. Le juge de première instance a rejeté l'action de Valard. La Cour d'appel, à la majorité, a rejeté l'appel de Valard.

Arrêt (la juge Karakatsanis est dissidente) : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au juge de première instance afin qu'il statue sur la question du montant des dommages-intérêts.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe : Chaque fois que le bénéficiaire d'une fiducie serait déraisonnablement désavantagé s'il n'était pas informé de l'existence de cette fiducie, le devoir du fiduciaire comporte l'obligation de divulguer l'existence de cette fiducie. Eu égard aux circonstances du présent pourvoi, où la preuve a démontré que les cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'étaient pas chose courante dans le secteur d'activités visé, et où l'omission du fiduciaire de divulguer l'existence de la fiducie a privé le bénéficiaire de la possibilité de présenter une réclamation dans le délai prescrit, il y a eu manquement à ce devoir. Le cautionnement a créé une fiducie expresse. Le bénéficiaire de la fiducie a le droit d'exiger du fiduciaire qu'il lui rende compte de sa gestion des biens détenus en fiducie, et de faire exécuter les clauses de la fiducie. Dans certains cas, le bénéficiaire ne pourra exercer utilement son droit de demander l'exécution des clauses de la fiducie que s'il a au préalable été informé de son existence. En règle générale, chaque fois qu'il est possible d'affirmer que le bénéficiaire subirait un désavantage déraisonnable s'il n'était pas informé de l'existence de la fiducie, le devoir du fiduciaire comporte l'obligation de divulguer l'existence de celle-ci. La question de savoir si un désavantage donné est déraisonnable doit être examinée à la lumière de la nature et des clauses de la fiducie, de l'environnement social ou commercial dans lequel celle-ci s'applique, ainsi que des droits dont dispose le bénéficiaire en vertu de la fiducie. Valard a subi un désavantage déraisonnable en raison de l'omission de Bird de l'informer de l'existence de la fiducie. Le fait que la période de notification ait expiré avant que Valard n'apprenne l'existence du cautionnement l'a effectivement empêchée de se prévaloir des clauses de la fiducie.

La norme que doit respecter le fiduciaire relativement au devoir de divulguer l'existence de la fiducie est l'honnêteté ainsi que l'habileté et la prudence raisonnables.

that standard are informed by the facts and circumstances of which the trustee ought reasonably to have known at the material time. What a trustee must do to discharge it is highly sensitive to the context in which the particular trust relationship arises. An honest, reasonably skillful and prudent trustee would have known that labour and material payment bonds were uncommon on private oilsands construction projects. Conversely, Bird could not have known of all potential beneficiaries when the bond was procured. Its obligation extended only to taking reasonable steps to notify potential beneficiaries of the trust. Bird had an on-site trailer in which notices were normally posted and where Valard was required to attend daily meetings. It could have posted a notice of the bond in its trailer. Instead, it did nothing. Something more than nothing was required. Bird therefore committed a breach of trust.

Per Côté J.: In general, there is no proactive duty on the part of a trustee to take steps to inform potential claimants of a bond's existence, although a trustee does have an equitable obligation to accurately answer all requests from potential claimants for information pertaining to the existence and particulars of any labour and materials payment bond.

On the facts of the present case, Bird had a duty to inform Valard of the bond's existence when it was first notified by email of problems Valard was experiencing in obtaining payment from Langford. That email, from Langford and copied to Valard, ended with a clear request for guidance from Bird. At this point, Bird was alive to the very real possibility of Valard not being paid. As one of the recipients of this email (and part of this conversation), Valard was entitled to expect that, if a bond were available, its existence would have been disclosed by Bird at this time.

Rather than disclosing the existence of the bond, however, Bird instead removed Valard from the email chain and replied directly to Langford. Bird therefore breached the equitable duty it owed to Valard. Had Valard been informed of the available bond, it would still have been

Les exigences précises de cette norme dépendent des faits et des circonstances dont le fiduciaire aurait raisonnablement dû avoir connaissance durant la période pertinente. Les mesures que doit prendre le fiduciaire pour s'acquitter de son devoir de divulguer aux bénéficiaires l'existence de la fiducie sont hautement tributaires du contexte dans lequel la relation fiduciaire particulière prend naissance. Un fiduciaire honnête et raisonnablement habile et prudent aurait su que le recours aux cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'était pas chose courante dans le cadre de projets de construction réalisés dans des exploitations privées de sables bitumineux. À l'inverse, Bird ne pouvait pas connaître tous les bénéficiaires éventuels au moment où le cautionnement a été fourni. Son obligation consistait uniquement à prendre des mesures raisonnables pour aviser les bénéficiaires éventuels de l'existence de la fiducie. Bird disposait, sur le chantier, d'une remorque dans laquelle elle affichait habituellement des avis et où Valard était tenue d'assister à des réunions quotidiennes. Bird aurait pu afficher un avis relatif au cautionnement dans sa remorque. Au lieu de cela, elle n'a rien fait. Bird ne pouvait s'acquitter de son devoir en ne prenant absolument aucune mesure. Elle a en conséquence commis une violation de fiducie.

La juge Côté : En général, un fiduciaire n'a pas l'obligation d'agir de manière proactive et de prendre des mesures pour informer d'éventuels réclamants de l'existence d'un cautionnement, quoique l'équité l'oblige à répondre correctement à toutes les demandes de renseignements émanant de réclamants éventuels relativement à l'existence et aux modalités de tout cautionnement garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux.

Compte tenu des faits en l'espèce, Bird avait le devoir d'informer Valard de l'existence du cautionnement dès la première fois où elle a été informée, par courriel, des problèmes qu'éprouvait Valard à se faire payer par Langford. La dernière phrase de ce courriel émanant de Langford et transmis à Valard en copie conforme demandait clairement des indications à Bird à cet égard. À ce moment-là, Bird était consciente de la possibilité très réelle que Valard ne soit pas payée. En tant que destinataire du courriel (et partie à la conversation), Valard était en droit de s'attendre que Bird lui divulgue alors l'existence de tout cautionnement.

Cependant, au lieu de divulguer l'existence du cautionnement, Bird a plutôt supprimé le nom de Valard de la chaîne de courriels et a répondu directement à Langford. Bird a en conséquence manqué au devoir qui lui incombait envers Valard en vertu de l'équité. Si Valard avait été

within the 120-day window within which to make a claim against the surety.

Per Karakatsanis J. (dissenting): Bird was not under an obligation to inform potential claimants of the existence of the bond. For over 45 years, labour and material payment bonds have been commonly used in the construction industry. The industry understanding and practice is that claimants are expected to enquire as to the existence of a bond. General trust law principles do not imply the obligation to notify potential claimants in this commercial context.

Trust language is used in the labour and material bond to avoid the third-party beneficiary rule. In light of this, the bond itself narrowly defines the obligations placed on the trustee. Bird is not obliged to do or take any act, action or proceeding against the surety to enforce the bond. Bird is under an obligation to maintain and deliver the trust property, the right to claim on the bond, but this does not necessarily imply the obligation to provide notice to potential claimants. Given the narrow purpose and scope of the trust, the limited obligations of the trustee, and industry use of these trusts, it is sufficient if the trustee responds to any enquiries about a bond.

The obligations imposed upon a trustee are first and foremost determined by the terms of the trust instrument itself, but can be supplemented or modified by general principles of equity. Equity imposes different obligations depending on the particular context. In determining the duties of a trustee, it is important to consider the nature and terms of the trust and the social or business environment in which the trust operates. Given the narrow purpose of the trust created here, and the practice in the construction industry, Bird was entitled to assume that such bonds were sufficiently known in the industry and it was therefore under no duty to determine whether potential claimants required notice and how to provide reasonable notice.

The chambers judge did not make a finding that labour and material payment bonds were uncommon in the oil-sands. Further, imposing different obligations depending

informée à ce moment-là de l'existence du cautionnement, la période de 120 jours pendant laquelle elle pouvait soumettre une réclamation à la caution n'était pas encore terminée et elle aurait pu le faire.

La juge Karakatsanis (dissidente) : Bird n'avait pas l'obligation d'informer les éventuels réclamants de l'existence du cautionnement. Depuis plus de 45 ans, l'industrie de la construction a couramment recours aux cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. Selon l'interprétation et la pratique qui ont cours à cet égard dans l'industrie, ce sont les réclamants qui sont censés s'enquérir de l'existence ou non d'un cautionnement. Les principes généraux du droit des fiducies n'impliquent pas d'obligation de notification des éventuels réclamants dans ce genre de contexte commercial.

Le langage du droit des fiducies est employé dans les cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux pour éviter l'application de la règle concernant les tiers bénéficiaires. Pour cette raison, le cautionnement lui-même définit étroitement les obligations du fiduciaire. Bird n'est pas tenue de prendre des actions ou procédures contre la caution en vue de faire exécuter le cautionnement. Elle a l'obligation de conserver et de remettre le bien fiduciaire — en l'occurrence le droit de présenter une réclamation fondée sur le cautionnement —, mais cette obligation n'implique pas nécessairement l'obligation d'aviser les éventuels réclamants. Vu la portée et l'objectif restreints de la fiducie, les obligations limitées du fiduciaire, ainsi que l'utilisation que fait l'industrie de ces fiducies, il suffit que le fiduciaire réponde aux demandes de renseignements qui lui sont présentées au sujet des cautionnements.

Les obligations imposées au fiduciaire sont d'abord et avant tout déterminées par les modalités de l'acte de fiducie lui-même, mais des principes généraux d'équité peuvent les modifier ou y ajouter. L'équité impose différentes obligations selon le contexte. Afin de déterminer les devoirs qui incombent à un fiduciaire, il est important d'examiner la nature et les modalités de la fiducie, ainsi que l'environnement social ou commercial dans lequel celle-ci s'applique. Compte tenu de l'objectif limité de la fiducie créée en l'espèce et de la pratique de l'industrie de la construction, Bird était en droit de supposer que ces cautionnements étaient suffisamment connus au sein de cette industrie, et elle n'avait donc aucune obligation de se demander si les éventuels réclamants devaient être avisés et comment leur donner un avis raisonnable.

Le juge en cabinet n'a pas conclu que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'étaient pas chose courante dans le secteur des

on the particular sector or geographic region within the construction industry introduces uncertainty and instability where there was none.

Cases Cited

By Brown J.

Referred to: *Dominion Bridge Co. v. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125; *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. v. Trisura Guarantee Insurance Co.*, [2014] I.L.R. I-5595; *Beaudette Estate, Re*, 1998 ABQB 689, 229 A.R. 259; *In re Londonderry's Settlement*, [1965] 1 Ch. 918; *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd.*, [2003] UKPC 26, [2003] 2 A.C. 709; *Breakspear v. Ackland*, [2008] EWHC 220, [2009] Ch. 32; *Ballard Estate (Re)* (1994), 20 O.R. (3d) 350; *Hawkesley v. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank v. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593; *Hamar v. The Pensions Ombudsman*, [1996] IDS P.L.R. 1; *Segelov v. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513; *Ironside v. Smith*, 1998 ABCA 366, 223 A.R. 379; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *In re Manisty's Settlement*, [1974] 1 Ch. 17; *Hartigan Nominees Pty. Ltd. v. Rydge* (1992), 29 N.S.W.L.R. 405; *In re Baden's Deed Trusts (No. 2)*, [1973] 1 Ch. 9.

By Karakatsanis J. (dissenting)

Dominion Bridge Co. v. Marla Construction Co., [1970] 3 O.R. 125; *Tobin Tractor (1957) Ltd. v. Western Surety Co.* (1963), 40 D.L.R. (2d) 231; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513; *Harris Steel Ltd. v. Alta Surety Co.* (1993), 119 N.S.R. (2d) 61; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Segelov v. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431; *Hawkesley v. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank v. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593; *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. v. Trisura Guarantee Insurance Co.*, 2014 ONSC 918, 36 C.L.R. (4th) 126.

Statutes and Regulations Cited

Builders' Lien Act, R.S.A. 2000, c. B-7, s. 33.
Construction Lien Act, R.S.O. 1990, c. C.30, s. 69(1).
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 48.
Public Works Act, R.S.A. 2000, c. P-46, s. 17.

sables bitumineux. De plus, le fait d'imposer des obligations différentes selon le secteur concerné de l'industrie de la construction ou la région dans laquelle se déroulent les travaux introduit de l'incertitude et de l'instabilité dans un domaine où il n'en existait pas jusqu'ici.

Jurisprudence

Citée par le juge Brown

Arrêts mentionnés : *Dominion Bridge Co. c. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125; *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. c. Trisura Guarantee Insurance Co.*, [2014] I.L.R. I-5595; *Beaudette Estate, Re*, 1998 ABQB 689, 229 A.R. 259; *In re Londonderry's Settlement*, [1965] 1 Ch. 918; *Schmidt c. Rosewood Trust Ltd.*, [2003] UKPC 26, [2003] 2 A.C. 709; *Breakspear c. Ackland*, [2008] EWHC 220, [2009] Ch. 32; *Ballard Estate (Re)* (1994), 20 O.R. (3d) 350; *Hawkesley c. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank c. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593; *Hamar c. The Pensions Ombudsman*, [1996] IDS P.L.R. 1; *Segelov c. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513; *Ironside c. Smith*, 1998 ABCA 366, 223 A.R. 379; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *In re Manisty's Settlement*, [1974] 1 Ch. 17; *Hartigan Nominees Pty. Ltd. c. Rydge* (1992), 29 N.S.W.L.R. 405; *In re Baden's Deed Trusts (No. 2)*, [1973] 1 Ch. 9.

Citée par la juge Karakatsanis (dissidente)

Dominion Bridge Co. c. Marla Construction Co., [1970] 3 O.R. 125; *Tobin Tractor (1957) Ltd. c. Western Surety Co.* (1963), 40 D.L.R. (2d) 231; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513; *Harris Steel Ltd. c. Alta Surety Co.* (1993), 119 N.S.R. (2d) 61; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Segelov c. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431; *Hawkesley c. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank c. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593; *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. c. Trisura Guarantee Insurance Co.*, 2014 ONSC 918, 36 C.L.R. (4th) 126.

Lois et règlements cités

Builders' Lien Act, R.S.A. 2000, c. B-7, art. 33.
Law and Equity Act, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 48.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, c. F-11.
Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction, L.R.O. 1990, c. C.30, art. 69(1).
Public Works Act, R.S.A. 2000, c. P-46, art. 17.

Authors Cited

- Flannigan, Robert. “Business Applications of the Express Trust” (1998), 36 *Alta. L. Rev.* 630.
- Glaholt, Duncan W. *Construction Trusts: Law & Practice*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Hayton, David. “The Irreducible Core Content of Trusteeship”, in A. J. Oakley, ed., *Trends in Contemporary Trust Law*. Oxford: Clarendon Press, 1996, 47.
- Lewin on Trusts*, 19th ed. by Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin and James Brightwell. London: Sweet & Maxwell, 2015.
- Lightman, Gavin. “The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries”, [2004] P.C.B. 23.
- O’Donnell, J. Vincent, Louise Poudrier-LeBel and Kenneth W. Scott. “Construction Bonds in Canada” (1985), 52 *Ins. Counsel J.* 482.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al. Toronto: Carswell, 2009.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 8th ed. by A. H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes. Toronto: Carswell, 2014.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Scott, Kenneth W., and R. Bruce Reynolds. *Scott and Reynolds on Surety Bonds*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Sheridan, L. A. *The Law of Trusts*, 12th ed. London: Barry Rose Law, 1993.
- Snell’s Equity*, 33rd ed. by John McGhee. London: Sweet & Maxwell, 2015.
- Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, 18th ed. by David Hayton, Paul Matthews and Charles Mitchell. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith. Toronto: Carswell, 2012.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Rowbotham, Wakeling and Schutz J.J.A.), 2016 ABCA 249, [2017] 2 W.W.R. 46, 57 C.L.R. (4th) 171, 42 Alta. L.R. (6th) 223, [2016] A.J. No. 859 (QL), 2016 CarswellAlta 1584 (WL Can.), setting aside the decision of Verville J., 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, [2015] A.J. No. 237 (QL), 2015 CarswellAlta 342 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis J. dissenting.

Mike Preston, Chris Moore and Chris Armstrong, for the appellant.

Doctrine et autres documents cités

- Flannigan, Robert. « Business Applications of the Express Trust » (1998), 36 *Alta. L. Rev.* 630.
- Glaholt, Duncan W. *Construction Trusts : Law & Practice*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1999.
- Hayton, David. « The Irreducible Core Content of Trusteeship », in A. J. Oakley, ed., *Trends in Contemporary Trust Law*, Oxford, Clarendon Press, 1996, 47.
- Lewin on Trusts*, 19th ed. by Lynton Tucker, Nicholas Le Poidevin and James Brightwell, London, Sweet & Maxwell, 2015.
- Lightman, Gavin. « The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries », [2004] P.C.B. 23.
- O’Donnell, J. Vincent, Louise Poudrier-LeBel and Kenneth W. Scott. « Construction Bonds in Canada » (1985), 52 *Ins. Counsel J.* 482.
- Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, 7th ed. by A. H. Oosterhoff et al., Toronto, Carswell, 2009.
- Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, 8th ed. by A. H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes, Toronto, Carswell, 2014.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.
- Scott, Kenneth W., and R. Bruce Reynolds. *Scott and Reynolds on Surety Bonds*, Scarborough (Ont.), Carswell, 1993 (loose-leaf updated 2008, release 2).
- Sheridan, L. A. *The Law of Trusts*, 12th ed., London, Barry Rose Law, 1993.
- Snell’s Equity*, 33rd ed. by John McGhee, London, Sweet & Maxwell, 2015.
- Underhill and Hayton : Law Relating to Trusts and Trustees*, 18th ed. by David Hayton, Paul Matthews and Charles Mitchell, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.
- Waters’ Law of Trusts in Canada*, 4th ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, Toronto, Carswell, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Rowbotham, Wakeling et Schutz), 2016 ABCA 249, [2017] 2 W.W.R. 46, 57 C.L.R. (4th) 171, 42 Alta. L.R. (6th) 223, [2016] A.J. No. 859 (QL), 2016 CarswellAlta 1584 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Verville, 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, [2015] A.J. No. 237 (QL), 2015 CarswellAlta 342 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Karakatsanis est dissidente.

Mike Preston, Chris Moore et Chris Armstrong, pour l’appelante.

Paul V. Stocco and Jeffrey Beedell, for the respondent.

Richard H. Shaban, James W. MacLellan and G. L. Sonny Ingram, for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Brown and Rowe JJ. was delivered by

BROWN J. —

I. Introduction

[1] The questions presented by this appeal are (1) whether a trustee of a trust contained in a labour and material payment bond owes a duty to disclose the existence of the bond to potential beneficiaries of the trust; and (2) if such a duty is owed, what conduct by the trustee would discharge it, and whether it was discharged here. The trial judge concluded that no duty to disclose exists in such a case, and the majority at the Court of Appeal of Alberta agreed.

[2] For the reasons that follow, I respectfully disagree with the courts below. In general, wherever a beneficiary would be unreasonably disadvantaged not to be informed of a trust's existence, the trustee's fiduciary duty includes an obligation to disclose the existence of the trust. In the circumstances of this appeal, where the evidence was that labour and material payment bonds were uncommon in the pertinent sector (private oilsands construction), and where the trustee's failure to disclose the existence of the trust prevented the beneficiary from making a claim within the prescribed notice period, that duty was breached. I would therefore allow the appeal.

Paul V. Stocco et Jeffrey Beedell, pour l'intimé.

Richard H. Shaban, James W. MacLellan et G. L. Sonny Ingram, pour l'intervenante.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE BROWN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes : (1) Le fiduciaire d'une fiducie établie dans un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux a-t-il envers les éventuels bénéficiaires de la fiducie le devoir de leur divulguer l'existence du cautionnement? (2) Dans l'affirmative, comment le fiduciaire doit-il agir pour s'acquitter de ce devoir, et s'en est-il acquitté en l'espèce? Le juge de première instance a conclu qu'il n'existe aucun devoir de divulgation dans une telle situation, et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Alberta ont souscrit à cette conclusion.

[2] Pour les motifs exposés ci-après, je dois, avec égards, exprimer mon désaccord avec les décisions des juridictions inférieures. De façon générale, chaque fois que le bénéficiaire d'une fiducie serait déraisonnablement désavantagé s'il n'était pas informé de l'existence de cette fiducie, le devoir du fiduciaire comporte l'obligation de divulguer l'existence de cette fiducie. Eu égard aux circonstances du présent pourvoi, où la preuve a démontré que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'étaient pas chose courante dans le secteur d'activités visé (construction dans des exploitations privées de sables bitumineux), et où l'omission du fiduciaire de divulguer l'existence de la fiducie a privé le bénéficiaire de la possibilité de présenter une réclamation dans le délai prescrit, il y a eu manquement à ce devoir. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Facts and Judicial History

[3] Suncor Energy Inc. hired the respondent, Bird Construction Company, as a general contractor for a construction project on one of Suncor's worksites near Fort McMurray, Alberta. Bird subcontracted with Langford Electric Ltd. for certain electrical work. As required by its contract with Bird, Langford obtained a labour and material payment bond, issued by the Guarantee Company of North America for \$659,671, naming Bird as Obligee, Langford as Principal, and the Guarantee Company as Surety. Upon receiving its copy of the bond, Bird immediately "filed it" at its offices in Edmonton, Alberta.¹

[4] The text of the relevant terms of the bond are attached as an appendix to this judgment. It is common ground between the parties that, by those terms, the bond allows for a "beneficiary", being a provider of work/labour or materials who has not received payment from Langford within 90 days of the last day upon which it provided work/labour or materials, to sue the Guarantee Company on the bond for that unpaid sum. This is achieved by designating Bird as a trustee, holding in trust for the beneficiaries their right to claim against and recover from the Guarantee Company. A beneficiary's ability to exercise that right is, however, subject to a condition that it give notice of its claim to Langford, the Guarantee Company and Bird within 120 days of its last provision of work/labour or materials.

II. Faits et historique judiciaire

[3] Suncor Énergie Inc. a retenu les services de l'intimée, Bird Construction Company, à titre d'entrepreneur général à l'égard d'un projet de construction dans l'un de ses chantiers près de Fort McMurray, en Alberta. Bird a conclu un contrat de sous-traitance avec Langford Electric Ltd. relativement à certains travaux d'électricité. Comme l'exigeait le contrat qu'elle avait conclu avec Bird, Langford s'est procuré, auprès de La Garantie, Compagnie d'assurance de l'Amérique du Nord, un cautionnement garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux d'une valeur de 659 671 \$. Aux termes du cautionnement, Bird y était désignée comme Bénéficiaire, Langford comme Débitrice principale et La Garantie comme Caution. Dès la réception de sa copie du cautionnement, Bird l'a immédiatement [TRADUCTION] « classée » dans ses bureaux d'Edmonton, en Alberta¹.

[4] Le texte des clauses pertinentes du cautionnement est reproduit en annexe aux présents motifs. Les parties s'accordent pour dire que ces clauses ont pour effet de permettre à un « bénéficiaire », c'est-à-dire à un fournisseur de services, de main-d'œuvre ou de matériaux qui n'a pas été payé par Langford dans les 90 jours suivant le dernier jour où il a fourni les services, la main-d'œuvre ou les matériaux, d'intenter contre La Garantie une poursuite fondée sur le cautionnement afin de toucher la somme impayée. À cette fin, Bird est désignée comme fiduciaire² détenant en fiducie le droit des bénéficiaires de présenter à La Garantie une réclamation en vue du recouvrement des sommes impayées. Toutefois, l'exercice de ce droit par un bénéficiaire est assujéti à l'obligation pour ce dernier de présenter un avis de sa réclamation à Langford, à La Garantie et à Bird dans les 120 jours suivant la date à laquelle il a fourni pour la dernière fois les services, la main-d'œuvre ou les matériaux concernés.

¹ Trial reasons, 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, at para. 34.

¹ Motifs du jugement de première instance, 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, par. 34.

² Dans les présents motifs, les mots « fiduciaire » et « fiducie » sont utilisés plutôt que les termes « fidéicommissaire » et « fidéicommis » figurant dans le formulaire de cautionnement.

[5] On March 2, 2009, Langford contracted with the appellant, Valard Construction Ltd., to provide directional drilling work on the project. Valard began its work on March 17, 2009 and finished on May 20, 2009.

[6] The evidence of Bird's interaction with Valard is sparse. While working on the project, Bird required a Valard representative to attend daily "tool-box meetings" in Bird's on-site trailer, where Bird kept a bulletin board displaying various notices that it would post there. The parties agree that neither the bond, nor notice of it, was posted there. Further, during Valard's work on the project and the ensuing 120-day notice period, neither Bird nor anyone on its behalf notified Valard of the bond's existence. Valard was, therefore, unaware of the bond throughout the entire window of time during which it would have benefitted from it.

[7] Ultimately, some of Valard's invoices went unpaid by Langford and, on March 9, 2010, it was granted default judgment against Langford for \$660,000.¹⁷ As Langford was by then insolvent, Valard has not been paid.

[8] In April 2010 — approximately seven months after the 120-day notice period had expired — Valard's project manager, John Cameron Wemyss, learned that Bird had recently required a labour and material payment bond on a different project. Mr. Wemyss asked Bird whether a labour and material payment bond had been obtained for the project on which Valard had not been paid. Bird replied affirmatively and directed Mr. Wemyss to the Guarantee Company. Mr. Wemyss was "surprised" by this response. In his 10 years of experience, he had never encountered a labour and material payment bond on a privately owned oilsands project. On Valard's behalf, he immediately filed a claim

[5] Le 2 mars 2009, Langford a conclu avec l'appelante, Valard Construction Ltd., un contrat relativement à l'exécution de travaux de forage dévié dans le cadre du projet. Valard a commencé ses travaux le 17 mars 2009 et les a terminés le 20 mai de la même année.

[6] La preuve des échanges entre Bird et Valard est mince. Pendant l'exécution du projet, Bird a exigé la présence d'un représentant de Valard aux « réunions de chantier » quotidiennes qui se déroulaient dans la remorque de Bird sur le chantier, à l'intérieur de laquelle celle-ci avait installé un tableau où étaient affichés divers avis. Les parties s'entendent pour dire que ni le cautionnement ni quelque avis en divulguant l'existence n'y ont été affichés. En outre, au cours des travaux effectués par Valard dans le cadre du projet et durant la période de notification de 120 jours qui a suivi, ni Bird ni quiconque agissant pour son compte n'ont informé Valard de l'existence du cautionnement. Par conséquent, durant toute la période pendant laquelle Valard aurait pu bénéficier du cautionnement, elle ne savait rien de son existence.

[7] En définitive, certaines factures de Valard n'ont pas été payées par Langford et, le 9 mars 2010, cette dernière a obtenu un jugement par défaut condamnant Langford à lui payer 660 000,17 \$. Comme Langford était devenue insolvable à cette date, Valard n'a pas été payée.

[8] En avril 2010 — environ sept mois après l'expiration de la période de notification de 120 jours — le directeur du projet chez Valard John Cameron Wemyss a appris que Bird avait récemment exigé un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux à l'égard d'un autre projet. Il a alors demandé à Bird si elle avait obtenu un tel cautionnement à l'égard du projet pour lequel Valard n'avait pas été payée. Bird lui a répondu que oui, l'invitant à communiquer avec La Garantie. Monsieur Wemyss a été « étonné » par cette réponse. En effet, jamais au cours de ses 10 années d'expérience il n'avait eu connaissance de l'utilisation de cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des

with the Guarantee Company for the full amount of the bond.

[9] The Guarantee Company denied Valard’s claim, citing Valard’s failure to give timely notice. Valard sued (*inter alia*) Bird for breach of trust, alleging that it had breached its duty as a trustee “to fully inform the [b]ond beneficiaries of the existence of the [b]ond and its terms [and of] their right of action provided by the [b]ond”.²

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51*

[10] The trial judge dismissed Valard’s action, finding Bird owed no duty to notify Valard of the existence of the bond. The purpose of the bond was for Bird’s protection. “Unlike other trust relationships”, he observed, “there is no suggestion in the standard wording, or in the case law, that the [b]ond creates duties on [Bird as Obligee] to protect the interests of potential claimants.” Rather, the “sole purpose of the trust wording” employed in the bond was to permit beneficiaries, whose identities may be unknown at the time that the bond was obtained, to overcome the third-party beneficiary rule which would otherwise prevent them from suing on it.³

[11] In so finding, the trial judge relied upon two Ontario trial decisions.⁴ Further, he found that a “simple standard inquiry” by Valard would be a

matériaux dans un projet d’exploitation de sables bitumineux appartenant à des intérêts privés. Il a immédiatement déposé pour le compte de Valard une réclamation auprès de La Garantie pour le montant total du cautionnement.

[9] La Garantie a rejeté la réclamation de Valard, invoquant l’omission de celle-ci de lui donner un avis dans le délai prévu. Valard a intenté (notamment) contre Bird une poursuite pour violation d’une obligation fiduciaire, prétendant que celle-ci avait, en tant que fiduciaire, manqué à son devoir [TRANSDUCTION] « d’informer pleinement les bénéficiaires du cautionnement de l’existence et des clauses de celui-ci, [ainsi que du] droit d’action qu’il leur conférerait »³.

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51*

[10] Le juge de première instance a rejeté l’action de Valard, concluant que Bird n’avait pas le devoir d’informer Valard de l’existence du cautionnement. Celui-ci avait pour objet de protéger Bird. [TRANSDUCTION] « Contrairement à ce qu’on observe dans d’autres relations de nature fiduciaire », a-t-il fait remarquer, « rien dans le libellé type utilisé ni dans la jurisprudence ne tend à indiquer que le cautionnement impose à [Bird, en tant que Bénéficiaire,] le devoir de protéger les intérêts d’éventuels réclamants. » L’« unique objectif du langage fiduciaire » utilisé dans le cautionnement consistait plutôt à permettre aux bénéficiaires, dont l’identité pouvait être inconnue au moment de l’obtention du cautionnement, d’éviter l’application de la règle relative aux tiers bénéficiaires qui, autrement, les aurait empêchés d’intenter des poursuites sur la base du cautionnement⁴.

[11] Le juge du procès a appuyé cette conclusion sur deux décisions ontariennes rendues en première instance⁵. Il a également conclu que la présentation

² Further Amended Statement of Claim, A.R., at p. 74, at para. 19.

³ Trial reasons, at paras. 79-80.

⁴ *Dominion Bridge Co. v. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125 (Co. Ct.); *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. v. Trisura Guarantee Insurance Co.*, [2014] I.L.R. I-5595 (Ont. S.C.J.).

³ Deuxième déclaration modifiée, d.a., p. 74, par. 19.

⁴ Motifs du jugement de première instance, par. 79-80.

⁵ *Dominion Bridge Co. c. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125 (C. comté); *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. c. Trisura Guarantee Insurance Co.*, [2014] I.L.R. I-5595 (C.S.J. Ont.).

“more reliable means” of learning of the bond’s existence.⁵

B. *Court of Appeal of Alberta, 2016 ABCA 249, [2017] 2 W.W.R. 46*

[12] A majority at the Alberta Court of Appeal dismissed Valard’s appeal, affirming that Bird had “no legal duty to inform any potential claimant about the existence of a labour and material payment bond, unless and until a clear and unequivocal request for information about the bond is made”.⁶ Valard could, it held, have demanded such information under s. 33 of Alberta’s *Builders’ Lien Act*, R.S.A. 2000, c. B-7. This distinguishes Valard from other trust beneficiaries who have no way to compel trustees to disclose the existence of a trust, and therefore distinguishes this case from other cases in which a duty to disclose the existence of a trust has been recognized.

[13] Justice Wakeling, in dissent, would have allowed the appeal. Bird, as a trustee, owed fiduciary duties to potential beneficiaries, which duties required Bird to protect their interests without being asked to do so. As a general rule, Wakeling J.A. found that if potential beneficiaries would derive a benefit from knowing about the existence of the trust, the trustee must undertake reasonable measures to disclose the trust’s existence to a sufficiently large segment of the class of potential beneficiaries. While this duty may be abridged by the terms of the trust document, nothing in the text of the bond indicated an intention to do so. Therefore, Bird should have taken reasonable measures to inform Valard about the existence of the trust. As it did not, it is liable to pay Valard \$659,671, being the amount which it would have recovered under the bond had it known about

par Valard d’une [TRADUCTION] « simple demande de renseignements courante » aurait constitué un « moyen plus fiable » d’apprendre l’existence du cautionnement⁶.

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2016 ABCA 249, [2017] 2 W.W.R. 46*

[12] Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont rejeté l’appel de Valard, affirmant que Bird n’avait [TRADUCTION] « aucune obligation légale d’informer d’éventuels réclamants de l’existence du cautionnement garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux, en l’absence de demande de renseignements claire et non équivoque au sujet du cautionnement »⁷. Valard aurait pu, ont-ils conclu, se fonder sur l’art. 33 de la loi albertaine intitulée *Builders’ Lien Act*, R.S.A. 2000, c. B-7, pour exiger de tels renseignements. Ce fait distingue Valard des autres bénéficiaires de fiducies qui ne disposent d’aucun moyen d’obliger les fiduciaires à divulguer l’existence d’une fiducie, et il permet en conséquence d’établir une distinction entre la présente affaire et d’autres instances où les tribunaux ont reconnu l’existence d’un tel devoir.

[13] Le juge Wakeling, dissident, aurait pour sa part accueilli l’appel. En tant que fiduciaire, Bird avait des devoirs fiduciaires envers les éventuels bénéficiaires, devoirs qui l’obligeaient à protéger leurs intérêts sans qu’on ait à lui demander de le faire. Le juge Wakeling a conclu que, en règle générale, si le fait de connaître l’existence de la fiducie est susceptible de profiter à d’éventuels bénéficiaires, le fiduciaire doit prendre des mesures raisonnables pour en divulguer l’existence à un segment suffisamment large de cette catégorie de bénéficiaires éventuels. Bien que les clauses de l’acte de fiducie puissent circonscrire ce devoir, rien dans le libellé du cautionnement n’indiquait une telle intention. Par conséquent, Bird aurait dû prendre des mesures raisonnables pour informer Valard de l’existence de la fiducie. Comme elle ne l’a pas fait, elle doit verser

⁵ Trial reasons, at para. 85.

⁶ C.A. reasons, at para. 28.

⁶ Motifs du jugement de première instance, par. 85.

⁷ Motifs du jugement de la C.A., par. 28.

the bond's existence in time to give notice of its claim within the 120-day notice period.

III. Analysis

A. *The Duty to Disclose the Existence of the Trust*

[14] The bond was issued in standard form CCDC 222-2002, which was published by the Canadian Construction Documents Committee. It has been in use since 2002. Its text creates an express trust, naming Bird as trustee of the trust property, which is the beneficiaries' ability to claim and recover from the Guarantee Company such sums owed to them under a contract with Langford.

[15] It is true, as the trial judge observed, and as the Ontario cases upon which he relied emphasized, that the bond did not expressly impose a duty on Bird as trustee "to protect the interests of [beneficiaries]" by, for example, disclosing the bond's existence to them. The absence of an express term imposing a duty on Bird to disclose the trust's existence is not, however, fatal to Valard's appeal. While the "main source" of a trustee's duties is the trust instrument, the "general law" which sets out a trustee's duties, rights and obligations continues to govern where the trust instrument is silent.⁷

[16] As to that general law, first principles are instructive. At its core, a "trust" refers to:

... the relationship which arises whenever a person (called the trustee) is compelled in equity to hold property . . . for the benefit of some persons . . . or for some object permitted by law, in such a way that the real benefit of the

à Valard une somme de 659 671 \$, soit la somme que celle-ci aurait recouvrée en vertu du cautionnement si elle avait connu l'existence de celui-ci en temps utile pour donner avis de sa réclamation dans le délai de 120 jours.

III. Analyse

A. *Le devoir de divulguer l'existence de la fiducie*

[14] Le cautionnement a été délivré au moyen du formulaire type CCDC 222-2002, qui est publié par le Comité canadien des documents de construction et utilisé depuis 2002. Le texte du cautionnement crée une fiducie expresse, qui désigne Bird comme fiduciaire du bien en fiducie — lequel constitue la possibilité pour les bénéficiaires de réclamer et recouvrer auprès de La Garantie les sommes qui leur seraient dues en vertu d'un contrat avec Langford.

[15] Comme l'a fait observer le juge de première instance et comme l'ont souligné les tribunaux ontariens dans les décisions sur lesquelles il s'est appuyé, il est vrai que le cautionnement n'imposait pas expressément à Bird, en tant que fiduciaire, le devoir de [TRADUCTION] « protéger les intérêts [des bénéficiaires] », par exemple en leur divulguant l'existence du cautionnement. L'absence de condition explicite imposant à Bird le devoir de divulguer l'existence de la fiducie ne porte toutefois pas un coup fatal au pourvoi de Valard. Bien que l'acte de fiducie constitue la [TRADUCTION] « source principale » des devoirs du fiduciaire, le « droit général » énonçant les devoirs, les droits et les obligations du fiduciaire continue de s'appliquer lorsque l'acte de fiducie est muet⁸.

[16] Quant à ce droit général, ses principes fondamentaux sont révélateurs. Essentiellement, constitue une « fiducie » :

[TRADUCTION] . . . la relation qui s'établit chaque fois qu'une personne (appelée fiduciaire) est tenue, en equity, de détenir un bien [. . .] au profit de certaines personnes [. . .] ou en vue de certaines fins autorisées par la loi, de

⁷ *Snell's Equity* (33rd ed. 2015), by J. McGhee, at para. 21-004.

⁸ *Snell's Equity* (33^e éd. 2015), par J. McGhee, par. 21-004.

property accrued, not to the trustee[e], but to the beneficiaries or other objects of the trust.⁸

[17] Because a trust divides legal and beneficial title to property between a trustee and a beneficiary, respectively, the “hallmark” characteristic of a trust is the fiduciary relationship existing between the trustee and the beneficiary, by which the trustee is to hold the trust property solely for the beneficiary’s enjoyment.⁹ As a matter of law, this fiduciary relationship, in turn, impresses the office of trustee with certain duties. In particular, three duties have been recognized in Canadian law as fundamental. First, a trustee must act honestly and with that level of skill and prudence which would be expected of the reasonable person of business administering his or her own affairs. Secondly, a trustee cannot delegate the office to another. And thirdly, a trustee cannot profit personally from its dealings with the trust property or with the beneficiaries of the trust.¹⁰

[18] Correspondingly, the beneficiary of a trust has a right to hold the trustee to account for its administration of the trust property and to enforce the terms of the trust.¹¹ Absent such a right, both the trustee’s obligation to act in accordance with its fiduciary duty and the terms of the trust itself would be substantially unenforceable. In effect, the trustee would

façon à ce que ce bien profite concrètement non pas [au fiduciaire] mais aux bénéficiaires ou à la réalisation des fins de la fiducie⁹.

[17] Étant donné que la fiducie divise le titre de propriété en common law et le titre bénéficiaire sur un bien entre un fiduciaire et un bénéficiaire, respectivement, la caractéristique [TRADUCTION] « distinctive » d’une fiducie réside dans la relation fiduciaire qui existe entre le fiduciaire et le bénéficiaire et suivant laquelle le premier doit détenir les biens en fiducie uniquement pour que le second puisse en jouir¹⁰. En droit, cette relation fiduciaire a quant à elle pour effet d’assortir la charge de fiduciaire de certains devoirs. De façon plus particulière, le droit canadien reconnaît l’existence de trois devoirs fondamentaux. Premièrement, le fiduciaire doit agir honnêtement et manifester le degré d’habileté et de prudence auquel on s’attend de la part d’une femme ou d’un homme d’affaires raisonnable administrant ses propres affaires. Deuxièmement, le fiduciaire ne peut déléguer sa charge à autrui. Et, troisièmement, le fiduciaire ne peut tirer un avantage personnel des opérations qu’il mène à l’égard des biens de la fiducie ou de ses rapports avec les bénéficiaires de celle-ci¹¹.

[18] Corollairement, le bénéficiaire de la fiducie a le droit d’exiger du fiduciaire qu’il lui rende compte de sa gestion des biens détenus en fiducie, et de faire exécuter les clauses de la fiducie¹². Si un tel droit n’existait pas, tant l’obligation du fiduciaire d’agir conformément à son devoir fiduciaire que les clauses de l’acte de fiducie lui-même seraient pour l’essentiel

⁸ *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), by D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, at p. 3, citing L. A. Sheridan, *The Law of Trusts* (12th ed. 1993), at p. 3.

⁹ *Waters’ Law of Trusts*, at pp. 9 and 42; *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (7th ed. 2009), by A. H. Oosterhoff et al., at p. 1047; *Snell’s Equity*, at paras. 21-001 and 21-002; *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (18th ed. 2010), by D. Hayton, P. Matthews and C. Mitchell, at paras. 1.50 and 2.1; *Lewin on Trusts* (19th ed. 2015), by L. Tucker, N. Le Poidevin and J. Brightwell, at paras. 1-001 to 1-004; *Beaudette Estate, Re*, 1998 ABQB 689, 229 A.R. 259, at para. 26.

¹⁰ *Beaudette Estate*, at para. 26; *Waters’ Law of Trusts*, at pp. 43-44 and 906; see also *Oosterhoff on Trusts*, at p. 1049.

¹¹ *Waters’ Law of Trusts*, at pp. 43 and 1119; *Oosterhoff on Trusts*, at p. 49; *Snell’s Equity*, at paras. 22-028 and 22-029; D. Hayton, “The Irreducible Core Content of Trusteeship”, in A. J. Oakley, dir., *Trends in Contemporary Trust Law* (1996), 47, at p. 47.

⁹ *Waters’ Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), par D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, p. 3, citant L. A. Sheridan, *The Law of Trusts* (12^e éd. 1993), p. 3.

¹⁰ *Waters’ Law of Trusts*, p. 9 et 42; *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (7^e éd. 2009), par A. H. Oosterhoff et autres, p. 1047; *Snell’s Equity*, par. 21-001 et 21-002; *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (18^e éd. 2010), par D. Hayton, P. Matthews et C. Mitchell, par. 1.50 et 2.1; *Lewin on Trusts* (19^e éd. 2015), par L. Tucker, N. Le Poidevin et J. Brightwell, par. 1-001 à 1-004; *Beaudette Estate, Re*, 1998 ABQB 689, 229 A.R. 259, par. 26.

¹¹ *Beaudette Estate*, par. 26; *Waters’ Law of Trusts*, p. 43-44 et 906; voir également *Oosterhoff on Trusts*, p. 1049.

¹² *Waters’ Law of Trusts*, p. 43 et 1119; *Oosterhoff on Trusts*, p. 49; *Snell’s Equity*, par. 22-028 et 22-029; D. Hayton, « The Irreducible Core Content of Trusteeship », dans A. J. Oakley, dir., *Trends in Contemporary Trust Law* (1996), 47, p. 47.

hold beneficial as well as legal ownership of the trust property¹² — which would, of course, be contrary to the division of legal and beneficial ownership upon which the trust relationship is premised.¹³

[19] The extent of a trustee’s duty to account is usually considered in circumstances where a beneficiary who is *already aware* of the trust’s existence requests disclosure of information pertaining to the terms or administration of the trust.¹⁴ In some cases, however, the beneficiary’s right to enforce the terms of the trust can be meaningfully exercised only if he or she is first informed of the trust’s existence. While this arises most frequently in cases where the beneficiary’s interest under the trust is conditional upon attaining the age of majority,¹⁵ equity imposes upon trustees a duty to disclose to beneficiaries the existence of the trust in a variety of circumstances.¹⁶ In general, wherever “it could be said to be to the unreasonable disadvantage of the beneficiary not to be informed” of the trust’s existence,¹⁷ the trustee’s fiduciary duty includes an obligation to disclose the existence of the trust. Whether a particular disadvantage is *unreasonable* must be considered in light of the nature and terms of the trust and the social or business environment in which it operates,¹⁸ and in light of the beneficiary’s entitlement thereunder. For example, where the enforcement of the trust requires that the beneficiary receive notice of the trust’s existence, and the beneficiary would not otherwise have such knowledge, a duty to disclose

inexécutoires. Dans les faits, le fiduciaire aurait ainsi à la fois la propriété bénéficiaire et la propriété en common law des biens en fiducie¹³ — situation qui serait évidemment contraire à la séparation entre ces deux formes de propriété sur laquelle repose la relation fiduciaire¹⁴.

[19] L’étendue du devoir de rendre compte qui incombe au fiduciaire est normalement prise en considération dans les cas où un bénéficiaire qui *connaît déjà* l’existence de la fiducie demande la divulgation de renseignements relativement aux clauses ou à la gestion de la fiducie¹⁵. Dans certains cas, toutefois, le bénéficiaire ne pourra exercer utilement son droit de demander l’exécution des clauses de la fiducie que s’il a au préalable été informé de son existence. Quoique cette situation se présente le plus souvent dans les cas où l’intérêt conféré au bénéficiaire par la fiducie est assorti de la condition que celui-ci ait atteint l’âge de la majorité¹⁶, l’equity impose aux fiduciaires le devoir de divulguer aux bénéficiaires l’existence de la fiducie dans différentes situations¹⁷. En règle générale, chaque fois qu’[TRADUCTION] « il est possible d’affirmer que le bénéficiaire subirait un désavantage déraisonnable s’il n’était pas informé » de l’existence de la fiducie¹⁸, le devoir du fiduciaire comporte l’obligation de divulguer l’existence de celle-ci. La question de savoir si un désavantage donné est *déraisonnable* doit être examinée à la lumière de la nature et des clauses de la fiducie, ainsi que de l’environnement social ou commercial dans lequel celle-ci s’applique¹⁹, et à la lumière des droits dont dispose le bénéficiaire en vertu de la fiducie.

¹² *Snell’s Equity*, at para. 22-028.

¹³ *Waters’ Law of Trusts*, at p. 1127, fn. 580.

¹⁴ *In re Londonderry’s Settlement*, [1965] 1 Ch. 918 (C.A.); *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd.*, [2003] UKPC 26, [2003] 2 A.C. 709; *Breakspear v. Ackland*, [2008] EWHC 220, [2009] Ch. 32; *Ballard Estate (Re)* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Gen. Div.).

¹⁵ *Hawkesley v. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank v. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593 (B.C.S.C.), at pp. 595-96.

¹⁶ *Underhill and Hayton*, at paras. 50.2 and 56.9 to 56.12; *Lewin on Trusts*, at paras. 23-007 and 23-008; Hayton, at p. 49; *Hamar v. The Pensions Ombudsman*, [1996] IDS P.L.R. 1 (Q.B.D.).

¹⁷ *Waters’ Law of Trusts*, at pp. 1125-26.

¹⁸ *Segelov v. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431, at para. 130.

¹³ *Snell’s Equity*, par. 22-028.

¹⁴ *Waters’ Law of Trusts*, p. 1127, note 580.

¹⁵ *In re Londonderry’s Settlement*, [1965] 1 Ch. 918 (C.A.); *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd.*, [2003] UKPC 26, [2003] 2 A.C. 709; *Breakspear v. Ackland*, [2008] EWHC 220, [2009] Ch. 32; *Ballard Estate (Re)* (1994), 20 O.R. (3d) 350 (Div. gén.).

¹⁶ *Hawkesley v. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank v. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593 (C.S. C.-B.), p. 595-596.

¹⁷ *Underhill and Hayton*, par. 50.2 et 56.9 à 56.12; *Lewin on Trusts*, par. 23-007 et 23-008; Hayton, p. 49; *Hamar v. The Pensions Ombudsman*, [1996] IDS P.L.R. 1 (Q.B.D.).

¹⁸ *Waters’ Law of Trusts*, p. 1125-1126.

¹⁹ *Segelov v. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431, par. 130.

will arise.¹⁹ On the other hand, “where the interest of the beneficiary is remote in the sense that vesting is most unlikely, or the opportunity for the power or discretion to be exercised is equally unlikely”,²⁰ it would be rare to find that the beneficiary could be said to suffer unreasonable disadvantage if uninformed of the trust’s existence.

[20] In my view, Valard was unreasonably disadvantaged by Bird’s failure to inform it of the trust’s existence. Valard’s interest under the trust was not so “remote” that vesting was unlikely — indeed, Valard’s interest vested 90 days after its final day of work on the project. And, Valard required knowledge of the trust in order to enforce it. The expiry of the 120-day notice period before Valard learned of the bond effectively prevented it from enforcing the trust by making a claim against the Guarantee Company and recovering sums owed under its contract with Langford. I would therefore find that Bird, as trustee, had a duty to disclose the bond’s existence to Valard.

[21] Throughout these proceedings, however, Bird has maintained that, while it is a trustee with fiduciary duties to beneficiaries, those duties do not require Bird to disclose the existence of the bond containing the trust. In support of its position, Bird says that the sole purpose of labour and material payment bonds is to protect *the trustee* — be it an owner or a general contractor — from the risk and expense of liens and work stoppages. A duty to disclose the

Par exemple, dans les cas où l’exécution de la fiducie requiert que le bénéficiaire ait été avisé de son existence, et où ce dernier n’aurait aucun moyen de connaître l’existence de la fiducie s’il ne recevait pas un avis à cet effet, une obligation de divulgation prend alors naissance²⁰. En revanche, « dans les cas où l’intérêt susceptible d’échoir au bénéficiaire est incertain, en ce qu’il est très improbable qu’il l’acquière, ou encore que l’occasion d’exercer la faculté ou le pouvoir prévu est tout aussi improbable »²¹, ce n’est que dans de rares cas qu’il sera possible d’affirmer que le bénéficiaire subirait un désavantage déraisonnable s’il n’était pas informé de l’existence de la fiducie.

[20] À mon avis, Valard a subi un désavantage déraisonnable en raison de l’omission de Bird de l’informer de l’existence de la fiducie. L’intérêt conféré à Valard par la fiducie n’était pas à ce point « incertain » qu’il était improbable qu’il l’acquière — de fait, l’intérêt de Valard lui était acquis 90 jours après le dernier jour où elle avait effectué des travaux dans le cadre du projet. De plus, il était nécessaire que Valard connaisse l’existence de la fiducie pour en demander l’exécution. Le fait que la période de notification de 120 jours ait expiré avant que Valard n’apprenne l’existence du cautionnement l’a effectivement empêchée de se prévaloir des clauses de la fiducie en présentant une réclamation à La Garantie en vue de recouvrer les sommes dues aux termes du contrat qu’elle avait conclu avec Langford. Par conséquent, je conclus que Bird avait, en tant que fiduciaire, le devoir de divulguer à Valard l’existence du cautionnement.

[21] Cependant, tout au long de l’instance Bird a maintenu que, bien qu’elle soit fiduciaire et ainsi tenue à des devoirs fiduciaires envers les bénéficiaires, ces devoirs ne l’obligent pas à leur divulguer l’existence du cautionnement établissant la fiducie. Au soutien de sa thèse, Bird affirme que les cautionnements garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux ne visent qu’à protéger *le fiduciaire* — qu’il soit propriétaire ou

¹⁹ See *Hawkesley; Brittlebank; In re Short Estate*.

²⁰ *Waters’ Law of Trusts*, at p. 1132; see also *Lewin on Trusts*, at para. 23-008; *Underhill and Hayton*, at para. 50.2.

²⁰ Voir *Hawkesley; Brittlebank; In re Short Estate*.

²¹ *Waters’ Law of Trusts*, p. 1132; voir également *Lewin on Trusts*, par. 23-008; *Underhill and Hayton*, par. 50.2.

existence of the bond to potential trust beneficiaries would therefore be inconsistent with its sole purpose of protecting Bird.

[22] I acknowledge that labour and material payment bonds serve the purpose of protecting owners and general contractors such as Bird from the risk of work stoppages, liens and litigation over payment.²¹ For that purpose to be properly realized, however, a beneficiary such as Valard must be capable of enforcing the bond by claiming against the surety to recover for unpaid invoices. Put another way, where a beneficiary is unaware of its right to claim under the bond within the notice period, the bond's trustee is susceptible to the very risks which Bird says the bond was intended to avoid. At the risk of stating the obvious, a general contractor who "has taken the benefit of the goods and the services provided by the subtrades does . . . have a genuine interest in ensuring that suppliers are compensated and the labour and material payment bond is intended to serve this purpose".²² While, therefore, I do not dispute that labour and material payment bonds may be secured for the protection of the trustee, their proper operation tends to affirm rather than negate the necessity of disclosing their existence.

[23] In disputing the foregoing, my colleague Karakatsanis J. says that "for over 45 years, the understanding and practice in the construction industry in Canada has been that the trustee of a labour and material payment bond is not required to take steps to notify potential claimants of the existence of the

entrepreneur général — contre les risques et les dépenses liés aux revendications de privilèges ou aux arrêts de travail. Le devoir de divulguer l'existence du cautionnement à d'éventuels bénéficiaires de la fiducie serait en conséquence incompatible avec le seul et unique objet du cautionnement, à savoir la protection de Bird.

[22] Je reconnais que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux visent à protéger les propriétaires et les entrepreneurs généraux comme Bird contre les risques liés aux arrêts de travail, à la revendication de privilèges et aux poursuites en recouvrement de sommes impayées²². Toutefois, pour assurer pleinement la réalisation de cet objet, un bénéficiaire comme Valard doit pouvoir se prévaloir du cautionnement en présentant à la caution une réclamation pour factures impayées. En d'autres termes, si un bénéficiaire ne sait pas qu'il a le droit de présenter une réclamation en vertu du cautionnement à l'intérieur du délai de notification, le fiduciaire désigné dans le cautionnement court exactement les risques que, selon Bird, le cautionnement vise à prévenir. Au risque d'énoncer une évidence, l'entrepreneur général qui [TRADUCTION] « a tiré profit des produits et services fournis par les sous-traitants a [. . .] un intérêt véritable à s'assurer que les fournisseurs sont payés, et c'est précisément l'objectif d'un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux »²³. Par conséquent, bien que je ne conteste pas que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux peuvent être obtenus aux fins de protection du fiduciaire, l'application adéquate de ces instruments tend à confirmer plutôt qu'à réfuter la nécessité d'en divulguer l'existence.

[23] Ma collègue la juge Karakatsanis conteste ce qui précède, affirmant que, « suivant l'interprétation et la pratique qui ont cours dans l'industrie de la construction au Canada depuis plus de 45 ans, le fiduciaire d'un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'a pas à prendre

²¹ *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513, at p. 521.

²² J. V. O'Donnell, L. Poudrier-LeBel and K. W. Scott, "Construction Bonds in Canada" (1985), 52 *Ins. Counsel J.* 482, at p. 484.

²² *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513, p. 521.

²³ J. V. O'Donnell, L. Poudrier-LeBel et K. W. Scott, « Construction Bonds in Canada » (1985), 52 *Ins. Counsel J.* 482, p. 484.

bond”²³ and that “claimants are expected to enquire as to the [bond’s] existence”.²⁴ Questions of industry understanding, practice, and expectations are, however, matters of *fact*. And as I discuss below, the *fact* here was that labour and material payment bonds were uncommon on private oilsands construction projects. To the extent my colleague relies²⁵ on the oral reasons given from the bench at the York County Court in *Dominion Bridge Co. v. Marla Construction Co.*, and on *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. v. Trisura Guarantee Insurance Co.* (which relied on *Dominion Bridge*), as somehow establishing the “understanding and practice in the construction industry in Canada”,²⁶ I say respectfully that these case authorities from a single province neither displace the uncontradicted evidence of Mr. Wemyss nor support my colleague’s broad factual claims.

[24] Additionally, I do not agree with Bird that the existence of s. 33 of Alberta’s *Builders’ Lien Act* eliminates the unreasonable disadvantage that arises from beneficiaries being uninformed about the trust. Section 33 provides that a lienholder, being any individual who has provided work or materials on a project, may at any reasonable time request a copy of a contract between an owner and a contractor or a contractor and subcontractor. While a trustee’s duties may be abridged or modified by statute,²⁷ nothing in s. 33 indicates that Alberta’s Legislature intended to do so here. The ability of a lienholder to request a copy of a contract between two parties on any project, including those projects which do not

de mesures afin d’aviser les éventuels réclamants de l’existence du cautionnement »²⁴, et que « ce sont les réclamants qui sont censés s’enquérir de l’existence ou non d’un cautionnement »²⁵. Les questions concernant l’interprétation, la pratique et les attentes à cet égard dans l’industrie constituent cependant des questions de *fait*. Et, comme je l’explique plus loin, le *fait* est en l’espèce que les cautionnements garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux n’étaient pas chose courante dans le cadre des projets de construction réalisés dans des exploitations privées de sables bitumineux. Dans la mesure où ma collègue s’appuie²⁶ sur les motifs prononcés oralement à l’audience par la Cour de comté de York dans l’affaire *Dominion Bridge Co. c. Marla Construction Co.*, ainsi que sur le jugement prononcé dans *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. c. Trisura Guarantee Insurance Co.* (lequel s’appuyait sur *Dominion Bridge*), parce que ces décisions établiraient, d’une façon ou d’une autre, « l’interprétation et la pratique qui ont cours dans l’industrie de la construction au Canada »²⁷, avec égards pour l’opinion exprimée par ma collègue, je répondrais que ces décisions émanant d’une seule province n’ont pas pour effet d’écarter le témoignage non contredit de M. Wemyss ou d’étayer les énoncés factuels généraux de ma collègue.

[24] En outre, je ne peux souscrire à l’argument de Bird selon lequel l’art. 33 de la *Builders’ Lien Act* de l’Alberta élimine le désavantage déraisonnable découlant du fait que des bénéficiaires ne connaissent pas l’existence de la fiducie. L’article 33 dispose que le titulaire d’un privilège, c’est-à-dire une personne qui a exécuté des travaux ou fourni des matériaux dans le cadre d’un projet, peut, à tout moment raisonnable, demander une copie du contrat conclu entre un propriétaire et un entrepreneur ou entre un entrepreneur et un sous-traitant. Bien que les devoirs incombant à un fiduciaire puissent être circonscrits ou modifiés par voie législative²⁸, rien dans l’art. 33 n’indique que telle était l’intention du législateur

²³ Reasons of Justice Karakatsanis, at para. 64 (emphasis added), see also paras. 42, 44, 56, 66 and 71.

²⁴ Reasons of Justice Karakatsanis, at para. 44 (emphasis added).

²⁵ Reasons of Justice Karakatsanis, at para. 71.

²⁶ Reasons of Justice Karakatsanis, at para. 64.

²⁷ *Waters’ Law of Trusts*, at p. 912.

²⁴ Motifs de la juge Karakatsanis, par. 64 (je souligne), voir également par. 42, 44, 56, 66 et 71.

²⁵ Motifs de la juge Karakatsanis, par. 44 (je souligne).

²⁶ Motifs de la juge Karakatsanis, par. 71.

²⁷ Motifs de la juge Karakatsanis, par. 64.

²⁸ *Waters’ Law of Trusts*, p. 912.

involve labour and material payment bonds, is hardly tantamount to a statement that a trustee is absolved of its fiduciary duty to disclose the existence of a trust contained within the bond.

[25] I would also reject Bird’s suggestion that it was merely a “bare trustee” and that, as such, it had no obligation to disclose the existence of the trust until expressly requested to do so.²⁸ At law, a bare trust arises where the trustee holds property “without any duty to perform except to convey it to the beneficiary or beneficiaries upon demand”.²⁹ This definition assumes, *inter alia*, “that the beneficiary or beneficiaries are able to call for the property on demand”.³⁰ In my view, a finding that a beneficiary is able to call for the trust property on demand assumes that the beneficiary *knows* of the trust’s existence. As Valard had no such knowledge until the notice period had expired, it is obvious that Valard was unable to call for the trust property at the material time. This trust was not, therefore, a bare trust.

B. *The Content of the Duty Generally, and in the Circumstances of This Appeal*

[26] Having found that Bird, as trustee, had a duty to disclose the existence of the trust to its beneficiaries, I must now consider what action on Bird’s part would have discharged that duty. Like all duties imposed upon trustees, the standard to be met in respect of this particular duty is not perfection, but rather that of honesty, and reasonable skill and prudence.³¹ And the specific demands of that standard, so far as

²⁸ *Ironside v. Smith*, 1998 ABCA 366, 223 A.R. 379, at para. 71.

²⁹ *Waters’ Law of Trusts*, at p. 33.

³⁰ *Ibid.*, at p. 34.

³¹ *Ibid.*, at p. 906; see also *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315; *Beaudette Estate*, at para. 26; *Oosterhoff on Trusts*, at p. 1058.

albertain en l’espèce. La faculté reconnue au titulaire de privilège de demander une copie du contrat conclu entre deux parties dans le cadre d’un projet, y compris les projets sans cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux, peut difficilement être assimilée à un énoncé portant que le fiduciaire est dégagé de son devoir fiduciaire de divulguer l’existence d’une fiducie établie dans le cautionnement pertinent.

[25] Je rejette également la prétention de Bird selon laquelle elle n’est qu’une [TRADUCTION] « nue-fiduciaire » et que, à ce titre, elle n’avait aucune obligation de divulguer l’existence de la fiducie en l’absence de demande expresse à cet effet²⁹. En droit, il y a une fiducie nue lorsque le fiduciaire détient un bien [TRADUCTION] « sans être tenu de remplir quelque devoir que ce soit si ce n’est celui de transférer sur demande aux bénéficiaires le bien en question »³⁰. Cette définition suppose notamment « que le ou les bénéficiaires sont en mesure d’exiger le transfert du bien sur demande »³¹. À mon avis, le fait de conclure qu’un bénéficiaire peut exiger le transfert d’un bien en fiducie sur demande suppose qu’il *connaît* l’existence de la fiducie. Comme Valard n’a appris l’existence de la fiducie qu’après l’expiration de la période de notification, il est évident qu’elle ne pouvait exiger le transfert du bien en fiducie au moment pertinent. Par conséquent, la fiducie en cause n’était pas une fiducie nue.

B. *L’étendue du devoir en général et dans le contexte du présent pourvoi*

[26] Suivant ma conclusion que Bird, en tant que fiduciaire, avait le devoir de divulguer l’existence de la fiducie à ses bénéficiaires, je dois maintenant examiner la manière dont Bird aurait pu s’acquitter de ce devoir. Comme pour l’ensemble des devoirs imposés aux fiduciaires, la norme qui s’applique à ce devoir précis n’est pas la perfection, mais plutôt l’honnêteté ainsi que l’habileté et la prudence raisonnables³².

²⁹ *Ironside c. Smith*, 1998 ABCA 366, 223 A.R. 379, par. 71.

³⁰ *Waters’ Law of Trusts*, p. 33.

³¹ *Ibid.*, p. 34.

³² *Ibid.*, p. 906; voir également *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315; *Beaudette Estate*, par. 26; *Oosterhoff on Trusts*, p. 1058.

they arise from the duty to disclose the existence of a trust, are informed by the facts and circumstances of which the trustee ought reasonably to have known at the material time.³² In considering what was required in a given case, therefore, a reviewing court should be careful not to ask, in hindsight, what could *ideally* have been done to inform potential beneficiaries of the trust. Rather, the proper inquiry is into what steps, *in the particular circumstances* of the case — including the trust terms, the identity of the trustee and of the beneficiaries, the size of the class of potential beneficiaries and pertinent industrial practices — an honest and reasonably skillful and prudent trustee would have taken in order to notify potential beneficiaries of the existence of the trust. But, where a trustee can reasonably assume that the beneficiaries knew of the trust's existence, or where practical exigencies would make notification entirely impractical,³³ few, if any, steps may be required by a trustee.

[27] It will be readily apparent that what a trustee must do to discharge its duty to disclose the existence of the trust to beneficiaries is highly sensitive to the context in which the particular trust relationship arises. In this case, an honest and reasonably skillful and prudent trustee would have known, as recounted in the uncontradicted evidence of Mr. Wemyss, that labour and material payment bonds were uncommon on private oilsands construction projects. Conversely, Bird could not have known of all potential beneficiaries when the bond was procured, since (1) Valard (and presumably other subcontractors) had not yet contracted with Langford, and (2) under the terms of this particular trust, a beneficiary's interest would not vest until 90 days after the last day upon which it provided labour or materials on the project. It is well established that, where all potential beneficiaries cannot be identified at the time of the trust's creation, the trustee's obligation to disclose the existence of

Dans la mesure où elles découlent du devoir de divulguer l'existence d'une fiducie, les exigences précises de cette norme dépendent des faits et des circonstances dont le fiduciaire aurait raisonnablement dû avoir connaissance durant la période pertinente³³. En conséquence, la cour appelée à déterminer les exigences qui étaient applicables dans une affaire donnée doit éviter de s'interroger sur ce qui, avec le bénéfice du recul, aurait *idéalement* dû être fait pour informer les éventuels bénéficiaires de l'existence de la fiducie. L'analyse appropriée consiste plutôt à déterminer les mesures qu'un fiduciaire honnête et raisonnablement habile et prudent aurait prises pour informer les éventuels bénéficiaires de la fiducie de l'existence de celle-ci, *compte tenu des circonstances particulières* de l'espèce — notamment les clauses de la fiducie, l'identité du fiduciaire et des bénéficiaires, la taille de la catégorie des éventuels bénéficiaires et les pratiques pertinentes dans l'industrie concernée. Toutefois, lorsqu'un fiduciaire peut raisonnablement présumer que les bénéficiaires connaissent l'existence de la fiducie ou lorsque l'urgence concrète de la situation rend la notification tout à fait irréalisable en pratique³⁴, le fiduciaire pourrait n'avoir à prendre que peu ou pas de mesures.

[27] Manifestement, les mesures que doit prendre le fiduciaire pour s'acquitter de son devoir de divulguer aux bénéficiaires l'existence de la fiducie sont hautement tributaires du contexte dans lequel la relation fiduciaire particulière prend naissance. En l'espèce, un fiduciaire honnête et raisonnablement habile et prudent aurait su, comme l'a relaté M. Wemyss dans son témoignage non contredit, que le recours aux cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'était pas chose courante dans le cadre de projets de construction réalisés dans des exploitations privées de sables bitumineux. À l'inverse, Bird ne pouvait pas connaître tous les bénéficiaires éventuels au moment où le cautionnement a été fourni, étant donné que (1) Valard (et présumément d'autres sous-traitants) n'avait pas encore conclu de contrat avec Langford, et que (2), aux termes de la fiducie en question, l'intérêt d'un bénéficiaire ne pouvait prendre naissance qu'à l'expiration

³² *Fales*, at p. 317; *Underhill and Hayton*, at para. 48.1.

³³ *Segelov*, at paras. 138-41.

³³ *Fales*, p. 317; *Underhill and Hayton*, par. 48.1.

³⁴ *Segelov*, par. 138-141.

the trust extends *not* to *ensuring* that every potential beneficiary knows of the trust, but only to taking reasonable steps to that end.³⁴

[28] As Wakeling J.A. observed in this regard, the evidence before the trial judge was that Bird had an on-site trailer in which notices were normally posted.³⁵ The evidence also indicated that at least some of the potential beneficiaries (such as Valard) worked on-site and were required to attend daily “toolbox meetings” in Bird’s trailer.³⁶ I agree with him that, in the circumstances of this appeal, Bird could have satisfied its duty to inform beneficiaries of the trust by posting a notice of the bond in its on-site trailer. This would have provided a significant portion of potential beneficiaries with notice of the bond’s existence. The cost of doing so would have been negligible to Bird, and this method of notice would not have been otherwise onerous. I note that this method of notice is already statutorily required on public worksites in Alberta: *Public Works Act*, R.S.A. 2000, c. P-46, s. 17.

[29] This does not mean, however, that taking such steps will always be necessary in order to resist every claim for breach of trust made by a disappointed beneficiary of a labour and material payment bond. It is also possible that some other method of giving notice — had the evidence disclosed it — might have sufficed. To reiterate: the question is not what

de la période de 90 jours suivant le dernier jour où il avait fourni de la main-d’œuvre ou des matériaux dans le cadre du projet. Il est bien établi que, dans les cas où il est impossible d’identifier tous les bénéficiaires éventuels au moment de la création de la fiducie, l’obligation du fiduciaire consiste *non pas* à *s’assurer* que chacun des bénéficiaires éventuels connaît l’existence de la fiducie, mais uniquement à prendre des mesures raisonnables à cette fin³⁵.

[28] Suivant les observations du juge Wakeling à cet égard, la preuve présentée au juge de première instance démontrait que Bird disposait, sur le chantier, d’une remorque dans laquelle elle affichait habituellement des avis³⁶. La preuve indiquait également qu’au moins un certain nombre de bénéficiaires éventuels (comme Valard) travaillaient sur le chantier et étaient tenus d’assister aux « réunions de chantier » tenues quotidiennement dans la remorque de Bird³⁷. À l’instar du juge Wakeling, j’estime que, dans les circonstances du présent pourvoi, Bird aurait pu s’acquitter de son devoir d’informer les bénéficiaires de l’existence de la fiducie en affichant un avis relatif au cautionnement dans sa remorque. Cette mesure aurait permis d’aviser un nombre appréciable de bénéficiaires éventuels de l’existence du cautionnement. Le coût de cette mesure aurait été négligeable pour Bird, et il n’aurait pas non plus été lourd de d’autres égards d’appliquer ce mode de notification. Je tiens d’ailleurs à faire remarquer que la loi prévoit déjà le recours à ce mode de notification sur les chantiers publics en Alberta : *Public Works Act*, R.S.A. 2000, c. P-46, art. 17.

[29] Cela ne signifie pas pour autant que de telles mesures seront toujours nécessaires pour faire échec à toutes les réclamations fondées sur la violation d’une fiducie susceptibles d’être présentées par un fournisseur déçu bénéficiant d’un cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux. Il est en outre possible qu’un mode de notification différent

³⁴ Hayton, at p. 49, citing *In re Manisty’s Settlement*, [1974] 1 Ch. 17, at p. 25; *Hartigan Nominees Pty. Ltd. v. Rydge* (1992), 29 N.S.W.L.R. 405 (C.A.); *In re Baden’s Deed Trusts (No. 2)*, [1973] 1 Ch. 9 (C.A.), at pp. 20 and 27; see also G. Lightman, “The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries”, [2004] P.C.B. 23, at pp. 37-38.

³⁵ C.A. reasons, at para. 190.

³⁶ C.A. reasons, at para. 55.

³⁵ Hayton, p. 49, citant *In re Manisty’s Settlement*, [1974] 1 Ch. 17, p. 25; *Hartigan Nominees Pty. Ltd. c. Rydge* (1992), 29 N.S.W.L.R. 405 (C.A.); *In re Baden’s Deed Trusts (No. 2)*, [1973] 1 Ch. 9 (C.A.), p. 20 et 27; voir également G. Lightman, « The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries », [2004] P.C.B. 23, p. 37-38.

³⁶ Motifs du jugement de la C.A., par. 190.

³⁷ Motifs du jugement de la C.A., par. 55.

Bird *could* have done in this case, but what Bird should *reasonably* have done in the circumstances of this case to notify beneficiaries such as Valard of the existence of the bond. Here, Bird did nothing. It filed the bond offsite, did not post it, and told nobody about it. In some circumstances (where, for example, the industrial practice is such that the use of labour and material payment bonds to offset the risks arising from unpaid subcontractors are common), it may well be that very little, or even nothing, will be required on the part of a trustee to notify potential beneficiaries of the trust's existence. In the circumstances of this appeal, however, where the evidence was that labour and material payment bonds were uncommon, something more than nothing was required from Bird to discharge its duty. Bird therefore committed a breach of trust.

IV. Conclusion and Remedy

[30] It follows from the foregoing that I would allow the appeal, with costs in this Court and in the courts below.

[31] Normally, where a trustee breaches a duty in the course of its administration of the trust, it will be “liable to pay monetary compensation for the losses caused [to the trust] by his breach of duty”.³⁷ This generally entails the trustee making restitution for the loss suffered by the trust itself, not paying damages for the loss suffered by individual beneficiaries. Where, however, the breach of trust “is not likely to result in any loss to the trust fund”, an individual beneficiary may “recover compensation for [the] breach of an equitable duty [owed] to himself”.³⁸

³⁷ *Snell's Equity*, at para. 30-014; see also *Waters' Law of Trusts*, at p. 1279; *Fales*, at p. 320.

³⁸ *Lewin on Trusts*, at para. 23-013.

aurait pu suffire, si on en avait fait la preuve. La question, je le répète, ne consiste pas à se demander ce que Bird *aurait pu* faire en l'espèce, mais plutôt ce qu'elle aurait *raisonnablement* dû faire dans les circonstances de l'espèce pour informer les bénéficiaires, dont Valard, de l'existence du cautionnement. Or, Bird n'a rien fait en l'espèce. Elle a classé le cautionnement dans un endroit situé à l'extérieur du chantier, elle ne l'a pas affiché et elle n'en a parlé à personne. Il est fort possible que, dans certaines circonstances (par exemple, lorsque le recours à des cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux en vue d'atténuer les risques découlant du non-paiement des sous-traitants constitue une pratique courante dans l'industrie concernée), le fiduciaire ait très peu à faire, ou peut-être même rien, pour aviser les éventuels bénéficiaires de l'existence de la fiducie. Toutefois, dans les circonstances du présent pourvoi, où la preuve démontrait que les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux n'étaient pas chose courante, Bird ne pouvait s'acquitter de son devoir en ne prenant absolument aucune mesure. Elle a en conséquence commis une violation de fiducie.

IV. Conclusion et réparation

[30] En raison de ce qui précède, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

[31] Normalement, lorsqu'un fiduciaire manque à ses devoirs dans le cadre de l'administration de la fiducie, il est [TRADUCTION] « tenu de verser une indemnité pécuniaire pour les pertes causées [à la fiducie] en raison du manquement à ses devoirs »³⁸. En général, cela donne lieu à l'indemnisation par le fiduciaire des pertes subies par la fiducie elle-même, et non au paiement par celui-ci de dommages-intérêts aux différents bénéficiaires pour les pertes qu'ils ont subies. Cependant, dans les cas où la violation de la fiducie [TRADUCTION] « ne risque pas d'entraîner de pertes au titre des fonds en fiducie », un bénéficiaire donné peut « se voir accorder une indemnité en cas de manquement à un devoir en equity [dont il est titulaire] »³⁹.

³⁸ *Snell's Equity*, par. 30-014; voir également *Waters' Law of Trusts*, p. 1279; *Fales*, p. 320.

³⁹ *Lewin on Trusts*, par. 23-013.

[32] Such an order is clearly appropriate here. Valard is entitled to be compensated for the sum that it could have obtained under the terms of the trust had it been aware of its right to claim thereunder. The record, however, does not disclose the sum of money that was available on the bond at any time during Valard’s 120-day notice period which followed its last day on the project — or even whether other claims had been made against that sum.³⁹ I would therefore direct that the matter of quantum of damages be remitted to the trial judge for adjudication.

The following are the reasons delivered by

[33] CÔTÉ J. — I agree with the position taken by my colleague Justice Karakatsanis with respect to the duties that a trustee under a labour and materials payment bond owes to potential claimants. My colleague would hold that there is, in general, no proactive duty on the part of a trustee to take steps to inform potential claimants of a bond’s existence. While such a trustee “is under an obligation to respond accurately” to enquiries made by potential claimants, “equity does not generally demand more in the context of the construction industry” (reasons of Justice Karakatsanis, at para. 66). I concur.

[34] Applying the law to the facts of the present case, my view is that Bird Construction Company — as obligee/trustee under the Labour and Materials Payment Bond (“L&M Bond”) — had a duty to

³⁹ Before the trial judge, Valard’s counsel explained that its claim against the Guarantee Company was discontinued because “after the notice period for Valard had expired, more bonds were issued by the surety to Langford, and claims were made on those bonds to the point that the surety was out millions of dollars” (A.R., at p. 195). That does not tell us, however, whether claims were made on the bond before or during the 120-day notice period which followed Valard’s work.

[32] Une telle ordonnance est clairement indiquée en l’espèce. Valard a le droit d’être indemnisée à l’égard de la somme qu’elle aurait pu obtenir conformément aux clauses de la fiducie si elle avait connu l’existence de son droit de présenter une réclamation en vertu de celle-ci. Toutefois, le dossier n’indique pas à combien s’élevait le solde du cautionnement disponible durant la période de notification de 120 jours dont disposait Valard à la suite du dernier jour où elle avait effectué des travaux dans le cadre du projet — ni même si d’autres réclamations ont été présentées à l’égard de ce solde⁴⁰. Par conséquent, j’ordonnerais le renvoi de l’affaire au juge de première instance afin qu’il statue sur la question du montant des dommages-intérêts.

Version française des motifs rendus par

[33] LA JUGE CÔTÉ — Je suis en accord avec la position de ma collègue la juge Karakatsanis quant aux devoirs auxquels est tenu un fiduciaire envers d’éventuels réclamants en vertu d’un cautionnement garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux. Suivant la conclusion de ma collègue, un fiduciaire n’a pas en général l’obligation d’agir de manière proactive et de prendre des mesures pour informer d’éventuels réclamants de l’existence d’un cautionnement. Bien que le fiduciaire ait « l’obligation de répondre correctement » aux demandes de renseignements présentées par d’éventuels réclamants, « l’équité n’impose généralement pas des exigences plus lourdes dans le contexte de l’industrie de la construction » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 66). Je fais miennes ces conclusions.

[34] Appliquant le droit aux faits de la présente affaire, je suis d’avis que Bird Construction Company avait — en tant que bénéficiaire/fiduciaire en vertu du cautionnement garantissant le paiement

⁴⁰ Devant le juge de première instance, les avocats de Valard ont expliqué que celle-ci s’était désistée de la réclamation qu’elle avait présentée à l’encontre de La Garantie, étant donné que [TRADUCTION] « après l’expiration de la période de notification applicable à Valard, la caution avait délivré d’autres cautionnements à Langford, et [que] des réclamations fondées sur ceux-ci avaient été présentées, de sorte que des millions de dollars étaient réclamés à la caution » (d.a., p. 195). Toutefois, cela ne nous indique pas si des réclamations fondées sur le cautionnement ont été présentées avant ou durant la période de notification de 120 jours ayant suivi la fin des travaux réalisés par Valard.

inform Valard Construction Ltd. of the L&M Bond's existence when it was first notified by email of the problems Valard was experiencing in obtaining payment from Langford Electric Ltd. for the work it performed on the jobsite. That email ended with a clear request for guidance from Bird on how Langford and Valard should proceed with their dispute. I would conclude that, by failing to inform Valard of the L&M Bond's existence at that time, Bird breached the fiduciary obligation that it owed to Valard, and I would allow the appeal on this basis.

[35] On August 10, 2009, an employee of Langford sent an email to Bird's project manager, advising him of a "serious problem" that Langford was having in paying Valard's invoices. This email, which was also sent to Valard's project manager, reads as follows:

Hi Chris

We have a serious problem with Valard.

After we sent in the summary indicating the \$258,000.00 costs for the limestone work we thought that was the total for the billings. When I spoke to Cameron from Valard this AM, regarding the payment Suncor offered he indicated the payment Suncor offered of \$215,000.00 was not adequate as he had further invoices totaling another \$190,000.00 which they incurred from April 19th to April 30th which never appeared on the summary sheet and were never sent on. I had never received an email from him with these costs and I have just received copies of all these invoices this afternoon and am trying to access how this happened.

Chris let me know how you think we should proceed.

--

Sincerely,
Milt Sterling

LANGFORD ELECTRIC

de la main-d'œuvre et des matériaux (« Cautionnement ») — le devoir d'informer Valard Construction Ltd. de l'existence du Cautionnement dès la première fois où elle a été informée, par courriel, des problèmes qu'éprouvait Valard à se faire payer par Langford Electric Ltd. pour les travaux qu'elle avait exécutés sur le chantier. Le courriel se terminait clairement par une demande d'indications formulée à Bird sur la façon dont Langford et Valard devraient s'y prendre pour régler leur différend. Je conclus que, en omettant à ce moment d'informer Valard de l'existence du Cautionnement, Bird a manqué à l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers Valard, et, pour cette raison, j'accueillerais le pourvoi.

[35] Le 10 août 2009, un employé de Langford transmettait au directeur de projet de Bird un courriel l'informant d'un [TRADUCTION] « problème sérieux » qu'éprouvait Langford à payer les factures de Valard. Ce courriel, qui a également été transmis au directeur de projet de Valard, était rédigé ainsi :

[TRADUCTION]

Bonjour Chris

Nous avons un problème sérieux en ce qui concerne Valard.

Après avoir envoyé le sommaire faisant état des coûts de 258 000 \$ pour les travaux liés au calcaire, nous pensions que cette somme représentait le total de toutes les factures. Ce matin, lorsque j'ai parlé à Cameron, qui travaille pour Valard, au sujet du paiement que Suncor offrait de verser, il m'a indiqué que le paiement de 215 000 \$ qu'offrait Suncor n'était pas suffisant, étant donné qu'il avait d'autres factures totalisant 190 000 \$ pour des services rendus du 19 au 30 avril, factures dont ne faisait pas état le sommaire et qui n'ont jamais été envoyées. Je n'ai jamais reçu de courriel de ce dernier à l'égard de ces coûts, ce n'est que cet après-midi que j'ai reçu des copies de toutes ces factures et j'essaie de déterminer comment tout cela s'est produit.

Chris, indique-moi de quelle façon d'après toi nous devrions agir.

--

Cordiales salutations,
Milt Sterling

LANGFORD ELECTRIC

[36] Bird’s project manager replied to the Langford employee on that same day, but removed Valard’s project manager from the email chain. The reply email reads as follows:

Milt,

Suncor is already upset with us about the extra costs and it took months to get this first \$215,000 approved only as a favor to Bird. Anyone else wouldn’t have received near that amount. It is impossible for us to go back to the owner. I’m not sure how Valard could rack up a bill like this, even being as disorganized as they were on site. We would help you if we could, but Suncor was already upset with our last claim.

Regards,

Chris von Klitzing
Project Manager

[37] The trial judge considered this evidence. He found that Bird had no knowledge of the fact that Valard was a claimant that had not been paid by Langford until it was notified of this by Valard on April 19, 2010 (2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, at para. 87), and that Bird’s employees had acted honestly at all material times (*ibid.*).

[38] While I accept the factual finding of the trial judge that Bird’s employees had acted honestly at all material times, my view is that this is not dispositive of the issue. Upon receiving Langford’s email, Bird was informed of “serious problem[s]” between Valard and Langford Electric, and was alive to the very real possibility of Valard not being paid in full for its services — especially since it knew that additional funds from Suncor Energy Inc. would not be forthcoming. Moreover, Bird was expressly asked to advise on how the parties should proceed with their dispute. Valard, as a recipient of the email, had full knowledge of this. Indeed, it was Valard’s issue with the payment offered by Langford up to that

[36] Le directeur de projet de Bird répondait à l’employé de Langford le même jour, mais il supprimait le nom du directeur de projet de Valard de la chaîne de courriels. Le courriel réponse se lit ainsi :

[TRADUCTION]

Milt,

Suncor est déjà mécontente à notre endroit au sujet de ces coûts additionnels et il a fallu des mois pour faire approuver le premier paiement de 215 000 \$, qui l’a été uniquement en tant que faveur envers Bird. Personne d’autre n’aurait reçu un paiement approchant cette somme. Il nous est impossible de nous adresser à nouveau au propriétaire. Je ne sais pas comment Valard a pu faire grimper la facture ainsi, et ce, même en considérant l’état de désorganisation dont elle a fait montre sur le chantier. Nous vous aiderions bien si nous le pouvions, mais Suncor était déjà mécontente à la suite de notre réclamation précédente.

Salutations,

Chris von Klitzing
Directeur de projet

[37] Le juge du procès a examiné cette preuve. Il a conclu, d’une part, que Bird ne savait pas que Valard était un réclamant qui n’avait pas été payé par Langford avant d’en être avisée par Valard le 19 avril 2010 (2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51, par. 87), et, d’autre part, que les employés de Bird avaient agi honnêtement à tout moment pertinent (*ibid.*).

[38] Quoique j’accepte la conclusion de fait du juge du procès selon laquelle les employés de Bird ont agi honnêtement à tout moment pertinent, je suis d’avis que cette conclusion n’est pas déterminante en ce qui concerne la question en litige. Lorsqu’elle a reçu le courriel de Langford, Bird a été informée de l’existence de [TRADUCTION] « problème[s] sérieux » entre Valard et Langford, et elle était consciente de la possibilité très réelle que Valard ne soit pas payée au complet pour tous ses services — particulièrement parce qu’elle savait que Suncor Énergie Inc. ne déboursait pas de fonds additionnels. Qui plus est, Bird s’est expressément fait demander comment les parties devraient s’y prendre pour régler leur

point which prompted Langford to email Bird in the first place.

[39] As noted above, I accept that a trustee has an equitable obligation to accurately answer all requests from potential claimants for information pertaining to the existence and particulars of any labour and materials payment bond. As I see it, the August 10, 2009 email effectively amounted to such a request. Although the email was not sent by Valard, and did not *explicitly* raise questions regarding the existence of any bond, I do not see this as particularly significant. In my view, it is not necessary that a potential claimant articulate a particular set of words before being entitled to information about any existing bond from the trustee. Similarly, it was not necessary for Bird's employees to have known conclusively that Valard "was a claimant who had not been paid as provided for under the terms of its contract with Langford" (2015 ABQB 141, at para. 87). On the facts of this case, it is sufficient that Langford's email alerted Bird to the payment problems between Valard and Langford, and ended with a clear request that Bird outline how the parties should proceed with this payment dispute. As one of the recipients of this email (and part of this conversation), Valard was entitled to expect that, if a labour and materials payment bond were available, its existence would have been disclosed by Bird (as trustee/obligee) at this time.

[40] Rather than doing so, Bird removed Valard from the email chain and informed Langford that additional funds from Suncor would not be forthcoming. It is my view that, by failing to notify Valard of the L&M Bond's existence upon receiving what effectively amounted to a request for guidance as to how this payment dispute could be resolved and

différend. Comme Valard était un des destinataires de ce courriel, elle était parfaitement au courant de tout cela. De fait, c'est précisément le désaccord de Valard au sujet du paiement offert par Langford à ce moment-là qui a amené cette dernière à envoyer un courriel à Bird.

[39] Comme je l'ai souligné plus tôt, je suis d'accord pour dire que l'équité oblige un fiduciaire à répondre correctement à toutes les demandes de renseignements émanant de réclamants éventuels relativement à l'existence et aux modalités de tout cautionnement garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. Selon moi, le courriel du 10 août 2009 constituait effectivement une telle demande. Même si ce courriel n'a pas été transmis par Valard et ne soulevait pas *explicitement* de questions relativement à l'existence de quelque cautionnement, je ne considère pas que cela soit particulièrement significatif. À mon avis, il n'est pas nécessaire qu'un éventuel réclamant s'exprime de façon spécifique pour avoir droit d'obtenir de l'information de la part du fiduciaire au sujet de l'existence ou non d'un cautionnement. De même, il n'était pas nécessaire que les employés de Bird sachent avec certitude que Valard [TRADUCTION] « était un réclamant qui n'avait pas été payé conformément aux dispositions de son contrat avec Langford » (2015 ABQB 141, par. 87). À la lumière des circonstances de la présente affaire, le fait que le courriel de Langford alertait Bird des problèmes de paiement qui existaient entre Valard et Langford et que, à la fin de ce courriel, Langford demandait clairement comment les parties devraient s'y prendre pour régler leur différend était suffisant. Comme Valard était un des destinataires de ce courriel (et était partie à la conversation), elle était en droit de s'attendre que Bird (en tant que fiduciaire/bénéficiaire) lui divulgue alors l'existence de tout cautionnement garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux.

[40] Au lieu d'agir ainsi, Bird a supprimé le nom de Valard de la chaîne de courriels et a informé Langford que Suncor ne déboursait pas de fonds additionnels. Parce que Bird a omis d'aviser Valard de l'existence du cautionnement, dès qu'elle a reçu ce qui constituait effectivement une demande d'indications sur la façon de résoudre le différend au sujet

with knowledge that additional money from Suncor was unavailable, Bird breached the equitable duty it owed to Valard. Valard was entitled to assume that this request would have triggered a duty on the part of the trustee to advise it of any available bond, and that it therefore did not need to make any further requests in this regard.

[41] Had Valard been so informed, it would still have been within the 120-day window within which to make a claim against the surety. I would therefore allow the appeal and direct that the matter be remitted to the trial judge for adjudication on the quantum of damages, as ordered by Justice Brown.

The following are the reasons delivered by

[42] KARAKATSANIS J. (dissenting) — For over 45 years, labour and material payment bonds have been commonly used to secure contractual obligations in the construction industry. Owners (and their general contractors) often seek to protect their projects by requiring subcontractors to obtain such bonds. By guaranteeing that suppliers of labour and material will be paid (up to the limit of the bond), the bonds help ensure that construction work will be completed without interruption and without liens being filed on the project.

[43] The standard form bond published by the Canadian Construction Documents Committee (CCDC) uses trust language in order to avoid problems associated with the third-party beneficiary rule. This gives unknown future claimants the right to sue on a bond to which they are not a party. Essentially, the bond provides that the owner (or general contractor) holds the right to claim under the bond as trustee for future claimants (the labour and material suppliers).

du paiement, alors qu'elle savait qu'aucune somme additionnelle ne serait versée par Suncor, je conclus que Bird a manqué au devoir qui lui incombait envers Valard en vertu de l'équité. Valard était en droit de présumer que cette demande donnerait naissance à l'obligation, de la part du fiduciaire, de l'informer de l'existence de tout cautionnement, et qu'elle n'avait par conséquent pas besoin de présenter quelque demande de renseignements additionnelle à cet égard.

[41] Si Valard avait disposé de cette information à ce moment-là, la période de 120 jours à l'intérieur de laquelle elle pouvait soumettre une réclamation à la caution n'était pas encore terminée et elle aurait pu s'en prévaloir. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et, conformément à l'ordonnance du juge Brown, je renverrais l'affaire au juge du procès pour qu'il statue sur la question du montant des dommages-intérêts.

Version française des motifs rendus par

[42] LA JUGE KARAKATSANIS (dissidente) — Depuis plus de 45 ans, l'industrie de la construction a couramment recours aux cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux afin de garantir l'exécution d'obligations contractuelles. Les propriétaires (et leurs entrepreneurs généraux) cherchent souvent à protéger leurs projets en exigeant des sous-traitants qu'ils se procurent de tels cautionnements. Comme le cautionnement garantit aux fournisseurs de main-d'œuvre et de matériaux qu'ils seront payés (jusqu'à concurrence des limites prévues par celui-ci), le cautionnement permet d'assurer l'exécution complète des travaux de construction sans interruption ni dépôt de privilèges à l'égard du projet.

[43] Le formulaire type de cautionnement publié par le Comité canadien des documents de construction (CCDC) emploie le langage du droit des fiducies pour éviter les problèmes liés à l'application de la règle concernant les tiers bénéficiaires. Cette mesure confère aux éventuels réclamants, dont l'identité est inconnue, le droit d'intenter des poursuites fondées sur un cautionnement auquel ils ne sont pas parties. Essentiellement, le cautionnement accorde au

The obligations of the owner under the terms of the bond are narrowly directed solely to that purpose.

[44] For decades, the industry understanding and practice has been that the trustee is under no obligation to inform the beneficiaries of the existence of the trust and that claimants are expected to enquire as to the existence of a bond. My colleague would hold otherwise. I cannot agree.

[45] In my view, general trust law principles do not imply the obligation to notify potential claimants in this commercial context. Equity imposes different obligations depending on the context. In the circumstances of the construction industry, Bird Construction Company was not under an obligation to inform potential claimants of the existence of the bond. Rather, it was required to respond accurately when asked. Imposing a mandatory obligation on the trustee to inform potential claimants of the bond's existence transforms what was a beneficial risk-management tool into a significant liability. I would dismiss the appeal.

I. Background

A. *Facts and Decisions Below*

[46] Bird was the general contractor for Suncor Energy Inc. on a project in the Alberta oilsands, near Fort McMurray. Bird entered into a contract with Langford Electric Ltd. for some electrical work. The contract required Langford to obtain a labour and material payment bond.

[47] The bond was issued in the amount of nearly \$660,000. It was a standard form bond published by the CCDC (Standard Construction Document

propriétaire (ou à l'entrepreneur général) le droit de présenter des réclamations en vertu de cet instrument en tant que fiduciaire d'éventuels réclamants (les fournisseurs de main-d'œuvre et de matériaux). Les obligations qui incombent au propriétaire en application du cautionnement ne visent que cette fin précise.

[44] Selon l'interprétation et la pratique qui ont cours à cet égard dans l'industrie depuis des dizaines d'années, le fiduciaire n'a aucunement l'obligation d'informer les bénéficiaires de l'existence de la fiducie et ce sont les réclamants qui sont censés s'enquérir de l'existence ou non d'un cautionnement. Mon collègue est d'avis contraire, mais je ne peux me rallier à cette conclusion.

[45] À mon sens, les principes généraux du droit des fiducies n'impliquent pas d'obligation de notification des éventuels réclamants dans ce genre de contexte commercial. L'équité impose différentes obligations selon le contexte. Dans celui de l'industrie de la construction, Bird Construction Company n'avait pas l'obligation d'informer les éventuels réclamants de l'existence du cautionnement. Elle était plutôt tenue de répondre correctement aux questions susceptibles de lui être posées à cet égard. Imposer au fiduciaire l'obligation impérative d'informer les éventuels réclamants de l'existence du cautionnement a pour effet de transformer ce qui constituait jusqu'ici un outil utile de gestion du risque en une lourde responsabilité. Je rejetterais le pourvoi.

I. Contexte

A. *Les faits et les décisions des juridictions inférieures*

[46] Bird était l'entrepreneur général de Suncor Énergie Inc. dans le cadre d'un projet d'exploitation de sables bitumineux en Alberta, près de Fort McMurray. Elle avait conclu un contrat avec Langford Electric Ltd. relativement à certains travaux d'électricité. Le contrat exigeait de Langford qu'elle se procure un cautionnement pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux.

[47] Le cautionnement a été délivré pour un montant s'élevant à près de 660 000 \$. Il s'agissait d'un cautionnement établi selon le formulaire type publié

222-2002). The bond provided that Bird was a “trustee” for every claimant who had not been paid under their contract with Langford. A claimant was required to provide notice of its claim within 120 days of completing its work or last furnishing materials.

[48] One of Langford’s subcontractors, Valard Construction Ltd., was not paid for its work and obtained a default judgment against Langford for approximately \$660,000.

[49] Valard’s project manager subsequently asked Bird whether there was a labour and material payment bond. When Bird confirmed the existence of the bond, Valard sought recourse from the bond issuer. Its claim was denied on the basis that the 120-day notice period had expired. In the action before us, Valard seeks compensation from Bird, on the basis that Bird, as a trustee, was obligated to fully inform the bond beneficiaries of the existence of the bond and its terms.

[50] The chambers judge dismissed Valard’s claim against Bird, holding that Bird had no such obligation: 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51. The majority of the Court of Appeal of Alberta agreed with the chambers judge, concluding that Bird did not owe a duty to inform Valard of the existence of the bond until Valard specifically asked Bird about the existence of a bond: 2016 ABCA 249, 57 C.L.R. (4th) 171.

B. *Labour and Material Payment Bonds*

[51] Labour and material payment bonds have been used in the construction industry in Canada

par le CCDC (Document normalisé de construction 222-2002). Le cautionnement précisait que Bird était « fiduciaire »⁴¹ de tous les réclamants qui n’auraient pas été payés conformément à leur contrat respectif avec Langford. Les auteurs de réclamations étaient tenus de donner un préavis de leurs réclamations dans les 120 jours suivant la date d’achèvement des derniers travaux ou de fourniture des derniers matériaux, selon le cas.

[48] L’un des sous-traitants de Langford, Valard Construction Ltd., n’a pas été payé pour les travaux qu’il a exécutés et il a obtenu contre Langford un jugement par défaut condamnant celle-ci à lui verser approximativement 660 000 \$.

[49] Le directeur de projet de Valard a par la suite demandé à Bird s’il y avait un cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux. Après que Bird eut confirmé l’existence du cautionnement, Valard a présenté un recours contre la caution, mais sa réclamation a été rejetée en raison de l’expiration de la période de notification de 120 jours. Dans l’affaire dont nous sommes saisis, Valard demande à être indemnisée par Bird au motif que celle-ci, en tant que fiduciaire, avait l’obligation d’informer pleinement les bénéficiaires du cautionnement de l’existence de celui-ci et de ses modalités.

[50] Le juge siégeant en cabinet a rejeté la réclamation présentée par Valard contre Bird, concluant que cette dernière n’était pas tenue à une telle obligation : 2015 ABQB 141, 41 C.L.R. (4th) 51. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont fait leur l’opinion du juge en cabinet, statuant que Bird n’avait pas le devoir d’informer Valard de l’existence du cautionnement, sauf en cas de demande explicite à cet effet de la part de celle-ci : 2016 ABCA 249, 57 C.L.R. (4th) 171.

B. *Cautionnements pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux*

[51] L’industrie canadienne de la construction a recours aux cautionnements pour le paiement de

⁴¹ Dans les présents motifs, les mots « fiduciaire » et « fiduciaire » sont utilisés plutôt que les termes « fidéicommissaire » et « fidéicommissis » figurant dans le formulaire de cautionnement.

for at least 45 years: see, e.g., *Dominion Bridge Co. v. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125 (Co. Ct.). They are usually required by governments and are increasingly common in the private sector: L. Ricchetti and T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010), at p. 171, and K. W. Scott and R. B. Reynolds, *Scott and Reynolds on Surety Bonds* (loose-leaf), at p. 11-10.8.

[52] Labour and material payment bonds require the surety to pay the labour and material suppliers on a project if the principal (usually the general contractor or a subcontractor) does not: Scott and Reynolds, at p. 11-10.8. These bonds benefit owners (or general contractors) by ensuring they do not need to spend time and money dealing with a defaulting contractor's unpaid labour and material suppliers. They also reduce the number of liens against a project and may help ensure the project's timely completion: Ricchetti and Murphy, at p. 172. Bird's project manager testified that Bird, primarily for its own protection, required labour and material payment bonds for all contracts over \$100,000.

[53] Prior to the use of trust language, there was a legal obstacle that prevented labour and material payments bonds from serving their intended purpose. Since the unknown potential claimants were not parties to the bond, they were not entitled to enforce it under the traditional third-party beneficiary rule: see, e.g., *Tobin Tractor (1957) Ltd. v. Western Surety Co.* (1963), 40 D.L.R. (2d) 231 (Sask. Q.B.). To avoid this problem, modern labour and material payment bonds frequently use trust language: Ricchetti and Murphy, at p. 171; Scott and Reynolds, at p. 11-10.8; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513, and *Harris Steel Ltd. v. Alta Surety Co.* (1993), 119 N.S.R. (2d) 61

la main-d'œuvre et des matériaux depuis au moins 45 ans : voir, p. ex., *Dominion Bridge Co. c. Marla Construction Co.*, [1970] 3 O.R. 125 (C. de comté). Habituellement exigés par les gouvernements, ces cautionnements sont utilisés de plus en plus couramment dans le secteur privé : L. Ricchetti et T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010), p. 171, ainsi que K. W. Scott et R. B. Reynolds, *Scott and Reynolds on Surety Bonds* (feuilles mobiles), p. 11-10.8.

[52] Les cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux obligent la caution à payer les fournisseurs de main-d'œuvre et de matériaux dans le cadre d'un projet en cas de défaut de paiement de la part du débiteur principal (généralement l'entrepreneur général ou un sous-traitant) : Scott et Reynolds, p. 11-10.8. Ces cautionnements sont avantageux pour les propriétaires (ou les entrepreneurs généraux) en ce qu'ils leur évitent de consacrer du temps et de l'argent afin d'intervenir à l'égard de fournisseurs impayés d'un entrepreneur en défaut. Ces cautionnements réduisent également le nombre de privilèges pouvant être revendiqués à l'égard d'un projet et ils peuvent contribuer à l'achèvement du projet dans les délais prévus : Ricchetti et Murphy, p. 172. Dans son témoignage, le directeur de projet de Bird a indiqué que celle-ci exigeait, principalement pour sa propre protection, des cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux dans le cadre de tous les contrats de plus de 100 000 \$.

[53] Avant l'emploi du langage du droit des fiducies, un obstacle juridique empêchait les cautionnements pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux de remplir le rôle qu'ils étaient censés jouer. Comme les réclamants éventuels, dont l'identité est inconnue, n'étaient pas parties aux cautionnements, ils n'avaient pas le droit d'en exiger l'exécution en raison de l'application de la règle traditionnelle concernant les tiers bénéficiaires : voir, p. ex., *Tobin Tractor (1957) Ltd. c. Western Surety Co.* (1963), 40 D.L.R. (2d) 231 (B.R. Sask.). Pour éviter ce problème, les cautionnements modernes pour le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux utilisent souvent le langage du droit des fiducies : Ricchetti et Murphy, p. 171; Scott et

(S.C. (App. Div.)); see also R. Flannigan, “Business Applications of the Express Trust” (1998), 36 *Alta. L. Rev.* 630, at pp. 631-32.

[54] As another way of avoiding this problem, some legislatures have chosen to create a statutory right of action. In Ontario, s. 69(1) of the *Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, c. C.30, creates the right of a claimant to sue directly on the labour and material bond. British Columbia has a similar provision: *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, s. 48. Similarly, the federal *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, assigns to claimants the right of the Crown to recover under a labour and material payment bond. As result of this legislation, the federal government uses its own standard form labour and material payment bond. Unlike the CCDC 222-2002 bond, the federal government’s bond does not provide that the Crown is a trustee for potential claimants: Scott and Reynolds, at p. 3-4.

[55] In light of the fact that the trust language was only used to circumvent the third-party beneficiary rule, the bond itself narrowly defines the obligations placed on the trustee. Under the generic terms of the CCDC 222-2002 bond, Bird, as trustee, “is not obliged to do or take any act, action or proceeding against the Surety on behalf of the Claimants, or any of them, to enforce the provisions of this Bond”. Further, if an action is taken in Bird’s name or by joining Bird as a party, then the claimants are required to indemnify Bird for “all costs, charges and expenses or liabilities incurred thereon and any loss or damage resulting to [Bird] by reason thereof”.

Reynolds, p. 11-10.8; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513, et *Harris Steel Ltd. c. Alta Surety Co.* (1993), 119 N.S.R. (2d) 61 (C.S. (Div. app.)); voir également R. Flannigan, « Business Applications of the Express Trust » (1998), 36 *Alta. L. Rev.* 630, p. 631-632.

[54] Certains législateurs ont choisi une autre façon d’obvier à ce problème et créé un droit d’action par voie législative. En Ontario, le par. 69(1) de la *Loi sur le privilège dans l’industrie de la construction*, L.R.O. 1990, c. C.30, établit en faveur de l’auteur d’une réclamation le droit d’intenter directement des poursuites sur la base du cautionnement garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux. Une disposition semblable existe aussi en Colombie-Britannique : *Law and Equity Act*, R.S.B.C. 1996, c. 253, art. 48. De même, la loi fédérale intitulée *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, cède aux auteurs de réclamations le droit d’action en recouvrement dont dispose la Couronne au titre d’un cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux. Pour l’application de cette loi, le gouvernement fédéral utilise son propre formulaire type en matière de cautionnement. Contrairement au formulaire de cautionnement CCDC 222-2002, le formulaire fédéral n’indique pas que la Couronne est fiduciaire des éventuels réclamants : Scott et Reynolds, p. 3-4.

[55] Étant donné que le langage du droit des fiduciaires n’est employé que pour éviter l’application de la règle concernant les tiers bénéficiaires, le cautionnement lui-même définit étroitement les obligations du fiduciaire. Selon le libellé général du formulaire de cautionnement CCDC 222-2002, Bird, en tant que fiduciaire, « n’est pas tenu[e] de prendre des actions ou procédures contre la Caution pour le compte des Réclamants, ou d’un ou de plusieurs d’entre eux, en vue de faire exécuter les dispositions du présent cautionnement ». En outre, si les réclamants intentent une action soit au nom de Bird soit en la constituant partie à l’instance, ils sont tenus de l’indemniser de « tous les déboursés, frais, dépenses ou obligations encourus à ce sujet et [. . .] de tous les dommages et pertes subis par [elle] à cette même occasion ».

II. Analysis

[56] As a trustee under the bond, Bird is under an obligation to maintain and deliver the trust property — here, the right to claim on the bond. As I shall explain, I do not agree with my colleague that, under trust law principles, that obligation *necessarily implies* the obligation to provide notice to potential claimants. Such a result in this case means that Bird, who obtained the bond to protect itself from claims and construction delays, is liable for a claim by virtue of the bond. There is no compelling reason to interpret the trustee’s narrowly drawn obligations under a labour and material payment bond in such a way. Doing so would run counter to how these routine bonds have been understood and used by the construction industry for many decades. Given the narrow purpose and scope of the trust, the limited obligations of the trustee, and industry use of these trusts, it is sufficient if the trustee responds to any enquiries about a bond.

A. *Does the Use of Trust Language in the Bond Necessarily Impose an Obligation on Bird to Inform Potential Beneficiaries of the Bond?*

[57] Valard submits that because the fundamental core of a trust is the right of beneficiaries to enforce it, the trustee is necessarily obliged to inform beneficiaries of the existence of the trust. Since, as Valard submits, this obligation is fundamental to a trust, the settlor cannot oust this duty: D. Hayton, “The Irreducible Core Content of Trusteeship”, in A. J. Oakley, ed., *Trends in Contemporary Trust Law* (1996), 47, at p. 49. In response, Bird submits that the bond is a bare trust, and the bare obligation to convey the trust property (the right to claim under

II. Analyse

[56] En tant que fiduciaire désignée dans le cautionnement, Bird a l’obligation de conserver et de remettre le bien fiduciaire — dans le présent cas, le droit de présenter une réclamation fondée sur le cautionnement. Comme je vais l’expliquer, je ne partage pas l’avis de mon collègue suivant lequel, en vertu des principes du droit des fiducies, cette obligation *implique nécessairement* l’obligation d’aviser les éventuels réclamants. Tirer une telle conclusion en l’espèce signifie que c’est Bird, qui s’est procuré le cautionnement afin de se protéger contre les réclamations et retards liés aux travaux de construction, qui a la responsabilité des réclamations fondées sur le cautionnement. Aucune raison impérieuse ne commande d’interpréter ainsi les obligations, par ailleurs étroitement définies dans le cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux, qui incombent au fiduciaire. Une telle lecture irait à l’encontre de la façon dont l’industrie de la construction interprète et utilise depuis de nombreuses décennies ces cautionnements courants. Vu la portée et l’objectif restreints de la fiducie, les obligations limitées du fiduciaire ainsi que l’utilisation que fait l’industrie de ces fiducies, il suffit que le fiduciaire réponde aux demandes de renseignements qui lui sont présentées au sujet des cautionnements.

A. *L’utilisation du langage du droit des fiducies dans le cautionnement impose-t-elle nécessairement à Bird l’obligation d’informer les éventuels bénéficiaires du cautionnement?*

[57] Valard soutient que, comme le droit des bénéficiaires d’une fiducie d’en demander l’exécution constitue l’aspect fondamental d’une fiducie, le fiduciaire a nécessairement l’obligation de les informer de l’existence de celle-ci. Vu, comme l’affirme Valard, le caractère fondamental de cette obligation pour la fiducie, le constituant ne saurait en retrancher ce devoir : D. Hayton, « The Irreducible Core Content of Trusteeship », dans A. J. Oakley, dir., *Trends in Contemporary Trust Law* (1996), 47, p. 49. Bird répond que le cautionnement est une fiducie nue, et que la seule obligation imposée au fiduciaire, à savoir le transfert du bien en fiducie (en

the bond) does not entail an obligation to give notice of the bond to potential claimants.

[58] A trust is a relationship whereby the trustee holds property and owes obligations to the beneficiaries of the trust with respect to that property: *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials* (8th ed. 2014), by A. H. Oosterhoff, R. Chambers and M. McInnes, at p. 19; *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees* (18th ed. 2010), by D. Hayton, P. Matthews and C. Mitchell, at para. 1.1. The obligations imposed upon a trustee are first and foremost determined by the terms of the trust instrument itself, but can be supplemented or modified by general principles of equity: *Waters' Law of Trusts in Canada* (4th ed. 2012), by D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, at p. 912. Under general trust principles, trustees must act with honesty and competence and are required to obey the terms of the trust, preserve the trust assets for the benefit of the beneficiaries and account to them for their performance of the trust: Oosterhoff et al., at p. 123; Waters et al., at p. 906. In the case of a bare trust, the trustee's only obligation is to dispose of the trust property as directed by the beneficiary: Oosterhoff et al., at p. 20; Waters et al., at p. 33. The question in this appeal is whether the beneficiaries' rights to hold the trustee to account for its administration of the trust property and to enforce the terms of the trust necessarily imply an obligation on the trustee to notify potential claimants of the trust's existence.

[59] In my view, it is not necessary to determine whether the bond is a bare trust. As I shall explain, this is not a case where the beneficiary's right to enforce the terms of the trust can be meaningfully exercised only if he or she is first informed of the trust's existence, nor where the potential beneficiaries would be unreasonably disadvantaged were they not informed of the bond's existence.

l'occurrence le droit de présenter une réclamation en vertu du cautionnement), n'emporte pas l'obligation d'aviser les éventuels réclamants de l'existence du cautionnement.

[58] La fiducie est une relation dans le cadre de laquelle le fiduciaire détient des biens et a envers les bénéficiaires de la fiducie des obligations relativement à ces biens : *Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials* (8^e éd. 2014), par A. H. Oosterhoff, R. Chambers et M. McInnes, p. 19; *Underhill and Hayton : Law Relating to Trusts and Trustees* (18^e éd. 2010), par D. Hayton, P. Matthews et C. Mitchell, par. 1.1. Les obligations imposées au fiduciaire sont d'abord et avant tout déterminées par les modalités de l'acte de fiducie lui-même, mais des principes généraux d'équité peuvent les modifier ou y ajouter : *Waters' Law of Trusts in Canada* (4^e éd. 2012), par D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, p. 912. Suivant les principes généraux du droit des fiducies, les fiduciaires sont tenus d'agir avec honnêteté et compétence, de se conformer aux modalités de la fiducie, de préserver les biens fiduciaires au profit des bénéficiaires et de leur rendre compte de l'exécution de leurs obligations fiduciaires : Oosterhoff et autres, p. 123; Waters et autres, p. 906. Dans le cas d'une fiducie nue, la seule obligation du fiduciaire consiste à disposer des biens fiduciaires selon les instructions du bénéficiaire : Oosterhoff et autres, p. 20; Waters et autres, p. 33. La question que soulève le présent pourvoi est celle de savoir si le droit des bénéficiaires d'obliger le fiduciaire à rendre compte de son administration des biens fiduciaires et celui de faire exécuter les modalités de la fiducie impliquent nécessairement pour le fiduciaire l'obligation d'aviser les éventuels réclamants de l'existence de la fiducie.

[59] À mon avis, il n'est pas nécessaire de décider si le cautionnement constitue une fiducie nue. Comme je l'expliquerai, nous ne sommes pas en présence d'une affaire où le droit du bénéficiaire de faire exécuter les modalités de la fiducie ne peut être exercé utilement que si ce dernier est au préalable informé de l'existence de la fiducie, ni d'un cas où les éventuels bénéficiaires seraient déraisonnablement désavantagés s'ils ne connaissaient pas l'existence du cautionnement.

[60] Equity imposes different obligations depending on the particular context. As this Court recognized in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 413, “the precise legal or equitable duties the law will enforce in any given relationship are tailored to the legal and practical incidents of a particular relationship”. In determining the duties of a trustee, it is important to consider “the nature and terms of the relevant trust and the social or business environment in which the trust operates”: *Segelov v. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431, at para. 130.

[61] Courts have imposed an obligation on a trustee to notify beneficiaries of the trust’s existence in the context of a family trust or a trust for minors: see, e.g., *Hawkesley v. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank v. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; and *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593 (B.C.S.C.). The dual rationales offered for imposing such a duty on the trustee are that absent this duty, the beneficiaries would have no way of knowing of their entitlement under the trust and they could not ensure the trustee respected the obligations and terms of the trust. See also D. Hayton (1996), at p. 49, and G. Lightman, “The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries”, [2004] P.C.B. 23, at pp. 24-25 and 34-37.

[62] Neither rationale for imposing such a duty on a trustee exists with the same force here. Unlike an infant beneficiary who has no idea that a trust may exist, labour and material payment bonds are regularly used in the construction industry. Further, the terms of the trust and obligations of the trustee are very narrow and do not require oversight by a beneficiary. The trust property is simply the right of suit under the bond: D. W. Glaholt, *Construction Trusts: Law & Practice* (1999), at p. 83. The text of the bond itself does not impose any obligations on the trustee. Under the CCDC 222-2002 bond, the

[60] L’équité impose différentes obligations selon le contexte. Ainsi que l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 413, « les obligations de common law ou d’équité que les tribunaux feront respecter dans une relation donnée sont adaptées aux particularités juridiques et pratiques de la relation concernée ». Afin de déterminer les devoirs qui incombent à un fiduciaire, il est important d’examiner [TRADUCTION] « la nature et les modalités de la fiducie en cause, ainsi que l’environnement social ou commercial dans lequel celle-ci s’applique » : *Segelov c. Ernst & Young Services Pty. Ltd.*, [2015] NSWCA 156, 89 N.S.W.L.R. 431, par. 130.

[61] Les tribunaux ont imposé au fiduciaire l’obligation d’aviser les bénéficiaires de l’existence de la fiducie dans le contexte des fiducies familiales ou des fiducies en faveur de personnes mineures : voir, p. ex., *Hawkesley c. May*, [1956] 1 Q.B. 304; *Brittlebank c. Goodwin* (1868), L.R. 5 Eq. 545; et *In re Short Estate*, [1941] 1 W.W.R. 593 (C.S. C.-B.). Les deux justifications avancées pour imposer un tel devoir au fiduciaire sont les suivantes : en l’absence de ce devoir, les bénéficiaires n’auraient aucun moyen de connaître les droits que leur confère la fiducie et ils ne pourraient s’assurer que le fiduciaire a respecté les obligations et les modalités prévues par celle-ci. Voir également D. Hayton (1996), p. 49, et G. Lightman, « The Trustees’ Duty to Provide Information to Beneficiaries », [2004] P.C.B. 23, p. 24-25 et 34-37.

[62] Ni l’une ni l’autre des raisons invoquées pour justifier l’imposition d’un tel devoir au fiduciaire ne présentent un caractère aussi impérieux en l’espèce. Contrairement à la situation de l’enfant en bas âge qui bénéficie d’une fiducie mais n’a pas la moindre idée que celle-ci existe, les cautionnements garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux sont régulièrement utilisés dans l’industrie de la construction. Qui plus est, les modalités de la fiducie et les obligations du fiduciaire sont très étroitement définies et n’exigent pas de surveillance de la part du bénéficiaire. Le bien en fiducie consiste simplement

trustee has no obligation to commence an action on behalf of the claimants.

[63] The issue of whether a trustee under a labour and material bond is required to notify claimants of the existence of the bond was first considered in 1970: the Ontario County Court held that there was no duty on the trustee to notify claimants of the existence of the labour and material payment bond (*Dominion Bridge*). This decision was recently followed by the Ontario Superior Court: *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. v. Trisura Guarantee Insurance Co.*, 2014 ONSC 918, 36 C.L.R. (4th) 126. We were referred to no other cases in Canada addressing this issue.

[64] Thus, for over 45 years, the understanding and practice in the construction industry in Canada has been that the trustee of a labour and material payment bond is not required to take steps to notify potential claimants of the existence of the bond. The authors of a leading treatise on surety bonds advise potential claimants accordingly, writing that “it is critical for either the potential claimant or their solicitors to demand a copy of any labour and material payment bond posted by the contractor with the owner”: Scott and Reynolds, at pp. 11-10.8 and 11-10.9.

[65] Finally, although Valard submits and my colleague accepts that notice is not an onerous obligation and could easily be satisfied by displaying a copy of the bond in Bird’s on-site work trailer, I am not persuaded that this is the case. What would Bird be required to do if there were multiple work-sites? How could Bird satisfy its obligations to those labour and material suppliers who may not be on the worksite? My colleague suggests that what is

dans le droit d’intenter des poursuites en vertu du cautionnement : D. W. Glaholt, *Construction Trusts : Law & Practice* (1999), p. 83. Le texte du cautionnement lui-même n’impose aucune obligation au fiduciaire. Selon le cautionnement CCDC 222-2002, le fiduciaire n’est pas tenu d’intenter une action au nom des réclamants.

[63] La question de savoir si le fiduciaire désigné dans un cautionnement garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux est tenu d’aviser les auteurs de réclamations de l’existence du cautionnement a été examinée pour la première fois en 1970 : la Cour de comté de l’Ontario avait conclu qu’il n’incombait au fiduciaire aucun devoir d’aviser les auteurs de réclamations de l’existence d’un tel cautionnement (*Dominion Bridge*). La Cour supérieure de l’Ontario a récemment suivi cette décision : *Dolvin Mechanical Contractors Ltd. c. Trisura Guarantee Insurance Co.*, 2014 ONSC 918, 36 C.L.R. (4th) 126. Aucune autre décision rendue au Canada sur ce point n’a été portée à notre attention.

[64] Il s’ensuit donc que, suivant l’interprétation et la pratique qui ont cours dans l’industrie de la construction au Canada depuis plus de 45 ans, le fiduciaire d’un cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux n’a pas à prendre de mesures afin d’aviser les éventuels réclamants de l’existence du cautionnement. Les auteurs d’un réputé traité sur les cautionnements formulent en conséquence le conseil suivant aux éventuels auteurs de réclamations : [TRADUCTION] « . . . il est essentiel qu’un éventuel réclamant ou ses avocats exigent une copie de tout cautionnement garantissant le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux déposé par l’entrepreneur auprès du propriétaire » (Scott et Reynolds, p. 11-10.8 et 11-10.9).

[65] Enfin, malgré l’argument de Valard — que retient mon collègue — selon lequel la notification ne constitue pas une obligation onéreuse et qu’il aurait été facile de s’en acquitter en affichant une copie du cautionnement dans la remorque de chantier de Bird, je ne suis pas convaincue que ce soit le cas. Par exemple, que devrait faire Bird s’il y avait de nombreux chantiers? Comment pourrait-elle s’acquitter de ses obligations envers les fournisseurs de

reasonable will depend on the circumstances (including the particular sector of the construction industry or geographic area), but in my view, this introduces unnecessary uncertainty and may well undermine the value of having such a bond in the first place.

[66] Given the narrow purpose of the trust created here, and the practice in the construction industry in using these bonds for more than 45 years, Bird was entitled to assume that such bonds were sufficiently known in the industry and it was therefore under no duty to determine whether potential claimants required notice and how to provide reasonable notice. In this context, it would not be to the unreasonable disadvantage of potential claimants not to be informed of the trust's existence. Knowledge of the bond is available through general knowledge about industry practice or by the claimant making enquiries. The trustee is under an obligation to respond accurately to these enquiries. I conclude that equity does not generally demand more in the context of the construction industry. That being said, I do not foreclose the possibility that a trustee may breach its equitable duty if it receives actual notice of the claim within the time permitted for a claim under the bond and does not advise the claimant of the bond. In this case, the chambers judge specifically found that at all material times, the employees of Bird did not know that Valard was a claimant who had not been paid under its contract with Langford (para. 87). I see no palpable and overriding error that would permit me to disturb this finding.

main-d'œuvre et de matériaux qui ne viennent peut-être pas sur le chantier même? Mon collègue affirme que l'appréciation de ce qui constitue une mesure raisonnable dépend des circonstances (notamment du secteur concerné de l'industrie de la construction ou de la région en cause), mais selon moi ce point de vue engendre une incertitude inutile et pourrait fort bien avoir pour effet d'amenuiser l'importance de l'obtention même d'un tel cautionnement.

[66] Compte tenu de l'objectif limité de la fiducie créée en l'espèce et du fait que l'industrie de la construction a pour pratique de recourir à de tels cautionnements depuis plus de 45 ans, Bird était en droit de supposer que ces cautionnements étaient suffisamment connus au sein de cette industrie, et elle n'avait donc aucune obligation de se demander si les éventuels réclamants devaient être avisés et comment leur donner un avis raisonnable. Dans un tel contexte, le fait de ne pas être informés de l'existence de la fiducie ne constitue pas un désavantage déraisonnable pour les éventuels auteurs de réclamations. Un réclamant éventuel qui possède une connaissance générale de la pratique suivie dans son industrie ou qui pose des questions à cet égard est en mesure de connaître ou d'apprendre l'existence d'un tel cautionnement. Pour sa part, le fiduciaire a l'obligation de répondre correctement à de telles demandes de renseignements. Je conclus que l'équité n'impose généralement pas des exigences plus lourdes dans le contexte de l'industrie de la construction. Cela dit, je n'écarte pas la possibilité qu'un fiduciaire puisse manquer à son devoir en equity s'il reçoit concrètement un avis de réclamation dans le délai prescrit par le cautionnement et qu'il n'informe pas l'auteur de la réclamation de l'existence du cautionnement. En l'espèce, le juge en cabinet a explicitement conclu que, à tout moment pertinent, les employés de Bird ne savaient pas que Valard était un réclamant qui n'avait pas été payé conformément à son contrat avec Langford (par. 87). Je ne vois aucune erreur manifeste et déterminante qui m'autoriserait à modifier cette conclusion.

B. *Does the Fact That This Labour and Material Payment Bond Was for an Oilsands Project Change the Analysis?*

[67] My colleague writes that “an honest and reasonably skillful and prudent trustee would have known . . . that labour and material payment bonds were uncommon on private oilsands construction projects” (para. 27). He concludes that Bird was obligated to do something to satisfy its duty (for instance, posting a notice of the bond in the on-site trailer), but in other circumstances, a trustee may be able to satisfy its duty by doing nothing (paras. 28-29). I have several serious concerns about such an approach.

[68] First, requiring a trustee to take positive steps in only some sectors of the construction industry has the potential to create instability and uncertainty. Claimants in different sectors, or geographic regions, would argue that bonds are not commonly used or known to be used in their segment of the construction industry or region.

[69] Second, I am not convinced that the chambers judge made a finding that labour and material payment bonds were uncommon in the oilsands. Instead, the chambers judge noted the evidence of Valard’s project manager that he had not encountered a bond on any oilsands project in his 10 years of experience in the oilsands and commented that such belief may have been due to the fact that the project manager never asked (para. 86). Obviously, despite the project manager’s failure to enquire in this case, such a bond existed.

B. *Le fait qu’en l’espèce le cautionnement pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux portait sur un projet d’exploitation de sables bitumineux change-t-il l’analyse?*

[67] Mon collègue affirme qu’un « fiduciaire honnête et raisonnablement habile et prudent aurait su [. . .] que le recours aux cautionnements pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux n’était pas chose courante dans le cadre de projets de construction réalisés dans des exploitations privées de sables bitumineux » (par. 27). Il conclut que Bird était tenue de prendre des mesures pour s’acquitter de son devoir (par exemple en affichant un avis relatif au cautionnement dans la remorque située sur le chantier), mais que, dans d’autres circonstances, le fiduciaire pourrait être capable de s’en acquitter sans prendre quelque mesure que ce soit (par. 28-29). J’ai plusieurs réserves sérieuses en ce qui concerne cette façon de voir.

[68] Premièrement, le fait d’exiger que le fiduciaire prenne des mesures concrètes seulement dans certains secteurs de l’industrie de la construction risque de créer de l’instabilité et de l’incertitude. Les auteurs de réclamations qui travaillent dans des secteurs différents de cette industrie ou encore dans d’autres régions pourraient faire valoir que, dans leur secteur ou région, les cautionnements ne sont pas utilisés couramment ou leur utilisation n’est pas généralement connue.

[69] Deuxièmement, je ne suis pas convaincue que le juge en cabinet ait conclu que les cautionnements pour le paiement de la main-d’œuvre et des matériaux n’étaient pas chose courante dans le secteur des sables bitumineux. Il a plutôt fait état du témoignage du directeur de projet de Valard dans lequel ce dernier a dit n’avoir jamais vu de cautionnements dans le cadre de projets d’exploitation de sables bitumineux durant ses 10 années d’expérience dans ce secteur, puis souligné que l’opinion de ce dernier reposait peut-être sur le fait qu’il n’avait jamais posé de question à cet égard (par. 86). De toute évidence, bien que le directeur de projet ait omis de s’informer en l’espèce, il existait bel et bien un tel cautionnement.

[70] Thus, I cannot accept that it was necessary for Bird to take steps to inform labour and material suppliers of the bond's existence because this bond was obtained for an oilsands construction project.

III. Conclusion

[71] The trust at issue here is very different from a normal family or other trust — it was created solely to circumvent the third-party beneficiary rule and, accordingly, has a very narrow scope. For decades, labour and material payment bonds have been frequently used in the construction industry on the understanding (based upon the jurisprudence) that notice was not necessary. My colleague's position holds Bird — a general contractor that obtained a bond for its own benefit — liable for perhaps the full amount of the bond. The result of his decision is to undermine the value of labour and material payment bonds for owners and general contractors. Further, imposing different obligations depending on the particular sector or geographic region within the construction industry introduces uncertainty and instability where there was none.

[72] For these reasons, I would dismiss the appeal.

APPENDIX

LABOUR AND MATERIAL PAYMENT BOND

...

2. The Principal and the Surety, hereby jointly and severally agree with the Obligee, as Trustee, that every Claimant who has not been paid as provided for under the terms of

[70] Par conséquent, je ne puis admettre qu'il était nécessaire que Bird prenne des mesures pour informer les fournisseurs de main-d'œuvre et de matériaux de l'existence du cautionnement parce que cet instrument avait été obtenu dans le cadre d'un projet de construction d'installations pour l'exploitation de sables bitumineux.

III. Conclusion

[71] La fiducie qui nous intéresse dans la présente affaire est très différente des fiducies habituelles de nature familiale ou autre — elle a été créée uniquement pour obvier à l'application de la règle concernant les tiers bénéficiaires et, en conséquence, elle n'a qu'une portée très restreinte. Depuis des décennies, les cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux sont fréquemment utilisés dans l'industrie de la construction sur le fondement d'une interprétation (basée sur la jurisprudence) voulant qu'aucune notification ne soit nécessaire. Mon collègue conclut que Bird — un entrepreneur général qui s'est procuré un cautionnement pour son propre bénéfice — est tenue de payer, peut-être même intégralement, la somme prévue par le cautionnement. Cette décision a pour effet d'amenuiser, aux yeux des propriétaires et entrepreneurs généraux, l'importance des cautionnements garantissant le paiement de la main-d'œuvre et des matériaux. De plus, le fait d'imposer des obligations différentes selon le secteur concerné de l'industrie de la construction ou la région dans laquelle se déroulent les travaux introduit de l'incertitude et de l'instabilité dans un domaine où il n'en existait pas jusqu'ici.

[72] Pour ces motifs, je rejeterais le pourvoi.

ANNEXE

CAUTIONNEMENT DE PAIEMENT DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET DES MATÉRIAUX

...

2. Le Débiteur principal et la Caution conviennent par les présentes, conjointement et solidairement, avec le Bénéficiaire, à titre de fidéicommissaire, que tout Réclamant

its contract with the Principal, before the expiration of a period of ninety (90) days after the date on which the last of such Claimant's work or labour was done or performed or materials were furnished by such Claimant, may as a beneficiary of the trust herein provided for, sue on this Bond, prosecute the suit to final judgment for such sum or sums as may be justly due to such Claimant under the terms of its contract with the Principal and have execution thereon. Provided that the Obligee is not obliged to do or take any act, action or proceeding against the Surety on behalf of the Claimants, or any of them, to enforce the provisions of this Bond. If any act, action or proceeding is taken either in the name of the Obligee or by joining the Obligee as a party to such proceeding, then such act, action or proceeding, shall be taken on the understanding and basis that the Claimants, or any of them, who take such act, action or proceeding shall indemnify and save harmless the Obligee against all costs, charges and expenses or liabilities incurred thereon and any loss or damage resulting to the Obligee by reason thereof. Provided still further that, subject to the foregoing terms and conditions, the Claimants, or any of them may use the name of the Obligee to sue on and enforce the provisions of this Bond.

3. It is a condition precedent to the liability of the Surety under this Bond that such Claimant shall have given written notice Accordingly, no suit or action shall be commenced hereunder by any Claimant;

(a) unless such notice shall be served by mailing the same by registered mail to the Principal, the Surety and the Obligee

...

ii. in respect of any claim other than for the hold-back, or portion thereof, referred to above, within one hundred and twenty (120) days after the date upon which such Claimant did, or performed, the last of the work or labour or furnished the last of the materials for which such claim is made under the Claimant's contract with the Principal;

qui n'a pas été payé selon les termes de son contrat avec le Débiteur principal avant l'expiration d'une période de quatre-vingt-dix (90) jours à compter de la dernière date à laquelle les derniers travaux dudit Réclamant ont été exécutés ou ses matériaux ont été fournis, peut, comme bénéficiaire du fidéicommiss établi par les présentes, intenter des poursuites en exécution du présent cautionnement, poursuivre l'instance jusqu'à ce qu'un jugement final intervienne au sujet de toute somme justement due audit Réclamant aux termes de son contrat avec le Débiteur principal et faire exécuter ledit jugement. Il est entendu que le Bénéficiaire n'est pas tenu de prendre des mesures ou d'intenter des actions ou procédures contre la Caution pour le compte des Réclamants, ou d'un ou de plusieurs d'entre eux, en vue de faire exécuter les dispositions du présent cautionnement. Si une mesure, action ou procédure est prise ou intenté, soit au nom du Bénéficiaire, soit avec le Bénéficiaire comme « mis en cause », une telle mesure, action ou procédure sera prise ou intentée avec l'entente que les Réclamants ou ceux d'entre eux qui prendront une telle mesure ou intenteront une telle action ou procédure exempteront le Bénéficiaire de tous les déboursés, frais, dépenses ou obligations encourus à ce sujet et l'indemniseront de tous les dommages et pertes subis par lui à cette même occasion. Il est de plus entendu que, sous réserve des dispositions et conditions qui précèdent, les Réclamants, ou un ou plusieurs d'entre eux, peuvent utiliser le nom du Bénéficiaire pour poursuivre en justice aux fins de faire exécuter les dispositions du présent cautionnement.

3. C'est une condition de l'engagement de la Caution en vertu du présent cautionnement que le Réclamant ait donné [. . .] un avis écrit [. . .] Par conséquent, aucun Réclamant ne peut intenter de poursuite ou d'action en vertu des présentes :

a) à moins que cet avis n'ait été signifié par courrier recommandé adressé au Débiteur principal, à la Caution et au Bénéficiaire . . .

...

ii) en ce qui concerne toute autre réclamation qu'une réclamation relative à une retenue intégrale ou partielle comme ci-dessus, dans les cent vingt (120) jours qui suivent la date à laquelle ledit Réclamant a exécuté les derniers travaux ou fourni les derniers matériaux au sujet desquels ladite réclamation est faite en vertu du contrat conclu par le Réclamant avec le Débiteur principal;

Appeal allowed, KARAKATSANIS J. dissenting.

Pourvoi accueilli, la juge KARAKATSANIS est dissidente.

Solicitors for the appellant: McLean & Armstrong, West Vancouver.

Procureurs de l'appelante : McLean & Armstrong, West Vancouver.

Solicitors for the respondent: Brownlee, Edmonton; Gowling WLG, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Brownlee, Edmonton; Gowling WLG, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

A.G.W. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta
Respondent

INDEXED AS: R. v. A.G.W.

2018 SCC 9

File No.: 37795.

2018: February 16.

Present: Abella, Moldaver, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Appeals — Unreasonable verdict — Misapprehension of evidence — Accused convicted of sexual assault — Court of Appeal holding that trial judge properly assessed evidence and that verdict not unreasonable — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Martin and Strekaf JJ.A.), 2017 ABCA 247, [2017] A.J. No. 808 (QL), 2017 CarswellAlta 1401 (WL Can.), affirming the conviction of the accused for sexual assault. Appeal dismissed.

Jim Edgett, Dean Zuk and Andrew Stewart, for the appellant.

Julie Morgan, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] ABELLA J. — The appeal is dismissed for the reasons of the majority in the Court of Appeal.

Judgment accordingly.

A.G.W. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta
Intimée

RÉPERTORIÉ : R. c. A.G.W.

2018 CSC 9

N° du greffe : 37795.

2018 : 16 février.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Gascon, Côté et Brown.

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

Droit criminel — Appels — Verdict déraisonnable — Interprétation erronée de la preuve — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Conclusion de la Cour d'appel portant que le juge du procès a bien évalué la preuve et que le verdict n'était pas déraisonnable — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, Martin et Strekaf), 2017 ABCA 247, [2017] A.J. No. 808 (QL), 2017 CarswellAlta 1401 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l'accusé. Pourvoi rejeté.

Jim Edgett, Dean Zuk et Andrew Stewart, pour l'appelant.

Julie Morgan, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LA JUGE ABELLA — L'appel est rejeté pour les motifs exposés par les juges majoritaires de la Cour d'appel.

Jugement en conséquence.

*Solicitors for the appellant: Zuk Stewart Edgett
Criminal Barristers, Calgary.*

*Procureurs de l'appelant : Zuk Stewart Edgett
Criminal Barristers, Calgary.*

*Solicitor for the respondent: Justice and Solicitor
General, Appeals, Education & Prosecution Policy
Branch, Calgary.*

*Procureur de l'intimée : Justice and Solicitor
General, Appeals, Education & Prosecution Policy
Branch, Calgary.*

Omar Black *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BLACK

2018 SCC 10

File No.: 37665.

2018: March 13.

Present: Wagner C.J. and Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Judgments — Reasons for judgment — Sufficiency of reasons — Unclaimed suitcase containing cocaine found at airport after arrival of accused's flight — Accused's name on identification tags of suitcase and accused's DNA on sock found in suitcase — Accused convicted of importing cocaine — Court of Appeal affirming conviction — Dissenting judge holding that trial judge failed to make finding of fact as to whether accused knew about cocaine in suitcase — Trial judge's reasons failing to fulfil function of permitting effective appellate review — New trial ordered.

Statutes and Regulations Cited

Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, s. 6(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Weiler, Hourigan and Pardu JJ.A.), 2017 ONCA 599, [2017] O.J. No. 3683 (QL), 2017 CarswellOnt 10794 (WL Can.), affirming the conviction entered by André J., 2016 ONSC 3754, [2016] O.J. No. 3490 (QL), 2016 CarswellOnt 10438 (WL Can.). Appeal allowed.

David Butt and Maija Martin, for the appellant.

Kevin R. Wilson and Sarah Egan, for the respondent.

Omar Black *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. BLACK

2018 CSC 10

N° du greffe : 37665.

2018 : 13 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Procès — Jugements — Motifs — Caractère suffisant des motifs — Valise non réclamée et contenant de la cocaïne découverte à l'aéroport après l'arrivée de l'avion dans lequel se trouvait l'accusé — Valise munie d'étiquettes d'identification au nom de l'accusé et renfermant une chaussette portant l'ADN de ce dernier — Accusé déclaré coupable d'importation de cocaïne — Déclaration de culpabilité confirmée par la Cour d'appel — Juge dissidente concluant que le juge du procès a omis de tirer une conclusion de fait portant que l'accusé connaissait la présence de la cocaïne dans la valise — Motifs de la juge du procès ne remplissant pas leur fonction qui consiste à permettre un examen efficace de sa décision en cas d'appel — Nouveau procès ordonné.

Lois et règlements cités

Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, c. 19, art. 6(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Weiler, Hourigan et Pardu), 2017 ONCA 599, [2017] O.J. No. 3683 (QL), 2017 CarswellOnt 10794 (WL Can.), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par le juge André, 2016 ONSC 3754, [2016] O.J. No. 3490 (QL), 2016 CarswellOnt 10438 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

David Butt et Maija Martin, pour l'appelant.

Kevin R. Wilson et Sarah Egan, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered orally by

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

[1] THE CHIEF JUSTICE — Mr. Black was convicted at trial of importing cocaine into Canada, contrary to s. 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. His appeal against conviction was dismissed by a majority of the Court of Appeal for Ontario, Justice Pardu dissenting.

[1] LE JUGE EN CHEF — Monsieur Black a été déclaré coupable en première instance d’avoir importé de la cocaïne au Canada en contravention du par. 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19. L’appel qu’il a formé à l’encontre de sa déclaration de culpabilité a été rejeté à la majorité par la Cour d’appel de l’Ontario, la juge Pardu étant dissidente.

[2] Mr. Black appeals to this Court as of right.

[2] Monsieur Black se pourvoit de plein droit devant la Cour.

[3] We agree with Justice Pardu that the trial judge’s reasons, even when read as a whole and in the context of the trial record, fail to reveal the basis on which the trial judge concluded that the Crown had proven the mental element of the offence beyond a reasonable doubt. The reasons fail to fulfil the function of permitting effective appellate review.

[3] À l’instar de la juge Pardu, nous sommes d’avis que, même considérés globalement et au regard du dossier dont disposait le juge du procès, les motifs de ce dernier ne révèlent pas les fondements de sa conclusion selon laquelle le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l’élément moral de l’infraction. Les motifs n’ont pas rempli leur fonction consistant à permettre un examen efficace en appel.

[4] The appeal is therefore allowed, and a new trial is ordered.

[4] Le pourvoi est en conséquence accueilli, et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: David Butt, Toronto; Maija Martin, Toronto.

Procureurs de l’appelant : David Butt, Toronto; Maija Martin, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

Procureur de l’intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) Local 773, Karl Lovett, Ken Gelinas, Jeff McPherson, Mark Stobbs, Sean Bristow, Robert Duby, Norm Ball and Fred Bloomfield *Appellants*

v.

Pamela Lawrence *Respondent*

and

Provincial Building and Construction Trades Council of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF ELECTRICAL WORKERS (IBEW) LOCAL 773 v. LAWRENCE

2018 SCC 11

File No.: 37617.

2018: March 20.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Civil procedure — Parties — Addition — Representation order — Plaintiff commencing action for wrongful dismissal against trade union and several union directors — After expiry of limitation period, plaintiff bringing motion for representation order to amend statement of claim to add already named union directors as representatives of all members of union — Motion judge finding that motion was attempt to correct error in title of proceedings rather than attempt to add additional parties after limitation period, and allowing motion — Court of Appeal dismissing appeal — Request for representation order properly characterized as request to correct name of party incorrectly named — Members of union on notice well before expiry of limitation period that plaintiff intended to sue legal entity that they comprise as members — Union and union directors participating in action for over two years and action ready for trial — No further procedural steps required as result of representation order and no prejudice

International Brotherhood of Electrical Workers (IBEW) Local 773, Karl Lovett, Ken Gelinas, Jeff McPherson, Mark Stobbs, Sean Bristow, Robert Duby, Norm Ball et Fred Bloomfield *Appelants*

c.

Pamela Lawrence *Intimée*

et

Conseil provincial des métiers de la construction de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : INTERNATIONAL BROTHERHOOD OF ELECTRICAL WORKERS (IBEW) LOCAL 773 c. LAWRENCE

2018 CSC 11

N° du greffe : 37617.

2018 : 20 mars.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

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

Procédure civile — Parties — Jonction — Ordonnance de représentation — Action pour congédiement injustifié intentée par la demanderesse contre un syndicat et plusieurs administrateurs du syndicat — Dépôt par la demanderesse après l'expiration du délai de prescription d'une motion sollicitant une ordonnance de représentation visant à modifier la déclaration pour joindre à l'action en tant que représentants de tous les membres du syndicat des administrateurs du syndicat déjà nommés — Décision du juge des motions concluant que la demande sollicitait la correction d'une erreur dans l'intitulé de l'acte de procédure plutôt que la jonction de parties additionnelles après l'expiration du délai de prescription, et accueillant la motion — Rejet de l'appel par la Cour d'appel — Demande d'ordonnance de représentation qualifiée à juste titre de demande visant à faire corriger le nom d'une partie incorrectement désignée — Membres du syndicat notifiés bien avant l'expiration du délai de prescription que

to defendants — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 5.04(2), 12.07.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Sharpe, Lauwers and Hourigan J.J.A.), 2017 ONCA 321, 138 O.R. (3d) 129, 2017 CLLC 220-039, [2017] O.J. No. 1944 (QL), 2017 CarswellOnt 5650 (WL Can.), affirming a decision of Hebner J., 2016 ONSC 5129, 6 C.P.C. (8th) 439, [2016] O.J. No. 7191 (QL), 2016 CarswellOnt 21794 (WL Can.). Appeal dismissed, Abella J. dissenting.

Dan J. Shields and Brandin O'Connor, for the appellants.

Tim Gleason, Sean Dewart and Adrienne Lei, for the respondent.

Douglas J. Wray and Jesse Kugler, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BROWN J. — A majority of the Court dismisses the appeal, substantially for the reasons set out in paras. 16, 27 and 28 of Justice Sharpe at the Court of Appeal. Justice Abella, dissenting, would have allowed the appeal for the reasons of Justice Hourigan.

[2] The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Shields O'Donnell MacKillop, Toronto.

Solicitors for the respondent: Dewart Gleason, Toronto.

Solicitors for the intervener: CaleyWray, Toronto.

la demanderesse entendait poursuivre l'entité juridique qu'ils composent en tant que membres — Participation du syndicat et des administrateurs de celui-ci à l'action pendant plus de deux ans et action prête à être instruite — Aucune démarche procédurale additionnelle requise par suite de l'ordonnance de représentation et absence de préjudice subi par les défendeurs — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règle. 194, par. 5.04(2), 12.07.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Sharpe, Lauwers et Hourigan), 2017 ONCA 321, 138 O.R. (3d) 129, 2017 CLLC 220-039, [2017] O.J. No. 1944 (QL), 2017 CarswellOnt 5650 (WL Can.), qui a confirmé une décision de la juge Hebner, 2016 ONSC 5129, 6 C.P.C. (8th) 439, [2016] O.J. No. 7191 (QL), 2016 CarswellOnt 21794 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Abella est dissidente.

Dan J. Shields et Brandin O'Connor, pour les appelants.

Tim Gleason, Sean Dewart et Adrienne Lei, pour l'intimée.

Douglas J. Wray et Jesse Kugler, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BROWN — La Cour, à la majorité, rejette le pourvoi essentiellement pour les motifs énoncés aux par. 16, 27 et 28 par le juge Sharpe de la Cour d'appel. La juge Abella, dissidente, aurait accueilli le pourvoi pour les motifs exposés par le juge Hourigan.

[2] Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants : Shields O'Donnell MacKillop, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Dewart Gleason, Toronto.

Procureurs de l'intervenant : CaleyWray, Toronto.

Bruce Carson *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CARSON

2018 SCC 12

File No.: 37506.

2017: November 3; 2018: March 23.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Fraud on government — Influence peddling — Elements of offence — Accused accepting benefit for another person as consideration for assisting company by calling upon his government contacts to promote sale of product — Whether assistance he promised to provide was in connection with any matter of business relating to government — Meaning of “any matter of business relating to the government” — Whether elements of offence proven — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 121(1)(a)(iii), 121(1)(d)(i).

C was formerly a Senior Advisor in the Office of the Prime Minister. The year following his departure from this position, he agreed to use his government contacts to help H2O Professionals Inc. sell water treatment systems to First Nations. In exchange, H2O promised to pay a commission to his then girlfriend. After this agreement was made, C spoke to government officials in order to promote the purchase of H2O's products. He sought to convince Indian and Northern Affairs Canada to set up a project whereby it would fund the purchase of H2O's products to pilot them in First Nations communities. Sections 121(1)(a)(iii) and 121(1)(d)(i) of the *Criminal Code* criminalize the selling of influence in connection with any matter of business relating to the government. C was charged with influence peddling under s. 121(1)(d). At trial, he took the position that his assistance was not in connection with a matter of business relating to the government. The trial judge agreed and acquitted him on the basis that First Nations, rather than government, decided whether to purchase the type of water treatment systems

Bruce Carson *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. CARSON

2018 CSC 12

N° du greffe : 37506.

2017 : 3 novembre; 2018 : 23 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

Droit criminel — Fraude envers le gouvernement — Trafic d'influence — Éléments de l'infraction — Acceptation par l'accusé d'un bénéfice pour une autre personne en contrepartie de l'aide qu'il devait fournir à une société en se servant de ses contacts au sein du gouvernement pour promouvoir la vente d'un produit — L'aide qu'il avait promis de donner se rapportait-elle à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement? — Sens d'« un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » — Les éléments de l'infraction sont-ils établis? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 121(1)(a)(iii), 121(1)(d)(i).

C était auparavant conseiller principal au cabinet du premier ministre. Un an après avoir quitté ce poste, il a accepté de se servir de ses contacts au sein du gouvernement pour aider H2O Professionals Inc. à vendre des systèmes de traitement de l'eau à des Premières Nations. En échange, H2O a promis de verser une commission à sa petite amie de l'époque. Après avoir conclu cette entente, C a parlé à des représentants du gouvernement afin de promouvoir l'achat des produits de H2O. Il a tenté de convaincre Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) de mettre sur pied un projet dans le cadre duquel AINC financerait l'achat des produits de H2O pour les mettre à l'essai dans des collectivités des Premières Nations. Les sous-alinéas 121(1)(a)(iii) et 121(1)(d)(i) du *Code criminel* érigent en infraction le trafic d'influence concernant un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. C a été accusé de trafic d'influence sur le fondement de l'al. 121(1)(d). Au procès, il a soutenu que l'aide qu'il avait fournie ne concernait pas un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. La juge du procès lui a donné raison et l'a acquitté au

sold by H2O. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal. It set aside the acquittal, entered a verdict of guilty and remitted the matter to the trial judge for sentencing.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: By criminalizing influence peddling, s. 121(1)(d) of the *Criminal Code* strives to preserve both government integrity and the appearance of government integrity. It helps ensure that government activity is driven by the public interest and promotes confidence in our democratic process. Section 121(1)(d) creates a conduct offence. The offence is complete once the accused demands a benefit in exchange for a promise to exercise influence in connection with a matter of business that relates to government. The accused does not need to actually have influence with the government, endeavour to exercise influence, or succeed in influencing government to be found guilty of this offence. The relevant constituent elements of the offence are: having or pretending to have influence with the government, a minister, or an official; directly or indirectly demanding, accepting, or offering or agreeing to accept a reward, advantage or benefit of any kind for oneself or another person; as consideration for the cooperation, assistance, exercise of influence, or an act or omission; in connection with a transaction of business with or any matter of business relating to the government.

The offence under s. 121(1)(d)(i) requires that the promised influence be in fact connected to a matter of business that relates to government. Simply showing that the accused accepted a benefit in exchange for promising to influence government does not suffice to make out the offence. Nevertheless, the phrase “any matter of business relating to the government” must be interpreted broadly. Reading the words of this phrase in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament, a matter of business relates to the government if it depends on government action or could be facilitated by the government, given its mandate. Matters of business relating to the government include

motif que la décision d’acheter les systèmes de traitement de l’eau que vendait H2O revenait non pas au gouvernement, mais aux Premières Nations. La majorité de la Cour d’appel a accueilli l’appel. Elle a annulé l’acquittement, consigné un verdict de culpabilité et renvoyé l’affaire à la juge du procès pour qu’elle détermine la peine.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : En criminalisant le trafic d’influence, l’al. 121(1)d) du *Code criminel* cherche à préserver à la fois l’intégrité du gouvernement et l’apparence d’intégrité du gouvernement. Il contribue ainsi à faire en sorte que l’activité gouvernementale soit dictée par l’intérêt public, en plus de favoriser la confiance en notre processus démocratique. L’alinéa 121(1)d) crée une infraction liée au comportement. L’infraction est consommée dès que l’accusé exige un bénéfice en échange de sa promesse d’user de son influence concernant un sujet d’affaires qui a trait au gouvernement. Il n’est pas nécessaire que l’accusé ait réellement de l’influence auprès du gouvernement, qu’il entreprenne des démarches pour user de son influence ou qu’il réussisse à influencer le gouvernement pour être reconnu coupable de cette infraction. Les éléments constitutifs de l’infraction qui sont pertinents sont les suivants : l’accusé doit avoir ou prétendre avoir de l’influence auprès du gouvernement, d’un ministre ou d’un fonctionnaire; il doit exiger, accepter ou offrir ou convenir d’accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature; en contrepartie d’une collaboration, d’une aide, d’un exercice d’influence ou d’un acte ou d’une omission; concernant la conclusion d’affaires avec le gouvernement ou un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement.

L’infraction prévue au sous-al. 121(1)d)(i) requiert que l’influence promise concerne réellement un sujet d’affaires qui a trait au gouvernement. Le simple fait de prouver que l’accusé a accepté un bénéfice en échange de la promesse d’influencer le gouvernement ne suffit pas pour établir l’infraction. Néanmoins, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » doit recevoir une interprétation large. Si on lit les termes de cette expression dans leur contexte global, en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de loi et l’intention du législateur, un sujet d’affaires a trait au gouvernement s’il dépend d’une intervention du gouvernement ou s’il pourrait être facilité par le gouvernement, compte tenu de son mandat. Les sujets d’affaires ayant trait

publicly funded commercial transactions for which the government could impose or amend terms and conditions that would favour one vendor over others. The phrase “any matter of business relating to the government” must not be restricted to matters of business that can be facilitated by government under its existing operational structure. The offence captures promises to exercise influence to change or expand government programs.

C’s promised assistance was in connection with a matter of business relating to the government. The federal government has the authority to provide services, including clean drinking water, on First Nations reserves. Therefore, it could have facilitated the sale of H2O’s products to First Nations. Although, at the time of the offence, First Nations could have purchased systems such as H2O’s with government funds without obtaining government’s prior approval, the government could have changed its mode of operations, modified its funding structure or terms and conditions, or created new pilot projects in a manner favorable to H2O. Further, it was clear that C believed, at the time he made the agreement, that the sale of H2O’s products to First Nations could be facilitated by the government. By demanding a benefit in exchange for his promise to exercise his influence with the government to H2O’s advantage, C undermined the appearance of government integrity. This is exactly the type of conduct s. 121(1)(d)(i) is intended to prohibit.

Per Côté J. (dissenting): It is a fundamental substantive principle of criminal law that there should be no criminal responsibility if an element of the *actus reus* is missing at the time of the alleged offence. In order to make out the offence under s. 121(1)(d), the Crown must establish, as a distinct element of the offence, the existence of an actual connection with government business. This element should be interpreted narrowly by defining government business by reference to the operational structures of government in place at the time of the offence.

The purpose of s. 121(1)(d) is to preserve the integrity of government. It is not intended to protect the perceived integrity of government, which is the unique purpose underlying s. 121(1)(c). The *quid pro quo* required for all s. 121 offences other than ss. 121(1)(b) and 121(1)(c) is a corrupt practice that carries the potential to undermine government integrity. This requirement signals Parliament’s concern with actual government integrity. In contrast, s. 121(1)(c) (and presumably s. 121(1)(b), a

au gouvernement englobent les opérations commerciales financées à même les deniers publics pour lesquelles le gouvernement pourrait imposer ou modifier les conditions de manière à favoriser un vendeur par rapport à d’autres. L’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » ne doit pas viser uniquement les sujets d’affaires qui pourraient être facilités par celui-ci dans le cadre de sa structure opérationnelle actuelle. L’infraction vise les promesses d’exercer de l’influence pour que l’on modifie ou élargisse des programmes gouvernementaux.

L’aide promise par C concernait un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement. Le gouvernement fédéral a le pouvoir de fournir des services, y compris de l’eau potable, dans les réserves des Premières Nations. Le gouvernement aurait donc pu faciliter la vente des produits de H2O aux Premières Nations. Bien qu’au moment où l’infraction a été commise, les Premières Nations aient pu acheter des systèmes comme celui de H2O avec les fonds fournis par le gouvernement sans obtenir l’obtention préalable de celui-ci, le gouvernement aurait pu modifier son mode de fonctionnement, sa formule ou ses conditions de financement, ou encore lancer de nouveaux projets pilotes d’une manière favorable à H2O. De plus, C croyait de toute évidence, au moment où il a conclu l’entente, que le gouvernement pouvait faciliter la vente des produits de H2O aux Premières Nations. En exigeant un bénéfice en échange de sa promesse d’user de son influence auprès du gouvernement au profit de H2O, C a miné l’apparence d’intégrité du gouvernement, ce qui correspond exactement au type d’actes que le sous-al. 121(1)(d)(i) vise à interdire.

La juge Côté (dissidente) : Il est un principe fondamental du droit criminel qu’il ne saurait y avoir responsabilité criminelle s’il manque un élément de l’*actus reus* au moment de l’infraction reprochée. Pour établir l’infraction prévue à l’al. 121(1)(d), le ministère public doit démontrer l’existence d’un lien réel avec les affaires du gouvernement, en tant qu’élément distinct de l’infraction. Il y a lieu de définir étroitement cet élément en fonction des structures opérationnelles du gouvernement en place au moment de l’infraction.

L’objet de l’al. 121(1)(d) est le maintien de l’intégrité du gouvernement. Cette disposition ne vise pas à protéger la perception d’intégrité du gouvernement, qui est l’unique objet sous-tendant l’al. 121(1)(c). Le *quid pro quo* requis pour toutes les infractions prévues à l’art. 121, à part celles prévues aux al. 121(1)(b) et c), est l’élément de corruption qui est susceptible de miner l’intégrité du gouvernement. Cette exigence dénote le souci du législateur relatif à l’intégrité réelle du gouvernement. Inversement, l’al. 121(1)(c)

mirroring provision) seeks to preserve the integrity of government and the appearance of integrity. No *quid pro quo* is required to establish these offences.

In order to make out the offence under s. 121(1)(d), the Crown must establish, as a distinct element of the offence, that the matter of business contemplated by the agreement actually relates to government. The matter of business must relate to the government in reality and must not merely be believed by the parties to the agreement to relate to the government. This interpretation is supported by a plain reading as well as a purposive and contextual analysis of s. 121(1)(d). It gives full effect to the language of the provision, whereby Parliament very carefully defined the requisite connection to the government. It ensures a consistent interpretation across s. 121 offences. All other offences under s. 121 which do not incorporate s. 121(1)(a)(iii) and (iv) by reference require that the business in question actually relate to the government. The purpose of s. 121(1)(d) confirms that the offence requires an actual connection with government business. It seeks to protect government integrity by criminalizing corrupt agreements, which, if successfully carried out, would pose an actual risk to it. No such risk exists in circumstances where the matter of business in question does not actually relate to the government.

The scope of s. 121(1)(d) should be limited to matters of business that depend on some government approval or action within existing operational structures of government. Section 121(1)(d) creates a conduct offence aimed at deterring behaviour that has the potential to inflict substantive harm, in this case entering into a corrupt agreement. As such, it requires no further action beyond the agreement itself. It follows that any relationship between the matter of business concerned and the government must exist at the time of the agreement. Where the government has intentionally placed matters of business outside of its operational reach, they cannot be said to be matters of government business simply because the government could, at a future date, reclaim control over them. A matter of business will relate to the government only if the operational structures in place at the time of the agreement are such that it depends on some government approval or action.

(et vraisemblablement l'al. 121(1)b), disposition correspondante) vise à préserver l'intégrité du gouvernement et l'apparence d'intégrité. Aucune contrepartie n'est requise pour que ces infractions soient établies.

Afin de prouver l'infraction prévue à l'al. 121(1)d), le ministère public doit établir, en tant qu'élément distinct de l'infraction, que le sujet d'affaires visé par l'entente a réellement trait au gouvernement. Le sujet d'affaires doit avoir trait au gouvernement dans les faits; il ne suffit pas que les parties à l'entente croient que le sujet d'affaires a trait au gouvernement. Cette interprétation est étayée par le sens ordinaire, de même qu'une analyse téléologique et contextuelle, de l'al. 121(1)d). Cette approche donne plein effet aux termes de la disposition par laquelle le législateur a défini très soigneusement le lien requis avec le gouvernement. Ce lien assure une interprétation cohérente des infractions prévues à l'art. 121. Toutes les autres infractions prévues à l'art. 121 qui n'intègrent pas par renvoi les sous-al. 121(1)a)(iii) et (iv) exigent que le sujet d'affaires en question se rapporte réellement au gouvernement. L'objet de l'al. 121(1)d) confirme que l'infraction exige un lien réel avec les affaires du gouvernement. L'alinéa 121(1)d) vise à protéger l'intégrité du gouvernement en criminalisant les ententes malhonnêtes qui poseraient, si elles étaient menées à bien, un risque réel pour l'intégrité. Il n'existe aucun risque de ce genre dans les situations où le sujet d'affaires en cause n'a pas réellement trait au gouvernement.

La portée de l'al. 121(1)d) devrait se limiter aux sujets d'affaires qui dépendent d'une quelconque approbation ou intervention du gouvernement à l'intérieur des structures opérationnelles gouvernementales en place. L'alinéa 121(1)d) crée une infraction liée au comportement qui vise à prévenir les actes susceptibles de causer un préjudice considérable, soit en l'espèce la conclusion d'une entente malhonnête. En conséquence, l'al. 121(1)d) n'exige aucune action autre que l'entente elle-même. Il s'ensuit que le lien, quel qu'il soit, entre le sujet d'affaires visé et le gouvernement doit exister au moment où l'entente est conclue. Lorsque le gouvernement a intentionnellement mis hors de sa portée opérationnelle certains sujets d'affaires, on ne peut affirmer que ceux-ci constituent des sujets d'affaires du gouvernement simplement parce que le gouvernement pourrait, ultérieurement, reprendre le contrôle sur ceux-ci. Un sujet d'affaires n'aura trait au gouvernement que si les structures opérationnelles en place au moment où l'entente est conclue sont telles qu'il dépend d'une quelconque approbation ou intervention du gouvernement.

The agreement between C and H2O was not made in connection with a matter of business relating to the government. The matter of business contemplated by the agreement was the sale of point-of-use water treatment systems to First Nations. The trial judge avoided any reliance on the evidence relating to pilot projects or the *Protocol for Decentralised Water and Wastewater Systems in First Nations Communities*. The Crown did not seek to convict C on the basis that he agreed to use his influence to change government policies. As the federal government had, at the time of the agreement, granted First Nations complete autonomy with regard to the purchase of point-of-use water treatment systems, the agreement cannot be said to be in connection with a matter of business relating to the government.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462; *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448; *R. v. Cogger*, [1997] 2 S.C.R. 845; *R. v. O'Brien* (2009), 249 C.C.C. (3d) 399; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *R. v. Katigbak*, 2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

By Côté J. (dissenting)

R. v. Malmo-Levine, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Cogger*, [1997] 2 S.C.R. 845; *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448; *R. v. Greenwood* (1991), 5 O.R. (3d) 71.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 121, 660, 676(1), 686(4)(b)(ii).
Department of Indian Affairs and Northern Development Act, R.S.C. 1985, c. I-6, s. 4.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 73(1)(f), (k).

L'entente intervenue entre C et H2O ne se rapportait pas à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. Le sujet d'affaires visé par l'entente était la vente aux Premières Nations de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation. La juge du procès n'a aucunement invoqué la preuve relative aux projets pilotes ou au *Protocole pour les systèmes décentralisés d'eau potable et de traitement des eaux usées dans les collectivités des Premières nations*. Le ministère public n'a pas cherché à faire déclarer coupable C pour le motif qu'il avait accepté d'exercer son influence afin que l'on modifie les politiques gouvernementales. Étant donné que le gouvernement fédéral avait, au moment où l'entente a été conclue, accordé aux Premières Nations une autonomie complète quant à l'achat de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation, on ne peut affirmer que l'entente concerne un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *États-Unis d'Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462; *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448; *R. v. Cogger*, [1997] 2 R.C.S. 845; *R. c. O'Brien* (2009), 249 C.C.C. (3d) 399; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *R. c. Katigbak*, 2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

Citée par la juge Côté (dissidente)

R. c. Malmo-Levine, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Cogger*, [1997] 2 R.C.S. 845; *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448; *R. c. Greenwood* (1991), 5 O.R. (3d) 71.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 24(1), 121, 660, 676(1), 686(4)(b)(ii).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, L.R.C. 1985, c. I-6, art. 4.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 73(1)(f), (k).

Authors Cited

Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed. Sydney: LBC Information Services, 1997.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Simmons, Pardu and Miller J.J.A.), 2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164, [2017] O.J. No. 1223 (QL), 2017 CarswellOnt 5574 (WL Can.), setting aside the acquittal entered by Warkentin J., 2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352, [2015] O.J. No. 6007 (QL), 2015 CarswellOnt 17540 (WL Can.), and entering conviction. Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Patrick McCann and Yael Wexler, for the appellant.

Roger Shallow, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe J.J. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Overview

[1] By criminalizing influence peddling, s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, strives to preserve both government integrity and the appearance of government integrity. It helps ensure that government activity is driven by the public interest and promotes confidence in our democratic process. This appeal concerns the interpretation of ss. 121(1)(a)(iii) and 121(1)(d)(i), which criminalize the selling of influence in connection with any matter of business relating to the government.

[2] The appellant, Bruce Carson, agreed to use his government contacts to help H2O Professionals Inc. sell water treatment systems to First Nations. In exchange, H2O promised to pay a commission to his then girlfriend on all sales of these systems

Doctrine et autres documents cités

Gillies, Peter. *Criminal Law*, 4th ed., Sydney, LBC Information Services, 1997.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Simmons, Pardu et Miller), 2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164, [2017] O.J. No. 1223 (QL), 2017 CarswellOnt 5574 (WL Can.), qui a annulé l'acquittement prononcé par la juge Warkentin, 2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352, [2015] O.J. No. 6007 (QL), 2015 CarswellOnt 17540 (WL Can.), et consigné une déclaration de culpabilité. Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Patrick McCann et Yael Wexler, pour l'appelant.

Roger Shallow, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Vue d'ensemble

[1] En criminalisant le trafic d'influence, l'al. 121(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, cherche à préserver à la fois l'intégrité du gouvernement et l'apparence d'intégrité du gouvernement. Il contribue ainsi à faire en sorte que l'activité gouvernementale soit dictée par l'intérêt public, en plus de favoriser la confiance en notre processus démocratique. Le présent pourvoi concerne l'interprétation des sous-al. 121(1)a)(iii) et 121(1)d)(i), qui érigent en infraction le trafic d'influence concernant un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement.

[2] L'appelant, Bruce Carson, a accepté de se servir de ses contacts au sein du gouvernement pour aider la société H2O Professionals Inc. à vendre des systèmes de traitement de l'eau à des Premières Nations. En échange, H2O a promis de verser à sa

to First Nations. After this agreement was made, Mr. Carson spoke to government officials at Indian and Northern Affairs Canada (INAC) in order to promote the purchase of H2O's products for use in First Nations communities.

[3] He was charged with influence peddling under s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*. At trial, he took the position that his assistance was not “in connection with a matter of business relating to the government”.

[4] The trial judge agreed and acquitted him on the basis that First Nations, rather than government, decided whether to purchase the water treatment systems sold by H2O. The Court of Appeal allowed the appeal and substituted a conviction.

[5] In my view, the offence under s. 121(1)(d) requires that the promised influence be in fact connected to a matter of business that relates to government. Furthermore, a matter of business relates to the government if it depends on or could be facilitated by the government, given its mandate. The phrase “any matter of business relating to the government” therefore includes publicly funded commercial transactions for which the government *could* impose or amend terms and conditions that would favour one vendor over others. Governments are not static entities — legislation, policies, and structures delimiting the scope of government activity evolve constantly. “Any matter of business relating to the government” must not be considered strictly with reference to existing government operational and funding structures.

[6] Here, Mr. Carson's promised assistance was in connection with a matter of business relating to the government. While government approval was not required for First Nations to purchase the systems sold by H2O, INAC could have facilitated these

petite amie de l'époque une commission sur toutes les ventes de ces systèmes aux Premières Nations. Après la conclusion de cette entente, M. Carson a parlé à des représentants du gouvernement au ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada (AINC) afin de promouvoir l'achat des produits de H2O en vue de leur utilisation dans les collectivités des Premières Nations.

[3] Il a été accusé de trafic d'influence sur le fondement de l'al. 121(1)d) du *Code criminel*. Au procès, il a soutenu que l'aide qu'il avait fournie ne « concernait [it] [pas] [. . .] un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement ».

[4] La juge du procès lui a donné raison et l'a acquitté au motif que la décision d'acheter les systèmes de traitement de l'eau que vendait H2O revenait non pas au gouvernement, mais aux Premières Nations. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a substitué un verdict de culpabilité à l'acquittement qui avait été prononcé.

[5] À mon avis, l'infraction prévue à l'al. 121(1)d) requiert que l'influence promise concerne réellement un sujet d'affaires qui a trait au gouvernement. De plus, un sujet d'affaires a trait au gouvernement s'il dépend du gouvernement ou s'il pourrait être facilité par celui-ci, compte tenu de son mandat. L'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » englobe donc les opérations commerciales financées à même les deniers publics pour lesquelles le gouvernement *pourrait* imposer ou modifier les conditions de manière à favoriser un vendeur par rapport à d'autres. Les gouvernements ne sont pas des entités statiques : les lois, les politiques et les structures qui circonscrivent la portée de l'activité gouvernementale évoluent constamment. La notion de « sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » ne doit pas être considérée strictement en fonction des structures opérationnelles et de financement gouvernementales déjà en place.

[6] En l'espèce, l'aide promise par M. Carson concernait un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. Même si les Premières Nations n'avaient pas besoin de l'approbation du gouvernement pour acheter les systèmes vendus par H2O, AINC aurait

purchases, for example, by changing its funding terms and conditions to H2O's benefit. It also could, and sometimes did, participate in and fund pilot projects involving water treatment systems for First Nations communities. Indeed, Mr. Carson tried to convince the government to create a pilot project to promote H2O's products.

[7] By demanding a benefit in exchange for his promise to exercise his influence with the government to H2O's advantage, Mr. Carson undermined the appearance of government integrity. This is exactly the type of conduct s. 121(1)(d)(i) is intended to prohibit.

[8] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

II. Facts

[9] The appellant was formerly a Senior Advisor in the Office of the Prime Minister. The year following his departure from this position, he negotiated an agreement with H2O, a company selling point-of-use water treatment systems and water softener systems. The agreement provided that commissions would be paid to Mr. Carson's then girlfriend on all sales of point-of-use water treatment systems to First Nations. The agreement specified that she would receive this commission regardless of whether the First Nations or the Government of Canada paid for the systems. The appellant demanded this commission in exchange for promising to use his government contacts to help H2O sell its products to First Nations.

[10] After making this agreement, Mr. Carson communicated with First Nations leaders, government officials at INAC, and cabinet ministers and their staff regarding H2O's products. INAC advised him that it provided funding to First Nations that could be used towards purchasing point-of-use water systems. However, First Nations had full autonomy in determining how to allocate this funding. That said, INAC sometimes participated in and funded pilot projects

pu faciliter cet achat, par exemple en modifiant ses conditions de financement au profit de H2O. AINC aurait également pu participer à des projets pilotes portant sur des systèmes de traitement de l'eau dans des collectivités des Premières Nations et financer ces projets, ce qu'il avait fait à quelques reprises. D'ailleurs, M. Carson a essayé de convaincre le gouvernement de lancer un projet pilote pour faire la promotion des produits de H2O.

[7] En exigeant un bénéfice en échange de sa promesse d'user de son influence auprès du gouvernement au profit de H2O, M. Carson a miné l'apparence d'intégrité du gouvernement, ce qui correspond exactement au type d'actes que le sous-al. 121(1)(d)(i) vise à interdire.

[8] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

[9] L'appelant était auparavant conseiller principal au cabinet du premier ministre. Un an après avoir quitté ce poste, il a négocié une entente avec H2O, une société qui vend des systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation et des systèmes d'adoucisseur d'eau. L'entente stipulait que des commissions seraient versées à la petite amie de M. Carson à l'époque sur toutes les ventes à des Premières Nations de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation. L'entente précisait qu'elle toucherait cette commission, peu importe que les systèmes soient payés par les Premières Nations ou par le gouvernement du Canada. L'appelant a exigé cette commission en échange de sa promesse d'utiliser ses contacts au sein du gouvernement pour aider H2O à vendre ses produits aux Premières Nations.

[10] Après avoir conclu cette entente, M. Carson a communiqué avec des dirigeants des Premières Nations, des représentants du gouvernement à AINC ainsi que des ministres du cabinet et des membres de leur personnel au sujet des produits de H2O. AINC l'a informé qu'il offrait aux Premières Nations des fonds qui pouvaient servir à l'achat de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation. Les Premières Nations jouissaient cependant d'une

for water treatment systems. Mr. Carson sought to convince INAC to set up a project whereby it would fund the purchase of H2O's products to pilot them in First Nations communities.

[11] Mr. Carson was charged with a fraud against the government contrary to s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*.

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice, 2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352*

[12] At trial, Mr. Carson admitted he was a person who had influence with the government and that he had demanded a benefit for his girlfriend as consideration for using his government contacts to assist H2O in selling its water treatment systems to First Nations communities. However, he denied that his assistance was “in connection with . . . any matter of business relating to the government”. The trial judge, Warkentin J., agreed with Mr. Carson on this point and acquitted him.

[13] In assessing whether Mr. Carson's assistance to H2O was “in connection with . . . any matter of business relating to the government”, the trial judge examined the role INAC played in relation to funding point-of-use water treatment systems on reserves.

[14] She found that INAC's funding structure enabled First Nations communities to independently procure point-of-use water treatment systems, such as those sold by H2O, without INAC's approval (para. 34). They could do so using formula-driven operation and maintenance funds provided annually by INAC to First Nations communities. Given the nature of H2O's water treatment systems, they would not have been funded through INAC's “capital investments” funding stream, for which INAC must approve proposals for funding. INAC also occasionally

autonomie complète pour décider de l'affectation de ces fonds. Cela dit, AINC participait parfois à des projets pilotes portant sur des systèmes de traitement de l'eau et il finançait ces projets. M. Carson a tenté de convaincre AINC de mettre sur pied un projet dans le cadre duquel AINC financerait l'achat des produits de H2O pour les mettre à l'essai dans des collectivités des Premières Nations.

[11] M. Carson a été accusé de fraude envers le gouvernement, une infraction à l'al. 121(1)d) du *Code criminel*.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352*

[12] Au procès, M. Carson a admis qu'il était une personne ayant de l'influence auprès du gouvernement et qu'il avait exigé un bénéfice pour sa petite amie en contrepartie de l'utilisation de ses contacts au sein du gouvernement pour aider H2O à vendre ses systèmes de traitement de l'eau à des collectivités des Premières Nations. Il a toutefois nié que l'aide qu'il avait fournie « concerna[it] [. . .] un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement ». En première instance, la juge Warkentin lui a donné raison sur ce point et l'a acquitté.

[13] Pour décider si l'aide fournie par M. Carson à H2O « concerna[it] [. . .] un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement », la juge du procès a examiné le rôle que jouait AINC dans le financement des systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation à l'intérieur des réserves.

[14] Elle a conclu que la structure de financement d'AINC permettait aux collectivités des Premières Nations de se procurer de façon autonome des systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation, comme ceux vendus par H2O, sans obtenir l'approbation d'AINC (par. 34). Les collectivités des Premières Nations pouvaient le faire en puisant dans des fonds de fonctionnement et d'entretien qu'AINC leur fournissait chaque année sur la base d'une formule. Compte tenu de la nature des systèmes de traitement de l'eau de H2O, ils n'auraient pas pu

contributed to the funding of pilot projects involving water treatment technologies. The trial judge found that a pilot project to which H2O's technologies might have related was a burgeoning partnership between INAC and the Province of Ontario's Ministry of Environment to pilot drinking water technologies in certain First Nations communities.

[15] Since First Nations did not require INAC's approval to procure the systems sold by H2O and INAC did not purchase these systems directly for First Nations, the trial judge concluded that Mr. Carson's assistance to H2O was not "in connection with . . . any matter of business relating to the government" (para. 95). As such, she held that his conduct was not captured by s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*.

B. *Court of Appeal of Ontario, 2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164*

[16] Writing for the majority of the Court of Appeal, Pardu J.A. allowed the appeal. The majority concluded that the trial judge erred in law by interpreting s. 121(1)(d) so narrowly as to effectively confine its scope to transactions to which the government is a party. On its interpretation, the mischief targeted by this offence is the acceptance of a benefit as consideration for the exercise of influence with the government. The majority reasoned that "exercising influence on government officials in order 'to push through [H2O's] water treatment products to First Nation Bands' is a 'matter of business relating to the government'" (para. 50). The majority set aside the acquittal and entered a guilty verdict.

être financés par le biais du volet de financement des « dépenses en immobilisations » d'AINC, dont les propositions de financement doivent être approuvées par AINC. AINC contribuait également à l'occasion au financement de projets pilotes portant sur des technologies de traitement de l'eau. La juge du procès a conclu qu'un exemple de projet pilote auquel les technologies de H2O auraient pu être associées était une amorce de partenariat entre AINC et le ministère de l'Environnement de la province de l'Ontario pour mettre à l'essai des technologies d'approvisionnement en eau potable dans certaines collectivités des Premières Nations.

[15] Comme les Premières Nations n'avaient pas à obtenir l'approbation d'AINC pour se procurer les systèmes vendus par H2O et comme AINC n'achetait pas ces systèmes directement pour les Premières Nations, la juge du procès a conclu que l'aide offerte par M. Carson à H2O ne « concernait [it] [pas] [. . .] un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » (par. 95). Elle a par conséquent jugé que les agissements de M. Carson échappaient à l'application de l'al. 121(1)d) du *Code criminel*.

B. *Cour d'appel de l'Ontario, 2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164*

[16] S'exprimant au nom de la majorité de la Cour d'appel, la juge Pardu a fait droit à l'appel. La majorité a conclu que la juge du procès avait commis une erreur de droit en interprétant si étroitement l'al. 121(1)d) qu'elle en avait effectivement limité la portée aux opérations auxquelles le gouvernement est partie. Selon l'interprétation de la majorité, l'acte répréhensible que cette infraction est censée réprimer est le fait d'accepter un bénéfice en échange de l'exercice d'influence auprès du gouvernement. Les juges majoritaires ont expliqué que [TRADUCTION] « le fait d'user de son influence auprès de représentants du gouvernement "pour favoriser la vente des produits de traitement de l'eau [de H2O] auprès des bandes des Premières Nations" est un "sujet d'affaires ayant trait au gouvernement" » (par. 50). La majorité a annulé l'acquiescement et a rendu un verdict de culpabilité.

[17] In dissent, Simmons J.A. held that the trial judge made no error of law in finding that Mr. Carson's conduct had not been proven to fall within the scope of s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*. The trial judge's conclusion that there was no "matter of business relating to the government" was substantiated by her finding that INAC did not have the authority to approve or purchase H2O's products. She would have dismissed the appeal.

IV. Analysis

A. *Interpretation*

[18] Section 121(1)(d) provides that:

121 (1) Every one commits an offence who

...

(d) having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept, for themselves or another person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including themselves, to an office;

Subparagraphs (iii) and (iv) of s. 121(1)(a) provide as follows:

(iii) the transaction of business with or any matter of business relating to the government, or

(iv) a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow . . .

[19] The appellant, Mr. Carson, admitted to having influence with the government. He also admitted that he demanded a benefit for another person as

[17] La juge Simmons, dissidente, a estimé que la juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit en concluant qu'il n'avait pas été démontré que les agissements de M. Carson tombaient sous le coup de l'al. 121(1)d) du *Code criminel*. La conclusion de la juge du procès suivant laquelle il n'y avait pas de « sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » était confirmée par sa conclusion qu'AINC n'avait pas le pouvoir d'acheter ou d'approuver l'achat des produits de H2O. La juge Simmons aurait rejeté l'appel.

IV. Analyse

A. *Interprétation*

[18] L'alinéa 121(1)d) dispose :

121 (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas :

...

(d) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre, ou convient d'accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant :

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

Les sous-alinéas 121(1)a)(iii) et (iv) sont ainsi libellés :

(iii) soit la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement,

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder . . .

[19] L'appelant, M. Carson, a admis avoir de l'influence auprès du gouvernement. Il a également admis avoir exigé un bénéfice pour une autre personne

consideration for assisting H2O by calling upon his government contacts to promote the sale of its water treatment systems to First Nations. The sole issue in this appeal is whether the assistance he promised to provide was in connection with “any matter of business relating to the government”.

[20] This general question gives rise to two specific questions. The first concerns the role the phrase “in connection with . . . any matter of business relating to the government” plays in the s. 121(1)(d) offence. For the offence to be made out, must the promised influence be *actually* connected to a matter of business relating to the government? The second question pertains to the scope of “any matter of business relating to the government”. How broadly should this phrase be interpreted?

[21] The appellant submits that the trial judge correctly interpreted “any matter of business relating to the government” to exclude matters in which the government has no direct interest, given that such matters do not affect government integrity. According to this logic, “any matter of business relating to the government” does not extend to business with entities such as First Nations that receive government funding if the government has no authority to approve the transaction in question. This interpretation limits the offence to agreements that concern matters of business that depend on some government approval or action within existing government operations.

[22] The respondent, Her Majesty the Queen, submits that “any matter of business relating to the government” must be interpreted broadly in order to preserve government integrity and the appearance of government integrity. In the Crown’s view, the majority of the Court of Appeal correctly interpreted the provision as criminalizing the “acceptance of a benefit in exchange for a promise to influence government” (appeal judgment, at para. 35). Therefore, Mr. Carson is guilty of the offence under s. 121(1)(d)

en contrepartie de l’aide qu’il devait fournir à H2O en se servant de ses contacts au sein du gouvernement pour promouvoir la vente des systèmes de traitement de l’eau d’H2O à des Premières Nations. La seule question en litige en l’espèce est celle de savoir si l’aide qu’il a promise concernait « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ».

[20] Cette question générale en soulève deux plus précises. La première intéresse le rôle que joue l’expression « concernant [. . .] un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » dans l’infraction prévue à l’al. 121(1)d). Pour que l’infraction soit établie, l’influence promise doit-elle être *réellement* liée à un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement? La seconde question se rapporte à la portée de « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». À quel point cette expression doit-elle recevoir une interprétation large?

[21] L’appelant affirme que la juge du procès a interprété à juste titre l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » comme ne visant pas les affaires dans lesquelles le gouvernement n’a pas d’intérêt direct, étant donné que ces questions n’ont pas d’incidence sur l’intégrité du gouvernement. Suivant cette logique, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » ne s’étend pas aux affaires menées avec des entités comme les Premières Nations qui reçoivent des deniers publics si le gouvernement n’a pas le pouvoir d’approuver l’opération en cause. Cette interprétation a pour effet de limiter la portée de l’infraction aux ententes qui concernent des affaires dépendant d’une quelconque approbation ou intervention du gouvernement dans le cadre d’activités gouvernementales en cours.

[22] L’intimée, Sa Majesté la Reine, soutient que l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » doit être interprétée de façon large pour préserver l’intégrité du gouvernement et l’apparence d’intégrité du gouvernement. De l’avis du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont interprété à bon droit la disposition en question en considérant qu’elle criminalisait [TRADUCTION] « le fait pour une personne d’accepter un bénéfice en échange de sa promesse d’user de son influence

simply because he demanded a benefit as consideration for influencing government to H2O's advantage. The Crown argues that, in any event, the co-ordination and supervision provided by INAC in government-funded pilot projects in this case brought the assistance promised by the appellant within the scope of the phrase "any matter of business relating to the government".

[23] For the reasons that follow, I conclude that the promised influence must be *actually* connected to a matter of business relating to the government for the offence to be made out. Accordingly, the relevant constituent elements of the offence in this case are:

1. having or pretending to have influence with the government, a minister, or an official
2. directly or indirectly demanding, accepting, or offering or agreeing to accept a reward, advantage or benefit of any kind for oneself or another person;
3. as consideration for the cooperation, assistance, exercise of influence, or an act or omission;
4. in connection with a transaction of business with or any matter of business relating to the government.

[24] I also conclude that the phrase "any matter of business relating to the government" must be interpreted broadly. A matter of business relates to the government if it depends on government action or could be facilitated by government, given its mandate. Thus, s. 121(1)(d) captures promises to exercise influence to change or expand government programs.

auprès du gouvernement » (jugement de la Cour d'appel, par. 35). M. Carson est donc coupable de l'infraction prévue à l'al. 121(1)d) du simple fait qu'il a exigé un bénéfice en contrepartie de l'exercice de son influence auprès du gouvernement au profit d'H2O. Le ministère public fait valoir qu'en tout état de cause, la coordination et l'encadrement assurés par AINC dans les projets pilotes financés par le gouvernement en l'espèce font en sorte que l'aide promise par l'appelant répondait à la définition de « sujet d'affaires ayant trait au gouvernement ».

[23] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l'influence promise doit être *réellement* liée à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement pour que l'infraction soit établie. En conséquence, les éléments constitutifs de l'infraction qui nous intéressent en l'espèce sont les suivants :

1. l'accusé doit avoir ou prétendre avoir de l'influence auprès du gouvernement, d'un ministre ou d'un fonctionnaire;
2. il doit exiger, accepter ou offrir ou convenir d'accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature;
3. en contrepartie d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission;
4. concernant la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement.

[24] Je conclus également que l'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » doit recevoir une interprétation large. Un sujet d'affaires a trait au gouvernement s'il dépend d'une intervention du gouvernement ou s'il pourrait être facilité par celui-ci, compte tenu de son mandat. Ainsi, l'al. 121(1)d) vise les promesses d'exercer de l'influence pour que l'on modifie ou élargisse des programmes gouvernementaux.

(1) What Role Does the Phrase “in Connection With . . . Any Matter of Business Relating to the Government” Play in This Offence?

[25] In *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, a majority of this Court characterized the offence created by the neighboring provision, s. 121(1)(c), as a conduct offence because it criminalizes certain types of conduct even where the accused’s behaviour causes no substantive harm (para. 22). Like s. 121(1)(c), s. 121(1)(d) sets out a conduct offence. It criminalizes the *selling* of influence in connection with any matter of business relating to the government. The accused does not need to actually have influence with the government, endeavour to exercise influence, or succeed in influencing government to be found guilty of this offence. Indeed, the text of s. 121(1)(d) explicitly targets everyone “having or pretending to have influence with the government”. The offence is complete once the accused demands a benefit in exchange for a promise to exercise influence in connection with a matter of business that relates to government.

[26] While “any matter of business relating to the government” must be interpreted broadly, I cannot accept the majority of the Court of Appeal’s conclusion, which was endorsed in the Crown’s submissions before this Court, that the offence is made out simply if the accused accepts a benefit in exchange for promising to influence government (appeal judgment, at para. 35). Some meaning must be given to the requirement that the promised influence be “in connection with . . . any matter of business relating to the government”. It should indeed be presumed that this phrase was deliberately included in the texts describing the offence (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3rd ed. 2016), at pp. 43 and 136-38). As Côté J. highlights, had the legislature merely intended to criminalize the selling of influence with government, regardless of whether the promised influence is actually connected to a matter of business relating to the government, it could have omitted the

(1) Quel rôle joue l’expression « concernant [. . .] un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » dans cette infraction?

[25] Dans l’arrêt *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, les juges majoritaires de la Cour ont qualifié l’infraction créée par la disposition voisine, l’al. 121(1)c), de crime lié au comportement parce qu’elle criminalise certains actes sans qu’il soit nécessaire que le comportement de l’accusé cause effectivement un préjudice (par. 22). À l’instar de l’al. 121(1)c), l’al. 121(1)d) prévoit une infraction liée au comportement. Il érige en infraction le *trafic* d’influence concernant un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement. Il n’est pas nécessaire que l’accusé ait réellement de l’influence auprès du gouvernement, qu’il entreprenne des démarches pour user de son influence ou qu’il réussisse à influencer le gouvernement pour être reconnu coupable de cette infraction. D’ailleurs, le texte de l’al. 121(1)d) vise en termes exprès quiconque « ayant ou prétendant avoir de l’influence auprès du gouvernement ». L’infraction est consommée dès que l’accusé exige un bénéfice en échange de sa promesse d’user de son influence concernant un sujet d’affaires qui a trait au gouvernement.

[26] Bien que l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » doive être interprétée de façon large, je ne puis retenir la conclusion de la majorité de la Cour d’appel que le ministère public a reprise à son compte dans les observations qu’il a formulées devant notre Cour et suivant laquelle l’infraction est établie dès lors que l’accusé accepte un bénéfice en échange de sa promesse d’user de son influence auprès du gouvernement (jugement de la Cour d’appel, par. 35). Il faut donner un sens à la condition voulant que l’influence promise « concern[e] [. . .] un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». Il y a d’ailleurs lieu de présumer que cette expression a délibérément été insérée dans la disposition législative qui décrit l’infraction (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3^e éd. 2016), p. 43 et 136-138). Comme le souligne la juge Côté, si le législateur souhaitait simplement criminaliser le trafic d’influence auprès du gouvernement indépendamment de la question de

reference to s. 121(1)(a)(iii) and drafted the offence as applying to

every one who, having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, directly or indirectly demands, accepts, or offers or agrees to accept, for themselves or another person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the exercise of that influence. [Emphasis in original; para. 66.]

[27] Furthermore, a contextual reading of ss. 121(1)(a)(iii) and 121(1)(d) supports the conclusion that the promised influence must *actually* be connected to a matter of business that relates to government. The other offences set out in s. 121(1) only criminalize conduct that has an actual nexus with government. For these offences to be made out, one of the parties must work for government (or be related to someone who does) or have made a tender to obtain a contract from government. In contrast, s. 121(1)(d) criminalizes agreements between parties who may have no connection to government, given that this offence can be committed by someone who merely pretends to have influence with government. Interpreting s. 121(1)(d) harmoniously with the other offences set out in s. 121(1) indicates that the promised assistance must in fact concern a matter of business that depends on government or that government could facilitate.

[28] As I shall discuss below, the purpose of this provision is to preserve both government integrity and the appearance of government integrity. While this purpose is broad, it cannot override the explicit language of the provision, which requires that the promised influence be connected to a matter of business relating to the government. In fact, this requirement calibrates the scope of the offence to its dual purpose. Given that the offence can be committed by someone who does not have influence with government, this requirement connects the conduct of an individual *outside* of government *to* the government.

savoir si l'influence promise est réellement liée à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement, il aurait pu omettre la mention du sous-al. 121(1)a(iii) et déclarer que l'infraction s'applique à

quiconque ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre, ou convient d'accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie de l'exercice de cette influence. [Souligné dans l'original; par. 66.]

[27] De plus, une interprétation contextuelle du sous-al. 121(1)a(iii) et de l'al. 121(1)d appuie la conclusion selon laquelle l'influence promise doit être *réellement* liée à un sujet d'affaires qui a trait au gouvernement. Les autres infractions prévues au par. 121(1) ne criminalisent que les actes qui ont un lien réel avec le gouvernement. Pour qu'une de ces infractions soit établie, il faut que l'une des personnes en cause travaille pour le gouvernement (ou soit liée à une personne qui l'est) ou qu'elle ait présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat du gouvernement. En revanche, l'al. 121(1)d criminalise les ententes conclues entre des personnes qui n'ont peut-être aucun lien avec le gouvernement, étant donné que cette infraction peut être commise par une personne qui prétend simplement avoir de l'influence auprès du gouvernement. L'interprétation harmonieuse de l'al. 121(1)d et des autres infractions prévues au par. 121(1) indique que l'aide promise doit porter dans les faits sur un sujet d'affaires qui dépend du gouvernement ou que le gouvernement pourrait faciliter.

[28] Comme je vais l'expliquer ci-après, cette disposition a pour objet de préserver à la fois l'intégrité du gouvernement et l'apparence d'intégrité du gouvernement. Cet objet est certes large, mais il ne saurait écarter le libellé explicite de la disposition, lequel exige que l'influence promise soit liée à un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. En fait, cette exigence fait cadrer la portée de l'infraction avec son double objectif. Comme l'auteur de l'infraction peut être quelqu'un qui n'a aucune influence auprès du gouvernement, cette exigence établit un lien entre la conduite de l'individu qui *ne fait pas partie* du

It ensures that agreements that are so unrelated to the government that they have no potential to affect public confidence in government do not attract criminal liability. Thus, in my view, while the offence is complete upon reaching the agreement, the phrase “any matter of business relating to the government” qualifies the nature of the influence promised by the accused. As such, it is essential that the agreement actually be “in connection with” a matter of business relating to the government.

[29] In short, where the influence sold is connected to a matter of business that is not in fact related to the government, the offence under s. 121(1)(d) is not made out. However, if the accused *subjectively* believes that the promised influence is connected to a matter of business that relates to the government, but the offence cannot be proven, solely because the matter of business does not *in fact* relate to government, a judge may find the accused guilty of an attempt to commit the s. 121(1)(d) offence (*Criminal Code*, ss. 24(1) and 660; see also *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at para. 74). Indeed, the impossibility of committing one of the essential elements of the offence is not a barrier to a conviction for an attempt to commit that offence under s. 24(1) of the *Criminal Code* (*Dynar*, at para. 67). For the offence set out in s. 121(1)(d), the law of attempt thus ensures that those who are paid to exercise influence in connection with a matter of business that they believe relates to the government will not escape criminal liability.

(2) What Is the Scope of the Phrase “Any Matter of Business Relating to the Government”?

[30] Having concluded that the offence under s. 121(1)(d) is only made out where the promised influence is *actually* connected to a matter of business that relates to government, a second question arises: What is the scope of the phrase “any matter of business relating to the government”?

gouvernement *et* le gouvernement. Elle garantit que les ententes ayant si peu à voir avec le gouvernement qu’elles ne risquent pas de miner la confiance du public envers le gouvernement n’engagent pas la responsabilité criminelle. Par conséquent, j’estime que, même si l’infraction est consommée à la conclusion de l’entente, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » qualifie la nature de l’influence promise par l’accusé. Il est donc essentiel que l’entente « concerne » réellement un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement.

[29] Bref, lorsque le trafic d’influence concerne un sujet d’affaires qui n’a pas trait en réalité au gouvernement, l’infraction prévue à l’al. 121(1)d) n’est pas établie. Or, si l’accusé croit *subjectivement* que l’influence promise concerne un sujet d’affaires qui a trait au gouvernement, mais que l’infraction ne peut pas être établie, uniquement parce que le sujet d’affaires n’a pas trait *en réalité* au gouvernement, le juge peut déclarer l’accusé coupable de tentative de commettre l’infraction prévue à l’al. 121(1)d) (*Code criminel*, par. 24(1) et art. 660; voir également *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 74). D’ailleurs, l’impossibilité de commettre l’un des éléments essentiels de l’infraction n’est pas un obstacle à une déclaration de culpabilité pour tentative de commettre cette infraction au sens du par. 24(1) du *Code criminel* (*Dynar*, par. 67). En ce qui concerne l’infraction prévue à l’al. 121(1)d), les règles de droit applicables à la tentative empêchent donc les personnes payées pour user de leur influence concernant un sujet d’affaires qu’elles croient avoir trait au gouvernement d’échapper à leur responsabilité criminelle.

(2) Quelle est la portée de l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement »?

[30] Étant donné la conclusion selon laquelle l’infraction prévue à l’al. 121(1)d) n’est établie que lorsque l’influence promise est *réellement* liée à un sujet d’affaires qui a trait au gouvernement, une seconde question se pose : Quelle est la portée de l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement »?

[31] The trial judge interpreted the phrase “in connection with . . . the transaction of business with or any matter of business relating to the government” as restricted to transactions to which the government was a party or that it had the authority to approve within its existing operations (para. 97). She therefore reviewed the appellant’s conduct and INAC’s operations extensively.

[32] As I will explain, I think the trial judge interpreted “any matter of business relating to the government” too narrowly. Reading the words of this phrase in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament, I conclude that a matter of business relates to the government if it depends on government action or could be facilitated by the government, given its mandate.

[33] Turning first to the language of the provision, the juxtaposition in s. 121(1)(a)(iii) of “any matter of business relating to the government” with “transaction of business with . . . the government” shows that the former must be different from the latter. A “transaction of business with . . . the government” is a transaction to which the government is a direct party. For instance, in *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448, government contracts were found to constitute transactions of business with the government (p. 463). As the Court of Appeal rightly acknowledged in the case at hand, “[i]f the second phrase is to have meaning, it must go beyond the scope of the first phrase, which pertains to business transactions to which the government is a direct party” (para. 34).

[34] There is no need in this case to determine whether the term “business” can be read in a non-commercial sense. At the very least, “any matter of business” must encompass commercial matters. Indeed, in *R. v. Cogger*, [1997] 2 S.C.R. 845, obtaining government grants for businesses was treated as a matter of business relating to the government

[31] Suivant l’interprétation que la juge du procès lui a donnée, l’expression « concernant [. . .] la conclusion d’affaires avec le gouvernement ou un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » ne viserait que les opérations auxquelles le gouvernement était partie ou celles qu’il avait le pouvoir d’approuver dans le cadre de ses activités en cours (par. 97). Elle a donc procédé à un examen approfondi des agissements de l’appelant et des activités d’AINC.

[32] Comme je vais l’expliquer, je crois que la juge du procès a interprété de façon trop étroite l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». En lisant les termes de cette expression dans leur contexte global, en suivant leur sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de loi et l’intention du législateur, je conclus qu’un sujet d’affaires a trait au gouvernement s’il dépend d’une intervention du gouvernement ou s’il pourrait être facilité par le gouvernement, compte tenu de son mandat.

[33] En ce qui concerne tout d’abord les termes de la disposition qui nous intéresse, la juxtaposition au sous-al. 121(1)a)(iii) de l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » et de l’expression « la conclusion d’affaires avec le gouvernement » indique que la première doit être différente de la seconde. « [L]a conclusion d’affaires avec le gouvernement » suppose que le gouvernement est directement partie à l’opération. Par exemple, dans l’affaire *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448, la signature de contrats avec le gouvernement a été considérée comme une conclusion d’affaires avec celui-ci (p. 463). Comme la Cour d’appel l’a reconnu à juste titre dans le cas qui nous occupe, [TRADUCTION] « [p]our que la seconde expression ait un sens, elle doit avoir une portée plus large que la première expression, qui concerne des opérations commerciales auxquelles le gouvernement est directement partie » (par. 34).

[34] Il n’est pas nécessaire en l’espèce de décider si le mot « affaires » peut recevoir une acception non commerciale. L’expression « un sujet d’affaires » doit englober à tout le moins des affaires commerciales. D’ailleurs, dans l’arrêt *R. c. Cogger*, [1997] 2 R.C.S. 845, l’obtention de subventions gouvernementales pour des entreprises a été considérée

within the meaning of s. 121(1)(a)(iii) (paras. 2-3 and 30).

[35] In this case, Mr. Carson promised to influence government in connection with a commercial transaction — H2O’s sale of point-of-use water systems to First Nations. The only question here is whether this commercial transaction relates to the government.

[36] The trial judge’s narrow interpretation of ss. 121(1)(a)(iii) and 121(1)(d) is at odds with the expansive language of these provisions. “In connection with”, “any”, and “relating to” are broad terms that appear to go beyond transactions that require government approval. The use of such broad terms suggests that a commercial transaction for which government approval is not required still relates to the government if this transaction *could* be facilitated by government, given its mandate.

[37] The nature of the offence set out in s. 121(1)(d) also supports a broad interpretation of “any matter of business relating to the government”. As explained above, s. 121(1)(d) creates a conduct offence which criminalizes the selling of influence, even if the accused takes no subsequent steps to influence government. Thus, a restrictive interpretation of “any matter of business relating to the government”, an interpretation which would narrowly focus on whether the accused could have successfully influenced the government given its existing operations, is at odds with the nature of this offence.

[38] The broad purpose of the provision also undermines the trial judge’s interpretation. Like s. 121(1)(c), s. 121(1)(d) aims to preserve both government integrity and the appearance of government integrity (*Giguère*, at p. 462; *Hinchey*, at paras. 13 and 16; *R. v. O’Brien* (2009), 249 C.C.C. (3d) 399 (Ont. S.C.J.), at para. 52). Even people who have no actual

comme un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement au sens du sous-al. 121(1)a)(iii) (par. 2-3 et 30).

[35] Dans la présente affaire, M. Carson a promis d’influencer le gouvernement à l’égard d’une opération commerciale, en l’occurrence la vente par H2O de systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation à des Premières Nations. La seule question qui se pose en l’espèce est de savoir si cette opération commerciale a trait au gouvernement.

[36] L’interprétation étroite que la juge du procès donne du sous-al. 121(1)a)(iii) et de l’al. 121(1)d) cadre mal avec la formulation large de ces dispositions. Les mots « concernant » et « ayant trait à », tout comme le mot « *any* » (tout) dans la version anglaise de la disposition, sont des termes généraux dont la signification ne semble pas se limiter aux opérations qui nécessitent l’approbation du gouvernement. L’emploi de mots aussi généraux donne à penser qu’une opération commerciale pour laquelle l’approbation du gouvernement n’est pas requise a tout de même trait au gouvernement si cette opération *pourrait* être facilitée par le gouvernement, compte tenu de son mandat.

[37] La nature de l’infraction prévue à l’al. 121(1)d) étaye elle aussi une interprétation large de l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». Comme je l’ai expliqué plus haut, l’al. 121(1)d) crée une infraction liée au comportement qui criminalise le trafic d’influence même dans les cas où l’accusé ne fait rien de plus par la suite pour influencer le gouvernement. Ainsi, une interprétation restrictive de l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » qui intéresse exclusivement la question de savoir si l’accusé aurait pu parvenir à influencer le gouvernement compte tenu des activités actuelles de ce dernier cadre mal avec la nature de cette infraction.

[38] L’objet général de la disposition discrédite lui aussi l’interprétation de la juge du procès. À l’instar de l’al. 121(1)c), l’al. 121(1)d) vise à préserver à la fois l’intégrité du gouvernement et l’apparence d’intégrité du gouvernement (*Giguère*, p. 462; *Hinchey*, par. 13 et 16; *R. c. O’Brien* (2009), 249 C.C.C. (3d) 399 (C.S.J. Ont.), par. 52). Même les gens qui n’ont

influence with government, and people who take no steps to influence government, can be guilty of this offence, which shows that its purpose is not limited to preserving government integrity. As this Court's jurisprudence on both judicial independence and the impartiality of the public service demonstrates, the appearance of integrity, impartiality, and independence are tied to actual integrity, impartiality, and independence (for judicial independence and apprehension of bias, see e.g. *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pp. 140-41; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paras. 131 and 133; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at para. 69; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 45; for the impartiality of government officials, see e.g. *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 470). Therefore, the broad purpose of s. 121(1)(d) belies a narrow interpretation of "any matter of business relating to the government". Government integrity and the appearance of government integrity are undermined when people are paid to persuade government to facilitate transactions to one party's advantage, even if government approval is not required for the transaction to proceed.

[39] A broad interpretation of "any matter of business relating to the government" is also consistent with the placement of s. 121(1)(d) in the section of the *Criminal Code* that criminalizes "Frauds on the government". The offences in this section target dishonest behaviour by members of government and by the people that may attempt to influence them. The behaviour criminalized by this section risks depriving citizens of a true democracy predicated on free and open access to government. Corruption and the sale of influence, whether real or apparent, with government may undermine the integrity and transparency that are crucial to democracy. Where a person accepts a benefit in exchange for a promise to influence the

aucune véritable influence auprès du gouvernement et ceux qui ne font rien pour l'influencer peuvent être reconnus coupables de cette infraction, ce qui démontre que celle-ci ne vise pas seulement à préserver l'intégrité du gouvernement. Comme la jurisprudence de notre Cour portant sur l'indépendance judiciaire ou sur l'impartialité de la fonction publique le démontre, l'apparence d'intégrité, d'impartialité et d'indépendance a un lien avec l'intégrité, l'impartialité et l'indépendance réelles (en ce qui concerne l'indépendance judiciaire et la crainte de partialité, voir, p. ex., *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 140-141; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, par. 131 et 133; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, par. 69; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 45; pour ce qui est de l'impartialité des représentants du gouvernement, voir, p. ex., *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, p. 470). Par conséquent, l'objet général de l'al. 121(1)d) est incompatible avec une interprétation étroite de l'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement ». L'intégrité du gouvernement et l'apparence d'intégrité du gouvernement sont mises à mal lorsque des gens sont payés pour convaincre le gouvernement de faciliter des opérations au profit de quelqu'un, et ce, même si l'approbation du gouvernement n'est pas nécessaire pour que l'opération se matérialise.

[39] Une interprétation large de l'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » s'accorde par ailleurs avec le fait que l'al. 121(1)d) se trouve dans l'article du *Code criminel* qui érige en infractions les « Fraudes envers le gouvernement ». Les infractions prévues à cet article visent les comportements malhonnêtes des membres du gouvernement et des gens qui peuvent tenter de les influencer. Les comportements criminalisés par cet article risquent de priver les citoyens d'une véritable démocratie fondée sur la liberté d'accès au gouvernement. La corruption et le trafic d'influence auprès du gouvernement, réels ou apparents, sont susceptibles de nuire à l'intégrité et à la transparence qui sont essentielles

government to change its policies or funding structure, they flout the notion that government decision-making should not be the object of commerce (see *Giguère*, at p. 464). Interpreting s. 121(1)(a)(iii) — as incorporated into s. 121(1)(d)(i) — in harmony with surrounding provisions suggests that “any matter of business relating to the government” should be read broadly and purposively.

[40] For these reasons, “any matter of business relating to the government” is not limited to matters in which government plays a direct approval role. It includes a matter of business in which government could play a role even if it does not do so at the time the offence is committed. A matter of business relates to the government if it depends on government action or could be facilitated by the government, given its mandate. Therefore, it includes purchases funded by the government for which the government *could* impose or amend terms and conditions that would promote a specific transaction. As counsel for the appellant recognized before this Court, s. 121(1)(d)(i) captures agreements whereby the accused, having or pretending to have influence with the government, accepts a benefit as consideration for exercising his influence to change an agency’s operational structure in order to facilitate a transaction or result.

[41] In sum, the phrase “any matter of business relating to the government” must not be restricted to matters of business that depend on some government action or can be facilitated by government under its existing operational structure. But while the phrase “any matter of business relating to the government” must be interpreted broadly, this is not to suggest that the scope of s. 121(1)(d) is without limits. While we need not determine the exact limits of the phrase in this case, it would clearly exclude matters that have no plausible connection with the government’s mandate. Furthermore, the fact that an entity receives

à la démocratie. Lorsqu’une personne accepte un bénéfice en échange de sa promesse d’influencer le gouvernement pour qu’il modifie ses politiques ou sa structure de financement, elle bafoue l’idée que la prise de décision gouvernementale ne devrait pas être l’objet d’un commerce (voir l’arrêt *Giguère*, p. 464). L’interprétation du sous-al. 121(1)a)(iii) — incorporé à l’al. 121(1)d)(i) — en harmonie avec les dispositions qui l’entourent tend à indiquer que l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » devrait recevoir une interprétation large et téléologique.

[40] Pour ces motifs, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » n’englobe pas uniquement les affaires à l’égard desquelles le gouvernement exerce directement une fonction d’approbation. Il s’agit notamment d’un sujet d’affaires relativement auquel le gouvernement pourrait jouer un rôle même s’il ne le fait pas au moment où l’infraction est commise. Un sujet d’affaires a trait au gouvernement s’il dépend d’une intervention du gouvernement ou s’il pourrait être facilité par celui-ci, compte tenu de son mandat. Il englobe donc les achats financés par le gouvernement pour lesquels celui-ci *pourrait* imposer ou modifier des conditions susceptibles de favoriser la conclusion d’une opération donnée. Comme l’avocat de l’appellant l’a reconnu devant notre Cour, l’al. 121(1)d)(i) englobe les ententes par lesquelles l’accusé qui, ayant ou prétendant avoir de l’influence auprès du gouvernement, accepte un bénéfice en contrepartie de l’exercice de son influence pour modifier la structure opérationnelle d’un organisme afin de faciliter une opération ou d’obtenir un résultat déterminé.

[41] En résumé, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » ne doit pas viser uniquement les sujets d’affaires qui dépendent d’une quelconque intervention du gouvernement ou qui pourraient être facilités par celui-ci dans le cadre de sa structure opérationnelle actuelle. Bien que cette expression doive être interprétée de façon large, cela ne veut pas dire que l’al. 121(1)d) a une portée illimitée. Nous n’avons pas à fixer les contours exacts de l’expression en l’espèce, mais elle écarterait clairement les affaires qui n’ont aucun lien plausible avec le mandat du gouvernement. De plus, le fait qu’une

government funding for some purpose completely unrelated to the matter of business at issue does not suffice to show that a business transaction with that entity constitutes a “matter of business relating to the government”. The fact that First Nations receive government funding does not, in itself, render all commercial transactions with First Nations “matter[s] of business relating to the government”. However, as indicated, for the purpose of s. 121(1)(d), the law of attempt ensures that those who are paid to exercise influence in connection with a matter of business that they believe relates to the government, even if it does not, will not escape criminal liability.

B. *Application*

[42] As explained above, the trial judge interpreted the scope of s. 121(1)(a)(iii) as incorporated into s. 121(1)(d)(i) too narrowly. On her interpretation, “matter[s] of business relating to the government” only encompassed purchases for which government approval was needed under the *existing* structure of governmental activity. She thus assessed INAC’s operations from a static perspective. Given that, under its structure at the time of the offence, INAC did not directly purchase the type of water treatment system sold by H2O, and its approval was not required for First Nations to purchase these systems, she acquitted Mr. Carson. Her legal error in interpreting the provision in issue directly led her to conclude that Mr. Carson’s promise to influence government was not in connection with “a matter of business relating to the government” (para. 97).

[43] On appeal, a court may set aside the initial verdict and “enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and . . . remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law” (*Criminal Code*, s. 686(4)(b)(ii)). However, it may only do so when the trial judge has made all the

entité reçoit des fonds du gouvernement pour une fin tout à fait étrangère au sujet d’affaires en question ne suffit pas pour démontrer qu’une opération commerciale conclue avec cette entité est un « sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». Ce n’est pas parce que les Premières Nations reçoivent des fonds du gouvernement que toutes les opérations commerciales conclues avec elles sont des « sujet[s] d’affaires ayant trait au gouvernement ». Toutefois, rappelons que, pour l’application de l’al. 121(1)d), les règles de droit applicables à la tentative d’infraction empêchent les personnes payées pour user de leur influence concernant un sujet d’affaires qu’elles croient avoir trait au gouvernement, même si ce n’est pas le cas, d’échapper à leur responsabilité criminelle.

B. *Application*

[42] Comme je l’ai expliqué ci-dessus, la juge du procès a interprété trop étroitement la portée du sous-al. 121(1)a)(iii) qui est incorporé au sous-al. 121(1)d)(i). Selon son interprétation, l’expression « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » ne s’applique qu’aux achats pour lesquels l’*approbation* du gouvernement est nécessaire selon la structure d’activité gouvernementale *existante*. Elle a donc évalué les activités d’AINC d’un point de vue statique. Étant donné que, selon sa structure au moment de l’infraction, AINC n’achetait pas directement le type de système de traitement des eaux que vendait H2O, et comme les Premières Nations n’avaient pas besoin de son approbation pour acheter ces systèmes, la juge du procès a acquitté M. Carson. L’erreur de droit qu’elle a commise dans l’interprétation de la disposition en litige l’a amenée directement à conclure que la promesse de M. Carson d’influencer le gouvernement ne concernait pas « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement » (par. 97).

[43] En appel, un tribunal peut annuler le verdict initial et « consigner un verdict de culpabilité à l’égard de l’infraction dont, à son avis, l’accusé aurait dû être déclaré coupable, et [. . .] renvoyer l’affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d’infliger une peine justifiée en droit » (*Code criminel*, sous-al. 686(4)b)(ii)). Il ne peut toutefois le faire que lorsque le juge du procès a tiré toutes les conclusions

findings of fact necessary to support a conviction beyond a reasonable doubt (*R. v. Katigbak*, 2011 SCC 48, [2011] 3 S.C.R. 326, at para. 50; *R. v. Morin*, [1992] 3 S.C.R. 286, at p. 294; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345, at pp. 354-55).

[44] In this case, it was clear that Mr. Carson believed, at the time he made the agreement, that the sale of H2O's products to First Nations could be facilitated by the government. Furthermore, the trial judge made the findings of fact necessary to conclude that the influence Mr. Carson promised to exercise was in connection with a "matter of business relating to the government" on a correct interpretation of this phrase. Indeed, her factual findings show that Mr. Carson's promised assistance was connected to the sale of H2O's water treatment systems to First Nations, which could have been facilitated by government action, given INAC's mandate. In reaching this conclusion, I am mindful of the autonomy of First Nations to determine whether or not to make such purchases, whether with their own funds or general funds provided by INAC. The conclusion that the government could have facilitated the purchase of H2O's products by First Nations in no way diminishes this autonomy.

[45] At trial, Mr. Carson admitted "that he was a person who had influence with the Government of Canada at the time of the alleged offence and that he demanded a benefit for [his then girlfriend] as consideration for his assistance in utilizing his government contacts on behalf of H2O" (para. 11). He also admitted that he was "motivated to promote H2O and its products in order for his girlfriend . . . to obtain a benefit by receiving a share of the profits of sales of H2O's water treatment systems to First Nations communities" (para. 9).

[46] Although Mr. Carson did not admit that his promised assistance was in connection with a matter of business relating to the government, constitutional and legislative sources demonstrate that it was. They show that the federal government generally, and

de fait nécessaires pour justifier une déclaration de culpabilité hors de tout doute raisonnable (*R. c. Katigbak*, 2011 CSC 48, [2011] 3 R.C.S. 326, par. 50; *R. c. Morin*, [1992] 3 R.C.S. 286, p. 294; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345, p. 354-355).

[44] En l'espèce, M. Carson croyait de toute évidence, au moment où il a conclu l'entente, que le gouvernement pouvait faciliter la vente des produits de H2O aux Premières Nations. De plus, la juge du procès a tiré les conclusions de fait nécessaires pour conclure que l'influence dont M. Carson avait promis d'user concernait un « sujet d'affaires ayant trait au gouvernement », si l'on interprète avec justesse cette expression. Il appert d'ailleurs de ses conclusions de fait que l'aide promise par M. Carson concernait la vente de systèmes de traitement de l'eau de H2O aux Premières Nations, vente qui aurait pu être facilitée par une intervention du gouvernement, compte tenu du mandat d'AINC. En arrivant à cette conclusion, je suis consciente de l'autonomie dont jouissent les Premières Nations lorsqu'il s'agit de se prononcer sur l'opportunité d'effectuer ou non ces achats, avec leurs propres fonds ou avec les fonds généraux fournis par AINC. La conclusion suivant laquelle le gouvernement aurait pu faciliter l'achat des produits de H2O par les Premières Nations ne diminue en rien cette autonomie.

[45] Au procès, M. Carson a admis [TRADUCTION] « qu'il était une personne ayant de l'influence auprès du gouvernement du Canada au moment de l'infraction reprochée et qu'il avait exigé un bénéfice pour [sa petite amie de l'époque] en contrepartie de son aide en vue d'utiliser ses contacts au sein du gouvernement au nom de H2O » (par. 11). Il a également admis qu'il était « motivé à faire la promotion de H2O et de ses produits pour que sa petite amie [. . .] puisse obtenir un bénéfice en touchant une part des profits de la vente des systèmes de traitement de l'eau de H2O à des collectivités des Premières Nations » (par. 9).

[46] Même si M. Carson n'a pas admis que l'aide qu'il avait promise concernait un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement, des sources constitutionnelles et législatives démontrent que c'était le cas. En effet, selon ces sources, le gouvernement fédéral,

INAC specifically, has the authority to provide services, including clean drinking water, on First Nations reserves (see *Constitution Act, 1867*, s. 91(24); *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C. 1985, c. I-6, s. 4; *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 73(1)(f) and (k)). Therefore, the government could have facilitated the sale of H2O's products to First Nations and Mr. Carson's promised assistance concerned a matter of business relating to the government.

[47] These constitutional and legislative sources suffice to dispose of the appeal. In most cases, a lengthy trial will not be required to determine whether the accused is guilty of the s. 121(1)(d) offence. That said, the trial judge's findings of fact clearly establish that Mr. Carson's promised assistance was connected to a matter of business relating to government, properly defined. INAC funds some reserve water infrastructure and pilot projects related to the provision of drinking water on reserves. At the time of the offence, First Nations could have purchased decentralized systems such as H2O's with INAC funds without obtaining INAC's prior approval. However, INAC could have changed its mode of operations, modified its funding structure or terms and conditions, or created new pilot projects in a manner favorable to H2O. Indeed, the trial judge found that Mr. Carson sought to set up a project to pilot H2O's products with INAC funding and approval.

[48] In these circumstances, and on a correct application of the law, the benefit Mr. Carson demanded was in consideration for his promise to exercise influence in connection with a matter of business relating to the government. But for the trial judge's unduly narrow interpretation of the scope of the expression "any matter of business relating to the government", Mr. Carson would have been convicted. The Court of Appeal did not err in substituting a conviction to the acquittal entered by the trial judge.

de façon générale, et tout particulièrement AINC, a le pouvoir de fournir des services, y compris de l'eau potable, dans les réserves des Premières Nations (voir *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 91(24); *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. 1985, c. I-6, art. 4; *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, al. 73(1)f) et k)). Le gouvernement aurait donc pu faciliter la vente des produits de H2O aux Premières Nations et l'aide promise par M. Carson concernait un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement.

[47] Ces sources constitutionnelles et législatives suffisent pour disposer du pourvoi. Dans la plupart des cas, il n'y aura pas lieu de tenir un long procès pour décider si l'accusé est coupable de l'infraction prévue à l'al. 121(1)d). Cela dit, les conclusions de fait de la juge du procès établissent clairement que l'aide promise par M. Carson concernait un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement, au sens qu'il convient de lui donner. AINC finance certaines installations hydrauliques dans les réserves, ainsi que des projets pilotes liés à l'approvisionnement des réserves en eau potable. Au moment où l'infraction a été commise, les Premières Nations auraient pu acheter des systèmes décentralisés comme celui de H2O avec les fonds fournis par AINC sans obtenir l'obtention préalable de celui-ci. AINC aurait cependant pu modifier son mode de fonctionnement, sa formule ou ses conditions de financement, ou encore lancer de nouveaux projets pilotes d'une manière favorable à H2O. D'ailleurs, la juge du procès a conclu que M. Carson avait tenté de mettre sur pied un projet pour mettre à l'essai les produits de H2O avec le financement et l'approbation d'AINC.

[48] Dans ces circonstances, et selon une application juste du droit, le bénéfice exigé par M. Carson était la contrepartie de sa promesse d'exercer son influence concernant un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement. N'eût été l'interprétation trop étroite donnée par la juge du procès à la portée de l'expression « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement », M. Carson aurait été reconnu coupable. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en substituant un verdict de culpabilité à l'acquiescement prononcé par la juge du procès.

V. Conclusion

[49] For these reasons, I would dismiss the appeal. Mr. Carson is guilty of influence peddling contrary to s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*. I agree with the majority of the Ontario Court of Appeal that the acquittal should be set aside, a guilty verdict should be entered, and the matter should be remitted to the trial judge for sentencing.

The following are the reasons delivered by

[50] CÔTÉ J. (dissenting) — This appeal concerns the correct interpretation of s. 121(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which seeks to protect the integrity of government by criminalizing influence peddling in connection with any matter of business relating to the government, in return for any kind of benefit.

[51] The only question for this Court to decide in this appeal is whether Mr. Carson, who admits to having agreed to exercise his influence with the government for a benefit, did so in connection with “any matter of business relating to the government”. In my view, he did not.

[52] It is a fundamental substantive principle of criminal law that there should be no criminal responsibility without an act or omission accompanied by some sort of fault (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 227, per Arbour J., dissenting but not on this point). Both the *actus reus* and the *mens rea* must be made out. While there is no doubt that Mr. Carson had a guilty mind, establishing the *mens rea* is insufficient, in and of itself, to make out the offence. If, as in the case at bar, an element of the *actus reus* is missing at the time of the alleged offence, the defendant cannot be found guilty. In my respectful opinion, my colleagues have allowed Mr. Carson’s criminal intent to overshadow deficiencies in establishing a central element of the *actus reus*.

[53] In order to make out the offence under s. 121(1)(d), the Crown must establish, as a distinct element of the offence, the existence of an actual

V. Dispositif

[49] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. M. Carson est coupable de trafic d’influence, une infraction à l’al. 121(1)d) du *Code criminel*. À l’instar des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario, je suis d’avis que l’acquittement devrait être annulé, qu’un verdict de culpabilité devrait être consigné et que l’affaire devrait être renvoyée à la juge du procès pour détermination de la peine.

Version française des motifs rendus par

[50] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Ce pourvoi porte sur l’interprétation juste de l’al. 121(1)d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui vise à protéger l’intégrité du gouvernement en criminalisant le trafic d’influence à l’égard d’un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement, en contrepartie de tout bénéfice que ce soit.

[51] La seule question que notre Cour doit trancher en l’espèce est celle de savoir si M. Carson, qui admet avoir convenu d’exercer son influence auprès du gouvernement en vue d’obtenir un bénéfice, l’a fait concernant « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». À mon avis, la réponse est non.

[52] Il est un principe fondamental du droit criminel qu’il ne saurait y avoir responsabilité criminelle en l’absence d’un acte ou d’une omission accompagné d’une faute (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 227, la juge Arbour, dissidente, mais non sur ce point). L’*actus reus* et la *mens rea* doivent tous deux être établis. Bien qu’il ne fasse aucun doute que M. Carson avait une intention coupable, il ne suffit pas d’établir la *mens rea*, en soi, pour prouver l’infraction. Si, comme dans le cas qui nous occupe, il manque un élément de l’*actus reus* au moment de l’infraction reprochée, le défendeur ne peut être déclaré coupable. À mon humble avis, mes collègues ont laissé l’intention criminelle de M. Carson éclipser les lacunes relatives à l’établissement d’un élément central de l’*actus reus*.

[53] Pour établir l’infraction prévue à l’al. 121(1)d), le ministère public doit démontrer l’existence d’un lien réel avec les affaires du gouvernement, en tant

connection with government business. This element should be interpreted narrowly by defining government business by reference to the operational structures of government in place at the time of the offence.

[54] As the federal government had, at the time of the agreement between Mr. Carson and H2O Professionals Inc., granted First Nations complete autonomy with regard to the purchase of point-of-use water treatment systems, the very matter of business Mr. Carson agreed to influence, the agreement cannot be said to be in connection with a matter of business relating to the government.

[55] For these reasons, I would allow the appeal.

I. The Purpose of Section 121(1)(d) Is to Preserve the Integrity of Government

[56] A contextual reading of s. 121(1)(d) and the relevant jurisprudence lead me to conclude that this provision's underlying purpose is to preserve the integrity of government. Contrary to the approach taken by my esteemed colleagues, I do not understand this provision as being intended to protect the *perceived* integrity of government, which, according to this Court's reasons in *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128, and *R. v. Cogger*, [1997] 2 S.C.R. 845, is the unique purpose underlying s. 121(1)(c).

[57] For convenience, I reproduce the full text of s. 121(1) below:

121 (1) Every one commits an offence who

(a) directly or indirectly

(i) gives, offers or agrees to give or offer to an official or to any member of his family, or to any one for the benefit of an official, or

(ii) being an official, demands, accepts or offers or agrees to accept from any person for himself or another person,

qu'élément distinct de l'infraction. Il y a lieu de définir étroitement cet élément en fonction des structures opérationnelles du gouvernement en place au moment de l'infraction.

[54] Étant donné que le gouvernement fédéral avait, au moment où l'entente entre M. Carson et H2O Professionals Inc. a été conclue, accordé aux Premières Nations une autonomie complète quant à l'achat de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation, le sujet d'affaires même relativement auquel M. Carson a convenu d'exercer son influence, on ne peut affirmer que l'entente concerne un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement.

[55] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi.

I. L'objet de l'al. 121(1)d est de préserver l'intégrité du gouvernement

[56] Une lecture contextuelle de l'al. 121(1)d) et de la jurisprudence pertinente m'amène à conclure que l'objet qui sous-tend cette disposition est le maintien de l'intégrité du gouvernement. Contrairement à mes estimés collègues, je ne crois pas que cette disposition vise à protéger la *perception* d'intégrité du gouvernement, qui, d'après les motifs de la Cour dans *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, et *R. c. Cogger*, [1997] 2 R.C.S. 845, est l'unique objet sous-tendant l'al. 121(1)c).

[57] Par souci de commodité, je reproduis le texte complet du par. 121(1) ci-dessous :

121 (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas :

a) directement ou indirectement :

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d'offrir à un fonctionnaire ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit d'un fonctionnaire,

(ii) soit, étant fonctionnaire, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter de quelqu'un, pour lui-même ou pour une autre personne,

a loan, reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(iii) the transaction of business with or any matter of business relating to the government, or

(iv) a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow,

whether or not, in fact, the official is able to cooperate, render assistance, exercise influence or do or omit to do what is proposed, as the case may be;

(b) having dealings of any kind with the government, directly or indirectly pays a commission or reward to or confers an advantage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which the dealings take place, or to any member of the employee's or official's family, or to anyone for the benefit of the employee or official, with respect to those dealings, unless the person has the consent in writing of the head of the branch of government with which the dealings take place;

(c) being an official or employee of the government, directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind for themselves or another person, unless they have the consent in writing of the head of the branch of government that employs them or of which they are an official;

(d) having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept, for themselves or another person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence or an act or omission in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including themselves, to an office;

un prêt, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature que ce soit en considération d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou omission concernant :

(iii) soit la conclusion d'affaires avec le gouvernement ou un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement,

(iv) soit une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder,

que, de fait, le fonctionnaire soit en mesure ou non de collaborer, d'aider, d'exercer une influence ou de faire ou omettre ce qui est projeté, selon le cas;

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou une récompense, ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, à un employé ou à un fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces affaires, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite;

c) pendant qu'il est fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire;

d) ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement ou d'un ministre du gouvernement, ou d'un fonctionnaire, exige, accepte ou offre, ou convient d'accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie d'une collaboration, d'une aide, d'un exercice d'influence ou d'un acte ou d'une omission concernant :

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d'une personne, y compris lui-même, à une charge;

(e) directly or indirectly gives or offers, or agrees to give or offer, to a minister of the government or an official, or to anyone for the benefit of a minister or an official, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for cooperation, assistance, exercise of influence, or an act or omission, by that minister or official, in connection with

(i) anything mentioned in subparagraph (a)(iii) or (iv), or

(ii) the appointment of any person, including themselves, to an office; or

(f) having made a tender to obtain a contract with the government,

(i) directly or indirectly gives or offers, or agrees to give or offer, to another person who has made a tender, to a member of that person's family or to another person for the benefit of that person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the withdrawal of the tender of that person, or

(ii) directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept from another person who has made a tender a reward, advantage or benefit of any kind for themselves or another person as consideration for the withdrawal of their own tender.

[58] This Court has previously recognized that s. 121, generally, “was enacted for the important goal of preserving the integrity of government” (*Hinchey*, at para. 13). Only in interpreting s. 121(1)(c) has this Court recognized that this provision seeks “not merely to preserve the integrity of government, but to preserve the appearance of the integrity as well” (*Hinchey*, at para. 16 (emphasis deleted); see also *Cogger*, at para. 20). This has been described as the “special role” of s. 121(1)(c) (*Hinchey*, at para. 16).

[59] This clear distinction between the purpose of s. 121(1)(c) (and presumably s. 121(1)(b), a mirroring provision) and that of the other provisions of s. 121 was highlighted in *Cogger*. In that decision,

e) donne, offre ou convient de donner ou d’offrir, directement ou indirectement, à un ministre du gouvernement ou à un fonctionnaire ou à quiconque au profit d’un ministre ou d’un fonctionnaire, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie d’une collaboration, d’une aide, d’un exercice d’influence ou d’un acte ou d’une omission du ministre ou du fonctionnaire concernant :

(i) soit une chose mentionnée aux sous-alinéas a)(iii) ou (iv),

(ii) soit la nomination d’une personne, y compris lui-même, à une charge;

f) ayant présenté une soumission en vue d’obtenir un contrat avec le gouvernement :

(i) soit donne, offre ou convient de donner ou d’offrir, directement ou indirectement, à une autre personne qui a présenté une soumission, à un membre de la famille de cette autre personne ou à quiconque au profit de cette autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie du retrait de la soumission de cette autre personne,

(ii) soit exige, accepte ou offre ou convient d’accepter, directement ou indirectement, d’une autre personne qui a présenté une soumission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, pour lui-même ou pour une autre personne, en contrepartie du retrait de sa propre soumission.

[58] La Cour a déjà reconnu que l’art. 121, dans l’ensemble, « a été adopté dans le but important de préserver l’intégrité du gouvernement » (*Hinchey*, par. 13). Ce n’est qu’en interprétant l’al. 121(1)c que la Cour a reconnu que l’objectif de cette disposition n’est pas « simplement de préserver l’intégrité du gouvernement mais aussi de préserver l’apparence d’intégrité » (*Hinchey*, par. 16 (soulignement omis); voir aussi *Cogger*, par. 20). On a dit de cet objectif qu’il est le « rôle spécial » de l’al. 121(1)c (*Hinchey*, par. 16).

[59] Cette distinction nette entre l’objet de l’al. 121(1)c (et vraisemblablement de l’al. 121(1)b, disposition correspondante) et celui des autres dispositions de l’art. 121 a été soulignée dans *Cogger*.

Justice L'Heureux-Dubé relied on this very distinction in rejecting the respondent's argument that s. 121(1)(a) requires the recipient to accept the benefit *qua* government employee, and not in some other capacity:

Still, the respondent attempts to raise the recent decision of *Hinchey*, *supra*, in support of his interpretation. Frankly, I do not believe this case is of much assistance. First, *Hinchey* involved a different section of the *Code* (s. 121(1)(c)), one which, at least on the surface, had a potentially unlimited application. Even the minority reasons of Cory J. were premised upon the fact that absent a stricter interpretation of both the *actus reus* and *mens rea*, innocent conduct could be rendered criminal. Here, there is no fear of trapping innocent actions. Indeed, it is clear that for a person to fall within the confines of s. 121(1)(a), contrary to s. 121(1)(c), his or her actual integrity will have to have been compromised. For an offence under s. 121(1)(a) to be committed, an accused will have agreed to deal with the government on another's behalf for consideration. Contrary to what the respondent submits, it is not necessary for the official to believe his or her integrity has been compromised. On the contrary, this automatically follows from the engaging in of the prohibited *quid pro quo* action: *Greenwood*, *supra*, at p. 456. As *Hinchey* indicates, s. 121(1)(c) is markedly different, in that the recipient of the benefit need commit no additional action; it is the appearance of integrity with which that provision is most concerned. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 20.]

[60] Indeed, s. 121(1)(c) is unique in that, unlike the other provisions of s. 121, it does not require a *quid pro quo*. All it requires is that a government employee or official accept a benefit from a person “who has dealings with the government”. Similarly, s. 121(1)(b) makes it an offence for a person “having dealings of any kind with the government” to confer a benefit on an employee or official of the government with which the dealings take place, as follows:

121 (1) Every one commits an offence who

...

Dans cette décision, la juge L'Heureux-Dubé s'est fondée sur cette distinction même pour rejeter l'argument de l'intimé selon lequel l'al. 121(1)(a) exige que la personne qui reçoit le bénéfice l'accepte à titre d'employé du gouvernement, et non à un autre titre :

L'intimé invoque pourtant l'arrêt récent *Hinchey*, précité, au soutien de son interprétation. Franchement, je ne crois pas que cette affaire lui soit d'un grand secours. Premièrement, cet arrêt portait sur une disposition différente du *Code* (al. 121(1)(c)) qui, du moins à première vue, avait potentiellement une application illimitée. Même les motifs des juges minoritaires, exposés par le juge Cory, avaient pour prémisse le fait qu'en l'absence d'une interprétation plus stricte tant de l'*actus reus* que de la *mens rea*, une conduite innocente pourrait être criminalisée. En l'espèce, il n'y a aucun risque que des actes innocents soient visés. De fait, il est clair que, contrairement à ce qui est le cas pour l'al. 121(1)(c), pour qu'une personne soit visée par l'al. 121(1)(a), son intégrité véritable doit avoir été compromise. Pour qu'il y ait eu perpétration d'une infraction prévue à l'al. 121(1)(a), l'accusé doit avoir consenti à traiter avec le gouvernement pour le compte d'une autre personne moyennant contrepartie. Contrairement à ce que prétend l'intimé, il n'est pas nécessaire que le fonctionnaire croie que son intégrité est compromise. Au contraire, son intégrité est compromise dès qu'il se livre, en retour de la contrepartie, à l'activité prohibée; *Greenwood*, précité, à la p. 456. Comme l'indique l'arrêt *Hinchey*, l'al. 121(1)(c) est ostensiblement différent, en ce qu'il n'est pas nécessaire que la personne qui reçoit le bénéfice fasse quoi que ce soit d'autre; cet alinéa s'attache d'abord à la perception d'intégrité. [Je souligne; soulignement dans l'original omis; par. 20.]

[60] En effet, l'al. 121(1)(c) a ceci d'unique, contrairement aux autres dispositions de l'art. 121, qu'il n'exige pas la présence d'une contrepartie. Tout ce qu'il exige, c'est qu'un employé du gouvernement ou un fonctionnaire accepte un bénéfice d'une personne « qui a des relations d'affaires avec le gouvernement ». Dans la même veine, l'al. 121(1)(b) érige ainsi en infraction le fait pour une personne « traitant d'affaires avec le gouvernement » de conférer un bénéfice à un employé ou à un fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite :

121 (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas :

...

(b) having dealings of any kind with the government, directly or indirectly pays a commission or reward to or confers an advantage or benefit of any kind on an employee or official of the government with which the dealings take place, or to any member of the employee's or official's family, or to anyone for the benefit of the employee or official, with respect to those dealings, unless the person has the consent in writing of the head of the branch of government with which the dealings take place;

(c) being an official or employee of the government, directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept from a person who has dealings with the government a commission, reward, advantage or benefit of any kind for themselves or another person, unless they have the consent in writing of the head of the branch of government that employs them or of which they are an official;

Under both s. 121(1)(b) and s. 121(1)(c), no *quid pro quo* is required to establish the offence.

[61] The *quid pro quo* required for all other s. 121 offences is the corrupt practice that carries the potential to undermine government integrity. This requirement signals Parliament's concern with *actual* government integrity. Conversely, its absence from s. 121(1)(b) and (c) signals Parliament's unique concern, under those two provisions, with the appearance of impropriety in circumstances where no corrupt practice exists. This interpretation aligns with the analytical distinction between the two purposes, as described by this Court in *Hinchey*:

For a government, actual integrity is achieved when its employees remain free of any type of corruption. On the other hand, it is not necessary for a corrupt practice to take place in order for the appearance of integrity to be harmed. [Emphasis deleted; para. 17.]

[62] For these reasons, it is my view that s. 121(1)(d) seeks to protect government integrity by criminalizing corrupt agreements, which, if successfully carried out, would pose an actual risk to it.

b) traitant d'affaires avec le gouvernement, paye une commission ou une récompense, ou confère un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, à un employé ou à un fonctionnaire du gouvernement avec lequel il traite, ou à un membre de sa famille ou à toute personne au profit de l'employé ou du fonctionnaire, à l'égard de ces affaires, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement avec laquelle il traite;

c) pendant qu'il est fonctionnaire ou employé du gouvernement, exige, accepte ou offre ou convient d'accepter d'une personne qui a des relations d'affaires avec le gouvernement une commission, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, à moins d'avoir obtenu le consentement écrit du chef de la division de gouvernement qui l'emploie ou dont il est fonctionnaire;

Selon les al. 121(1)b) et c), aucune contrepartie n'est requise pour que l'infraction soit établie.

[61] Le *quid pro quo* requis pour toutes les autres infractions prévues à l'art. 121 est l'élément de corruption qui est susceptible de miner l'intégrité du gouvernement. Cette exigence dénote le souci du législateur relatif à l'intégrité *réelle* du gouvernement. Inversement, son absence des al. 121(1)b) et c) dénote l'unique préoccupation du législateur, aux termes de ces deux dispositions, quant à l'apparence d'irrégularité dans les situations où il n'y a aucun élément de corruption. Cette interprétation s'accorde avec la distinction analytique entre les deux objets qu'a décrite notre Cour dans *Hinchey* :

Pour un gouvernement, il y a intégrité véritable lorsque ses employés ne donnent prise à aucune forme de corruption. Par contre, il n'est pas nécessaire qu'il y ait corruption pour qu'il soit porté atteinte à l'apparence d'intégrité. [Soulignement omis; par. 17.]

[62] Pour ces motifs, je suis d'avis que l'al. 121(1)d) vise à protéger l'intégrité du gouvernement en criminalisant les ententes malhonnêtes qui poseraient, si elles étaient menées à bien, un risque réel pour l'intégrité.

[63] I respectfully disagree with my colleague's view, expressed at para. 38 of her reasons, that the fact that s. 121(1)(d) criminalizes conduct by someone pretending to have influence with the government necessarily implies that the provision has a dual purpose, which includes, in my colleague's opinion, preserving the appearance of government integrity. In my view, by criminalizing the conduct of those having or pretending to have influence, Parliament intended to indicate that it is not necessary to inquire into whether a person actually had or merely held themselves out as having influence with the government. The corrupt agreement relating to government business poses a risk to government integrity in and of itself. Just as it is unnecessary to establish whether the accused ever intended to carry out the agreement, it is unnecessary to establish whether the accused had the influence necessary to succeed. Section 121(1)(d) sets out a conduct offence, and there is no need to look beyond the agreement.

[64] Furthermore, I will briefly note that, for the reasons set out above, I cannot agree with Dickson J.'s reasoning in *R. v. Giguère*, [1983] 2 S.C.R. 448, where, in discussing what is now s. 121(1)(d), he states that it is the integrity of the person having or pretending to have influence with the government which is at issue (p. 459). Parliament's intent in enacting s. 121(1)(d) was to protect the integrity of government. It has no interest in protecting the integrity of persons pretending to have influence with the government, who, plainly, have no connection to it.

II. The Offence in Section 121(1)(d) Is Made Out Only Where the Matter of Business in Question Actually Relates to the Government

[65] A plain reading of s. 121(1)(d) leads me to conclude that, in order to make out the offence under that section, the Crown must establish, as a distinct element of the offence, that the matter of business contemplated by the agreement actually relates to the government. By this I mean that the matter of

[63] En tout respect, je ne suis pas d'accord avec l'avis de ma collègue, exprimé au par. 38 de ses motifs, selon lequel le fait que l'al. 121(1)d criminalise la conduite d'une personne prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement implique nécessairement que la disposition a un double objectif qui comprend, à son avis, celui de préserver l'apparence d'intégrité du gouvernement. J'estime qu'en criminalisant le comportement de personnes qui ont ou prétendent avoir une telle influence, le législateur voulait préciser qu'il n'est pas nécessaire de se demander si une personne a réellement eu de l'influence auprès du gouvernement ou si elle a simplement dit en avoir. L'entente malhonnête concernant des affaires du gouvernement présente en soi un risque pour l'intégrité du gouvernement. Tout comme il n'est pas nécessaire d'établir si l'accusé avait l'intention de mener à bien l'entente, il n'est pas non plus nécessaire d'établir si ce dernier avait l'influence nécessaire pour atteindre son but. L'alinéa 121(1)d prévoit une infraction liée au comportement, et il est inutile d'aller au-delà de l'entente.

[64] De plus, je signale brièvement que, pour les motifs exposés ci-dessus, je ne peux souscrire au raisonnement du juge Dickson dans *R. c. Giguère*, [1983] 2 R.C.S. 448, où il affirme, dans son analyse de ce qui est maintenant l'al. 121(1)d, que c'est l'intégrité de la personne ayant ou prétendant avoir de l'influence auprès du gouvernement qui est en cause (p. 459). Lorsqu'il a adopté l'al. 121(1)d, le législateur souhaitait protéger l'intégrité du gouvernement. Il n'a aucun intérêt à protéger l'intégrité de personnes qui prétendent avoir de l'influence auprès du gouvernement et qui n'ont manifestement aucun lien avec lui.

II. L'infraction prévue à l'al. 121(1)d n'est établie que si le sujet d'affaires en question a réellement trait au gouvernement

[65] Le sens ordinaire de l'al. 121(1)d m'amène à conclure qu'afin de prouver l'infraction prévue à cet alinéa, le ministère public doit établir, en tant qu'élément distinct de l'infraction, que le sujet d'affaires visé par l'entente a réellement trait au gouvernement. Je veux dire par là que le sujet d'affaires doit

business must relate to the government in reality and not merely be believed by the parties to the agreement to relate to the government. This interpretation is also supported by a purposive and contextual analysis.

[66] First, this approach gives full effect to the language of the provision. In drafting s. 121(1)(d), Parliament very carefully defined the requisite connection to the government. Had it intended the offence to be made out where the accused agrees to accept a benefit in exchange for promising to exercise influence in connection with a matter of government business, irrespective of whether the matter is truly government business, Parliament could have omitted the reference to s. 121(1)(a)(iii) and (iv) and simply drafted the offence as applying to “every one who, having or pretending to have influence with the government or with a minister of the government or an official, directly or indirectly demands, accepts or offers or agrees to accept, for themselves or another person, a reward, advantage or benefit of any kind as consideration for the exercise of that influence”. No specific reference to the transaction of business with the government, matters of business relating to the government, claims against Her Majesty or benefits that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow would be required.

[67] Second, this interpretation is supported by a contextual analysis of the provision in light of the other offences contemplated by s. 121. Indeed, all the other offences under s. 121 which do not incorporate s. 121(1)(a)(iii) and (iv) by reference require that the business in question actually relate to the government.

[68] Section 121(1)(b) criminalizes the conferring of a benefit on a government official by a person *having dealings* of any kind with the government. Similarly, s. 121(1)(c) criminalizes the acceptance of a benefit by a government official from a person *having dealings* with the government. In these cases, the ongoing dealings with the government

avoir trait au gouvernement dans les faits, et non pas simplement que les parties à l’entente croient que le sujet d’affaires a trait au gouvernement. Cette interprétation est également étayée par une analyse téléologique et contextuelle.

[66] Premièrement, cette approche donne plein effet aux termes de la disposition. Lorsqu’il a rédigé l’al. 121(1)d, le législateur a défini très soigneusement le lien requis avec le gouvernement. S’il avait voulu que l’infraction soit établie lorsque l’accusé convient d’accepter un bénéfice en contrepartie de la promesse d’exercer de l’influence concernant un sujet d’affaires gouvernemental, peu importe si celui-ci est réellement un sujet d’affaires du gouvernement, le législateur aurait pu omettre le renvoi aux sous-al. 121(1)a(iii) et (iv) et prévoir simplement que l’infraction s’applique à « quiconque ayant ou prétendant avoir de l’influence auprès du gouvernement ou d’un ministre du gouvernement, ou d’un fonctionnaire, exige, accepte ou offre, ou convient d’accepter, directement ou indirectement, pour lui-même ou pour une autre personne, une récompense, un avantage ou un bénéfice de quelque nature en contrepartie de l’exercice de cette influence ». Dans ce cas, il ne serait pas nécessaire de mentionner expressément la conclusion d’affaires avec le gouvernement, un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement, une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l’autorité ou le droit d’accorder.

[67] Deuxièmement, cette interprétation s’appuie sur une analyse contextuelle de la disposition qui tient compte des autres infractions prévues à l’art. 121. En effet, toutes les autres infractions prévues à l’art. 121 qui n’intègrent pas par renvoi les sous-al. 121(1)a(iii) et (iv) exigent que le sujet d’affaires en question se rapporte réellement au gouvernement.

[68] L’alinéa 121(1)b érige en infraction le fait qu’une personne *traitant d’affaires* avec le gouvernement confère un bénéfice à un fonctionnaire du gouvernement. Dans la même veine, l’al. 121(1)c érige en infraction le fait qu’un fonctionnaire du gouvernement accepte un bénéfice d’une personne *ayant des relations d’affaires* avec le gouvernement.

certainly have an actual connection with government business.

[69] Similarly, s. 121(1)(f) criminalizes the offer or acceptance of a benefit by a person having made a tender to obtain a contract with the government, as consideration for the withdrawal of another tender or of the person's own tender. In this case, the actual making of a tender to obtain a contract with the government and, conversely, its withdrawal, certainly have an actual connection with government business.

[70] If s. 121(1)(d) and s. 121(1)(e), the other paragraph that incorporates s. 121(1)(a)(iii) and (iv) by reference, were interpreted as not requiring that the matter of business contemplated by the agreement actually relate to the government, the offences they create would operate quite differently and apply much more broadly than the other offences contemplated by s. 121. Requiring that the matter of business actually relate to the government thus ensures a consistent interpretation across s. 121 offences.

[71] The language used in s. 121(1)(a)(iv), which s. 121(1)(d) also adopts by reference, supports this interpretation. By referring to s. 121(1)(a)(iv), s. 121(1)(d) criminalizes influence peddling in connection with “a claim against Her Majesty or any benefit that Her Majesty is authorized or is entitled to bestow”. This language points to an objective connection to the government where a claim exists against Her Majesty or where Her Majesty possesses a defined power to bestow a certain benefit.

[72] Finally, the purpose of s. 121(1)(d) confirms that the offence requires an actual connection with government business. As described above, s. 121(1)(d) seeks to protect government integrity by criminalizing corrupt agreements, which, if successfully carried out, would pose an actual risk to it. No such risk exists in circumstances where the matter of business in question does not actually relate to the government.

Dans ces cas, les relations d'affaires courantes avec le gouvernement ont certainement un lien réel avec les affaires du gouvernement.

[69] Dans la même veine, l'al. 121(1)(f) criminalise le fait d'offrir un bénéfice à une personne ayant présenté une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement en contrepartie du retrait de sa soumission, et le fait pour cette personne d'accepter un tel bénéfice dans cette situation. Dans un tel cas, la présentation en soi d'une soumission en vue d'obtenir un contrat avec le gouvernement et, inversement, son retrait, ont certainement un lien réel avec les affaires du gouvernement.

[70] Si l'on considérait que l'al. 121(1)(d) et l'al. 121(1)(e), l'autre alinéa qui incorpore par renvoi les sous-al. 121(1)(a)(iii) et (iv), n'exigent pas que le sujet d'affaires visé par l'entente ait réellement trait au gouvernement, les infractions qu'ils créent s'appliqueraient de façon bien différente et auraient une portée beaucoup plus large que les autres infractions prévues à l'art. 121. Ainsi, le fait d'exiger que le sujet d'affaires ait réellement trait au gouvernement assure une interprétation cohérente des infractions prévues à l'art. 121.

[71] Les mots utilisés au sous-al. 121(1)(a)(iv), que l'al. 121(1)(d) reprend par renvoi, appuient cette interprétation. En renvoyant au sous-al. 121(1)(a)(iv), l'al. 121(1)(d) érige en infraction le trafic d'influence concernant « une réclamation contre Sa Majesté ou un avantage que Sa Majesté a l'autorité ou le droit d'accorder ». Ce libellé suggère un lien objectif avec le gouvernement lorsqu'une réclamation existe contre Sa Majesté ou lorsque celle-ci a le pouvoir précis d'accorder un certain bénéfice.

[72] Finalement, l'objet de l'al. 121(1)(d) confirme que l'infraction exige un lien réel avec les affaires du gouvernement. Comme il a été expliqué ci-dessus, l'al. 121(1)(d) vise à protéger l'intégrité du gouvernement en criminalisant les ententes malhonnêtes qui poseraient, si elles étaient menées à bien, un risque réel pour l'intégrité. Il n'existe aucun risque de ce genre dans les situations où le sujet d'affaires en cause n'a pas réellement trait au gouvernement.

[73] The heading for s. 121(1), “Frauds on the government”, similarly supports an interpretation recognizing the central place of government in these offences. Parliament’s underlying concern is with the government itself being the victim of a fraud, such that its own integrity risks being compromised. This cannot be the case where there is no connection with actual government business.

III. The Scope of Section 121(1)(d) Is Defined by Reference to the Existing Operational Structures of Government

[74] Having established that, in order to obtain a conviction under s. 121(1)(d), the Crown must demonstrate that the matter of business concerned actually relates to the government, I am left to define what constitutes a “matter of business relating to the government”. I agree with the trial judge and the appellant that the scope of s. 121(1)(d) should be limited to matters of business that depend on some government approval or action within existing operational structures of government (2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352, at para. 97).

[75] Section 121(1)(d) creates a conduct offence aimed at deterring behaviour that has the potential to inflict substantive harm, in this case entering into a corrupt agreement (see *Hinchey*, at para. 22, citing *R. v. Greenwood* (1991), 5 O.R. (3d) 71, at pp. 81-82; P. Gillies, *Criminal Law* (4th ed. 1997), at p. 32). As such, s. 121(1)(d) requires no further action beyond the agreement itself, which constitutes the gravamen of the offence. The offence crystallizes at the time of the agreement.

[76] It follows that any relationship between the matter of business concerned and the government must exist *at the time of the agreement*. It is for this reason that I reject my colleague’s proposition that s. 121(1)(d) “must not be considered strictly with reference to existing government operational and funding structures” and includes “transactions for which the government *could* impose or amend terms and conditions that would favour one vendor over

[73] L’intertitre précédant le par. 121(1), « Fraudes envers le gouvernement », appuie lui aussi une interprétation qui reconnaît la place centrale du gouvernement dans ces infractions. La préoccupation sous-jacente du législateur est que le gouvernement lui-même puisse être victime de fraude, de sorte que sa propre intégrité risque d’être compromise. Il ne saurait en être ainsi lorsqu’il n’existe aucun lien avec les affaires réelles du gouvernement.

III. La portée de l’al. 121(1)d est définie par renvoi aux structures opérationnelles existantes du gouvernement

[74] Après avoir établi que, pour obtenir une déclaration de culpabilité fondée sur l’al. 121(1)d, le ministère public doit démontrer que le sujet d’affaires visé a réellement trait au gouvernement, il me reste à définir ce qui constitue un « sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». À l’instar de la juge du procès et de l’appelant, j’estime que la portée de l’al. 121(1)d devrait se limiter aux sujets d’affaires qui dépendent d’une quelconque approbation ou intervention du gouvernement à l’intérieur des structures opérationnelles gouvernementales en place (2015 ONSC 7127, 25 C.R. (7th) 352, par. 97).

[75] L’alinéa 121(1)d crée une infraction liée au comportement qui vise à prévenir les actes susceptibles de causer un préjudice considérable, soit en l’espèce la conclusion d’une entente malhonnête (voir *Hinchey*, par. 22, citant *R. c. Greenwood* (1991), 5 O.R. (3d) 71, p. 81-82; P. Gillies, *Criminal Law* (4^e éd. 1997), p. 32). En conséquence, l’al. 121(1)d n’exige aucune action autre que l’entente elle-même, qui constitue l’élément essentiel de l’infraction. L’infraction prend corps au moment où l’entente est conclue.

[76] Il s’ensuit que le lien, quel qu’il soit, entre le sujet d’affaires visé et le gouvernement doit exister *au moment où l’entente est conclue*. C’est pour cette raison que je rejette la proposition de ma collègue selon laquelle l’al. 121(1)d « ne doit pas être considéré strictement en fonction des structures opérationnelles et de financement gouvernementales déjà en place » et comprend « les opérations [. . .] dont le gouvernement *pourrait* imposer ou modifier les

others” (para. 5 (emphasis in the original)). In such cases, the integrity of government decision-making as it relates to the matter of business sought to be influenced will be at risk only in the event of future changes to government operations. In my view, such an interpretation is speculative and overly broad. Where the government has intentionally placed certain matters of business outside of its operational reach, they cannot be said to be matters of government business simply because the government *could*, at a future date, reclaim control over them.

[77] Instead, having accepted that s. 121(1)(d) sets out a conduct offence, I am of the view that a matter of business will relate to the government only if the operational structures in place *at the time of the agreement* are such that it depends on some government approval or action.

IV. The Sale of Point-of-Use Water Treatment Systems to First Nations Was Not a Matter of Business Relating to the Government

[78] Mr. Carson has conceded that, at the time of the alleged offence, he was a person who had influence with the Government of Canada and that he demanded a benefit for his girlfriend as consideration for utilizing his government contacts to assist H2O in selling point-of-use water treatment systems to First Nations (trial judgment, at paras. 11 and 22-23). As previously stated, the only live issue in this appeal is whether this agreement was made in connection with “any matter of business relating to the government”. In my view, it was not.

[79] The matter of business contemplated by the agreement was the sale of point-of-use water treatment systems to First Nations. This is plain from the trial judge’s findings, which indicate that Mr. Carson’s girlfriend was appointed as H2O’s

conditions de manière à favoriser un vendeur par rapport à d’autres » (par. 5 (en italique dans l’original)). Dans de tels cas, l’intégrité de la prise de décision gouvernementale en ce qui a trait au sujet d’affaires sur lequel on cherche à exercer une influence ne sera menacée que si des changements sont apportés par la suite aux structures opérationnelles gouvernementales. À mon avis, pareille interprétation relève de la conjecture et a une portée trop large. Lorsque le gouvernement a intentionnellement mis hors de sa portée opérationnelle certains sujets d’affaires, on ne peut affirmer que ceux-ci constituent des sujets d’affaires du gouvernement simplement parce que le gouvernement *pourrait*, ultérieurement, reprendre le contrôle sur ceux-ci.

[77] Je suis plutôt d’avis, après avoir reconnu que l’al. 121(1)d énonce une infraction liée au comportement, qu’un sujet d’affaires n’aura trait au gouvernement que si les structures opérationnelles en place *au moment où l’entente est conclue* sont telles qu’il dépend d’une quelconque approbation ou intervention du gouvernement.

IV. La vente aux Premières Nations de systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation ne représentait pas un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement

[78] M. Carson a reconnu qu’au moment de l’infraction reprochée, il était une personne ayant de l’influence au sein du gouvernement du Canada et qu’il a exigé un bénéfice pour son amie en contrepartie de l’utilisation de ses contacts au gouvernement pour aider H2O à vendre aux Premières Nations des systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation (jugement de première instance, par. 11 et 22-23). Comme je l’ai déjà indiqué, la seule question en litige dans le présent pourvoi est celle de savoir si l’entente conclue se rapportait à « un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement ». À mon avis, la réponse est non.

[79] Le sujet d’affaires visé par l’entente était la vente aux Premières Nations de systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation. Cela ressort clairement des conclusions de la juge du procès, qui indiquent que l’amie de M. Carson avait été

exclusive agent “for sales of point-of-use water treatment systems to First Nations” and that she was entitled to a commission and other benefits in relation to all such sales (para. 23).

[80] The trial judge’s findings of fact certainly do not “clearly establish” that Mr. Carson’s promised assistance was connected to a matter of business relating to government, as my colleague maintains at para. 47 of her reasons. In fact, they do quite the opposite. The trial judge found, based on the testimony of Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) officials, that the operational structure in place at the time of the agreement between Mr. Carson and H2O was such that First Nations had been granted “complete autonomy” with respect to the purchase of such point-of-use water treatment systems (paras. 32, 34 and 38). Simmons J.A. reaffirmed this finding in her dissenting reasons at paras. 84 and 101 (2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164):

The trial judge elaborated on these conclusions in the context of the purpose of s. 121 being to preserve the integrity of the government. She found that the government was not in the business of procuring water systems for First Nations communities; nor did the government have any authority to approve the systems to be purchased. Rather, First Nations communities were autonomous from the government in relation to third party vendors such as H2O. She said:

In light of my findings that there was no business with the government, it follows that the integrity of the government was not in issue. I do agree, however, that it was Parliament’s intent that s. 121(1)(d) . . . should be applied so as to preserve the integrity of government. It may also be true that the public, viewing [the respondent’s] conduct, would believe that there was, at the very least, an appearance that his conduct as someone with influence with the government compromised the government’s integrity and gave rise to the appearance of dishonesty as described . . . in O’Brien.

nommée représentante exclusive de H2O [TRADUCTION] « pour la vente aux Premières Nations de systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation » et qu’elle avait droit à une commission et à d’autres bénéfices relativement à toutes ces ventes (par. 23).

[80] Il est certain que les conclusions de fait de la juge du procès n’« établissent [pas] clairement » que l’aide promise par M. Carson concernait un sujet d’affaires ayant trait au gouvernement, comme le soutient ma collègue au par. 47 de ses motifs. En fait, elles établissent tout le contraire. La juge du procès a conclu, sur la foi du témoignage de représentants d’Affaires indiennes et du Nord Canada (« AINC »), que la structure opérationnelle en place au moment où l’entente est intervenue entre M. Carson et H2O était telle que les Premières Nations disposaient d’une « complète autonomie » concernant l’achat de ces systèmes de traitement de l’eau au point d’utilisation (par. 32, 34 et 38). La juge Simmons a réaffirmé cette conclusion dans ses motifs dissidents aux par. 84 et 101 (2017 ONCA 142, 347 C.C.C. (3d) 164) :

[TRADUCTION] La juge du procès a expliqué en détail ces conclusions dans le contexte de l’objet de l’art. 121, soit de préserver l’intégrité du gouvernement. Elle a conclu que le gouvernement n’exerçait pas l’activité de procurer des systèmes de traitement de l’eau aux collectivités des Premières Nations, et qu’il n’avait pas non plus le pouvoir d’approuver l’achat de ces systèmes. En fait, les collectivités des Premières Nations étaient indépendantes du gouvernement par rapport aux tiers vendeurs comme H2O. Elle a affirmé ce qui suit :

Compte tenu de mes conclusions selon lesquelles il ne s’agissait pas d’affaires avec le gouvernement, il s’ensuit que l’intégrité du gouvernement n’était pas mise en question. Je reconnais cependant que le législateur voulait que l’al. 121(1)d) [. . .] s’applique de façon à préserver l’intégrité du gouvernement. Il se peut également que le public ait l’impression, en observant le comportement [de l’intimé], que celui-ci compromet, à tout le moins, en tant que personne ayant de l’influence auprès du gouvernement, l’intégrité du gouvernement et que son comportement donne lieu à une apparence de malhonnêteté comme il a été décrit [. . .] dans O’Brien.

However, the difference between *O'Brien* and this case is that *the government's integrity was never in issue here because regardless of [the respondent's] attempts to persuade INAC officials to purchase water systems from H2O, INAC officials were not in the business of procuring these water treatment systems for First Nations communities.*

[The respondent] appears to have erroneously believed that the government, particularly INAC, was able to assist H2O in selling their water treatment products to First Nations communities. He either never understood, or chose to ignore the information he received from his contacts at INAC and the [Assembly of First Nations] that they were the wrong entities to engage. *Had I found that INAC had the authority to either approve or purchase H2O's water treatment systems, beyond the provision of funding to First Nations, [the respondent's] conduct would have been blameworthy and I would have found him guilty of the charge of committing a fraud on the government pursuant to s. 121(1)(d).*

However, *one cannot engage in "the transaction of business with or any matter of business relating to the government" nor damage the integrity of the government when the government is not the entity with which business must be conducted in order to achieve the benefit sought. In this case, the evidence supports only one conclusion and that is that First Nations communities were autonomous from the government with respect to any business transactions with H2O.* [Emphasis added by Simmons J.A.]

...

On my reading of her reasons, the trial judge found that there was no matter of business relating to the government in this case because INAC did not have the authority to either approve or purchase H2O's water treatment systems. [Underlining added; text in brackets added by Simmons J.A.]

Thus, the purchase of point-of-use water treatment systems by First Nations did not constitute a matter of business relating to the government at the time the

Cependant, la différence entre l'affaire *O'Brien* et la présente affaire est que *l'intégrité du gouvernement n'a jamais été mise en question en l'espèce parce que peu importe les tentatives [de l'intimé] visant à persuader les représentants d'AINC d'acheter des systèmes de traitement de l'eau de H2O, les représentants d'AINC ne se livraient pas à l'activité de procurer ces systèmes de traitement de l'eau aux collectivités des Premières Nations.*

[L'intimé] semble avoir cru à tort que le gouvernement, particulièrement AINC, pouvait aider H2O à vendre ses produits de traitement de l'eau aux collectivités des Premières Nations. Soit il n'a jamais compris, soit il a choisi d'ignorer les renseignements qu'il a reçus de ses contacts à AINC et à [l'Assemblée des Premières Nations], selon lesquels ce n'était pas avec ces entités qu'il devait faire affaires. *Si j'avais conclu qu'AINC avait le pouvoir d'approuver l'achat de systèmes de traitement de l'eau de H2O ou de les acheter lui-même, au-delà du financement fourni aux Premières Nations, le comportement [de l'intimé] aurait été jugé répréhensible et je l'aurais déclaré coupable de l'accusation de fraude envers le gouvernement, infraction prévue à l'al. 121(1)d.*

Cependant, *on ne peut prendre part à « la conclusion d'affaires avec le gouvernement » ou à une action concernant « un sujet d'affaires ayant trait au gouvernement » ni nuire à l'intégrité du gouvernement lorsque ce dernier n'est pas l'entité avec laquelle il faut faire affaires pour obtenir le bénéfice visé. En l'espèce, la preuve appuie seulement une conclusion, soit que les collectivités des Premières Nations étaient indépendantes du gouvernement en ce qui a trait à la conclusion d'affaires avec H2O.* [Souligné dans l'original par la juge Simmons.]

...

Selon ma lecture de ses motifs, la juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas de sujet d'affaires ayant trait au gouvernement dans la présente affaire parce qu'AINC n'avait pas le pouvoir d'approuver l'achat de systèmes de traitement de l'eau de H2O ou de les acheter lui-même. [Je souligne; texte entre crochets ajouté par la juge Simmons.]

En conséquence, l'achat par les Premières Nations de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation ne constituait pas un sujet d'affaires ayant trait au

offence crystalized, i.e., at the time the agreement was entered into.

[81] As the Crown is precluded from challenging the trial judge's findings of fact on an appeal against an acquittal (s. 676(1) of the *Criminal Code*), it would be inappropriate for this Court to rely upon facts relating to the *Protocol for Decentralised Water and Wastewater Systems in First Nations Communities* or pilot projects to convict Mr. Carson. The trial judge dismissed arguments based on the *Protocol* as "not supported by the evidence" (para. 93). The majority of the Court of Appeal found no error in this conclusion (para. 51). Furthermore, the trial judge found evidence relating to the pilot projects to be "somewhat unclear" (para. 40) and avoided any reliance on or further consideration of them in reaching her conclusion. In any event, as noted by Simmons J.A., the evidence from INAC officials was that "it was ultimately up to First Nations Bands to take action in either participating in or advancing" any contemplated pilot project (para. 78).

[82] In addition, I would note that while s. 121(1)(d) may capture "promises to exercise influence to change or expand government programs" (Karakatsanis J.'s reasons, at para. 24), those are not the facts of this case. The Crown did not, in crafting its argument, seek to convict Mr. Carson on the basis that he agreed to use his influence to change government policies pertaining to the sale of point-of-use water treatment systems to First Nations. Its theory at trial was that, under existing operational structures, the government was a party to these purchases, i.e., there was a three-way business relationship between the Crown, First Nations communities and H2O (trial judgment, at para. 54). As such, it is my view that the trial judge did not contemplate this alternate theory or make the necessary findings of fact to convict Mr. Carson on this basis.

gouvernement au moment où l'infraction a pris forme, c'est-à-dire au moment où l'entente a été conclue.

[81] Puisque le ministère public ne peut contester les conclusions de fait du juge du procès lors d'un appel formé contre un acquittement (par. 676(1) du *Code criminel*), il serait inapproprié que la Cour invoque des faits relatifs au *Protocole pour les systèmes décentralisés d'eau potable et de traitement des eaux usées dans les collectivités des Premières nations* ou à des projets pilotes pour déclarer M. Carson coupable. La juge du procès a rejeté les arguments fondés sur le *Protocole* puisqu'ils n'étaient pas [TRADUCTION] « étayés par la preuve » (par. 93). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que cette conclusion n'était pas erronée (par. 51). En outre, la juge du procès a conclu que la preuve liée aux projets pilotes était « quelque peu obscure » (par. 40) et a évité de les invoquer ou de les analyser plus à fond lorsqu'elle a tiré sa conclusion. De toute manière, comme l'a signalé la juge Simmons, les représentants d'AINC ont indiqué, dans leurs témoignages, qu'[TRADUCTION] « il revenait en dernier ressort aux bandes des Premières Nations d'agir en participant » à un projet pilote envisagé « ou en y donnant suite » (par. 78).

[82] De plus, je tiens à souligner que, même si l'al. 121(1)d) peut viser les « promesses d'exercer de l'influence pour que l'on modifie ou élargisse des programmes gouvernementaux » (motifs de la juge Karakatsanis, par. 24), ces faits ne correspondent pas à ceux de l'espèce. Lorsqu'il a formulé son argument, le ministère public n'a pas cherché à faire déclarer coupable M. Carson pour le motif qu'il avait accepté d'exercer son influence afin que l'on modifie les politiques gouvernementales concernant la vente aux Premières Nations de systèmes de traitement de l'eau au point d'utilisation. Sa thèse au procès était que dans le cadre des structures opérationnelles existantes, le gouvernement était partie à ces achats, c'est-à-dire qu'une relation d'affaires triangulaire unissait la Couronne, les collectivités des Premières Nations et H2O (jugement de première instance, par. 54). En conséquence, je suis d'avis que la juge du procès n'a ni envisagé cette autre thèse ni tiré les conclusions de fait nécessaires pour déclarer M. Carson coupable sur ce fondement.

[83] During the hearing before this Court, the question arose as to whether Mr. Carson's behaviour might constitute an attempt for the purposes of s. 24(1) of the *Criminal Code*. Mr. Carson's counsel, in his cursory response to this question, submitted that the offence of attempt was not made out in this case because the government's lack of involvement in and control over the matter of business concerned created a legal impossibility and, consequently, all the elements of the offence were not in place in the circumstances. I would decline to resolve this question in the case at bar. The issue was not raised in the lower courts, and the Crown confirmed before this Court that the offence of attempt did not form part of its theory of the case.

V. Conclusion

[84] For these reasons, I would allow the appeal and restore Mr. Carson's acquittal.

Appeal dismissed, CÔTÉ J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Ontario, Toronto.

[83] Lors de l'audience devant la Cour, s'est posée la question de savoir si les agissements de M. Carson pourraient constituer une tentative pour l'application du par. 24(1) du *Code criminel*. Dans sa réponse sommaire à cette question, l'avocat de M. Carson a fait valoir que l'infraction de tentative n'avait pas été établie en l'espèce puisque l'absence de participation et de contrôle du gouvernement à l'égard du sujet d'affaires visé rendait la tentative juridiquement impossible et que, par conséquent, il manquait certains éléments de l'infraction dans les circonstances. Je m'abstiendrai de trancher cette question en l'espèce. La question n'a pas été soulevée devant les tribunaux d'instance inférieure, et le ministère public a confirmé devant la Cour que l'infraction de tentative ne faisait pas partie de sa théorie de la cause dans la présente affaire.

V. Conclusion

[84] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement de M. Carson.

Pourvoi rejeté, la juge CÔTÉ est dissidente.

Procureurs de l'appelant : Fasken Martineau DuMoulin, Ottawa.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, 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