



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2010 Vol. 3

1^{er} cahier, 2010 Vol. 3

Cited as [2010] 3 S.C.R. 3-210

Renvoi [2010] 3 R.C.S. 3-210

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoins administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Bank of Montreal v. Innovation Credit Union 3

Commercial law — Priorities — Unregistered provincial security interest taken in farm equipment owned by debtor — Bank Act security subsequently taken in same goods without notice of existing security — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation 103

Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.

Crown law — Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.

de Montigny v. Brossard (Succession) 64

Damages — Quantum — Moral prejudice — Spouse killing former spouse and their two children before committing suicide — Relatives of victims bringing civil liability action against murderer's succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims' successions — Trial judge allowing personal damages claim for solatium doloris and loss of moral support and dismissing action by successions — Whether compensation for solatium doloris and loss of support adequate.

Human rights — Compensation — Punitive damages — Autonomous nature — Death of perpetrator of illegal and intentional acts — Relatives of victims claiming punitive damages from murderer's succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims' successions — Whether absence of award of compensatory damages bars claim for punitive damages — Whether death of

Continued on next page

SOMMAIRE

Banque de Montréal c. Innovation Credit Union 3

Droit commercial — Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur du matériel agricole appartenant au débiteur — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquentement sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

Banque Royale du Canada c. Radius Credit Union Ltd. 38

Droit commercial — Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur des biens à venir — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquentement sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Biens acquis par le débiteur après la conclusion des deux contrats de sûreté — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks 103

Droit constitutionnel — Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

perpetrator of intentional wrong precludes award of punitive damages against his succession — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49 — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1621.

R. v. Hay 206

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to order release of exhibits for forensic testing on a motion ancillary to an application for leave to appeal — If so, whether it is in interests of justice to make such an order.

R. v. Imoro 62

Criminal law — Defences — Entrapment — Conduct of police officer not constituting entrapment.

R. v. Lee 99

Criminal law — Reasonable verdict — Accused convicted on charges of sexual assault with a weapon and unlawful confinement — Whether correct standard of review was applied — Whether evidence admissible — Whether test for assessing reasonable doubt applied properly.

R. v. Lutoslawski 60

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Trial judge misdirecting himself on question of law — Court of Appeal did not err in substituting conviction instead of ordering a new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Royal Bank of Canada v. Radius Credit Union Ltd. 38

Commercial law — Priorities — Unregistered provincial security interest taken in subsequently acquired property — Bank Act security subsequently taken in same property without notice of existing security — Collateral acquired by debtor after execution of both security agreements — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

SOMMAIRE (Suite)

ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.

de Montigny c. Brossard (Succession) 64

Dommmages-intérêts — Quantum — Préjudice moral — Conjoint tuant son ex-conjointe, ainsi que leurs deux enfants, avant de se suicider — Membres de la famille des défuntés intentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntés une action en responsabilité civile contre la succession du meurtrier — Juge de première instance accueillant le recours personnel en dommages-intérêts pour solatium doloris et perte de soutien moral et rejetant le recours successoral — Les indemnités pour solatium doloris et perte de soutien moral sont-elles adéquates?

Droits de la personne — Réparation — Dommages-intérêts punitifs — Caractère autonome — Décès de l'auteur d'actes illicites et intentionnels — Membres de la famille des défuntés présentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntés une demande de dommages-intérêts punitifs contre la succession du meurtrier — L'absence d'octroi de dommages-intérêts compensatoires rend-elle irrecevable une demande de dommages-intérêts punitifs? — Le décès de l'auteur d'actes fautifs intentionnels empêche-t-il la condamnation de sa succession à des dommages-intérêts punitifs? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49 — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1621.

R. c. Hay 206

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — La Cour suprême a-t-elle compétence pour ordonner la production de pièces aux fins d'analyses médico-légales à la suite d'une requête en ce sens accompagnant une demande d'autorisation d'appel? — Dans l'affirmative, est-il dans l'intérêt de la justice qu'une telle ordonnance soit rendue?

R. c. Imoro 62

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — La conduite du policier ne constitue pas de la provocation policière.

R. c. Lee 99

Droit criminel — Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle armée et de séquestration — Y a-t-il eu application de la bonne norme de contrôle? — La preuve était-elle recevable? — Le critère d'appréciation du doute raisonnable a-t-il été appliqué correctement?

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Lutoslawski 60

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées sur une question de droit — La Cour d'appel n'a pas fait erreur en consignant un verdict de culpabilité au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4)b(ii).

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 2010

3^e volume, 2010

Bank of Montreal *Appellant***Banque de Montréal** *Appelante*

v.

c.

Innovation Credit Union *Respondent***Innovation Credit Union** *Intimée***INDEXED AS: BANK OF MONTREAL v. INNOVATION CREDIT UNION****RÉPERTORIÉ : BANQUE DE MONTRÉAL c. INNOVATION CREDIT UNION****2010 SCC 47****2010 CSC 47**

File No.: 33153.

N° du greffe : 33153.

2010: April 19; 2010: November 5.

2010 : 19 avril; 2010 : 5 novembre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN**

Commercial law — Priorities — Unregistered provincial security interest taken in farm equipment owned by debtor — Bank Act security subsequently taken in same goods without notice of existing security — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

Droit commercial — Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur du matériel agricole appartenant au débiteur — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquentement sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

At issue is a priority dispute between a prior unregistered security interest taken under Saskatchewan's *Personal Property Security Act, 1993* ("PPSA") in farm equipment owned by the debtor, and a subsequent security interest in the same collateral taken and registered under the federal *Bank Act*.

Le pourvoi porte sur un conflit de priorité entre une sûreté antérieure non enregistrée consentie en vertu de la *Personal Property Security Act, 1993* de la Saskatchewan (« PPSA »), sur du matériel agricole appartenant au débiteur et une garantie subséquente sur les mêmes biens prise et enregistrée sous le régime de la *Loi sur les banques* du Canada (« LB »).

Innovation Credit Union took a *PPSA* security interest dated October 7, 1991, and registered on June 28, 2004. The Bank of Montreal, between 1998 and January 2004, took *Bank Act* security over much of the same property. The farmer, however, did not disclose either the Credit Union's loans or its security interest and the Bank's searches of both the *PPSA* and *Bank Act* security registries disclosed no prior security interests. After the debtor defaulted, the Bank seized and sold some of his property covered by its security.

Innovation Credit Union a obtenu une sûreté au titre de la *PPSA* le 7 octobre 1991 et l'a enregistrée le 28 juin 2004. Entré 1998 et janvier 2004, la Banque de Montréal a obtenu une garantie sur une bonne partie des mêmes biens en vertu de la *LB*. L'agriculteur n'a pas révélé les prêts consentis et la sûreté obtenue par Innovation Credit Union; les recherches faites par la Banque dans les registres des sûretés établis en vertu de la *PPSA* et de la *LB* n'ont révélé l'existence d'aucune sûreté antérieure. Par suite du défaut du débiteur, la Banque a saisi et vendu certains des biens visés par sa garantie.

The Credit Union brought an application before the Court of Queen's Bench pursuant to s. 66 of the *PPSA* seeking a declaration that it had a priority claim over the proceeds of the disposition. The applications judge held that the priority rule in s. 428 of the *Bank Act* gave the *Bank Act* security interest priority not only over subsequently acquired rights in respect of the property but also over subsequently acquired priority rights. The Court of Appeal allowed the appeal, holding that the proper interpretation of ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act* leads to the application of provincial property law to determine the effect of a prior security interest. The first-in-time *PPSA* security interest had priority over the *Bank Act* security because the Bank acquired no greater interest than the debtor had at the time the *Bank Act* security was taken. The Bank's security interest was therefore subject to the Credit Union's prior interest, regardless of the fact that the latter was unperfected.

Held: The appeal should be dismissed.

The focal point for resolving a priority dispute involving a *Bank Act* security and provincial interests, such as *PPSA* security interests, is the *Bank Act* itself. The *Bank Act* security provisions are valid federal legislation which cannot be subject to the operation of provincially enacted priority provisions. Where the *Bank Act* contains an express priority provision that is applicable to a particular priority dispute, that provision will govern. Where the priority dispute is between a *Bank Act* security interest and a conflicting security interest acquired *prior* to the bank taking its security in the collateral, the priority rule set out in s. 428 does not assist in resolving the dispute. In such cases, the provisions of the *Bank Act* nonetheless govern. Here, the priority dispute must be resolved by determining what proprietary rights were granted to the Bank under s. 427(2) of the *Bank Act*.

As the combined effect of ss. 427(2) and 435(2) is that the Bank can acquire no greater interest in the collateral than the debtor has at the relevant time, it becomes necessary to determine the nature of the debtor's interest in the collateral at the time the Bank took its security interest. The question which arises, therefore, is the nature of the interest already conveyed to the Credit Union under the *PPSA*. Because the security regime contained in the *Bank Act* is property-based, the right claimed by the competing Credit Union must be characterized as a matter of property law. While the provinces cannot legislate in order to oust the bank's rights, they can alter the law as it relates to property and civil rights. Saskatchewan did so

Innovation Credit Union s'est adressée à la Cour du Banc de la Reine en application de l'art. 66 de la *PPSA* pour se faire reconnaître la priorité sur le produit de l'aliénation des biens. Le juge des requêtes a conclu que, selon la règle de priorité établie par l'art. 428 de la *LB*, la garantie obtenue au titre de la *LB* primait non seulement les droits subséquentement acquis sur les biens, mais aussi les droits de priorité subséquentement acquis. La Cour d'appel a accueilli l'appel en statuant que, si l'on interprète bien les par. 427(2) et 435(2) de la *LB*, il faut appliquer le droit des biens provincial pour établir l'effet d'une sûreté antérieure. La sûreté préexistante, régie par la *PPSA*, avait priorité sur la garantie relevant de la *LB* parce que la Banque n'avait pas acquis un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur au moment où il lui a consenti sa garantie. La garantie de la banque était donc subordonnée à la sûreté antérieure d'Innovation Credit Union, même si cette sûreté n'avait pas été parfaite.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La clé d'un conflit de priorité entre une garantie régie par la *LB* et une sûreté régie par une loi provinciale, telle la *PPSA*, se trouve dans la *LB* elle-même. Les dispositions de la *LB* régissant les garanties sont des dispositions législatives fédérales valides qui ne peuvent être subordonnées à l'application de dispositions édictées par une province en matière de priorité. Dans les cas où la *LB* contient une disposition expresse applicable à un conflit de priorité donné, c'est cette disposition qui prime. La règle de priorité établie par l'art. 428 de la *LB* ne permet pas de régler un conflit entre une garantie régie par la *LB* et une sûreté concurrente obtenue *avant* que la banque prenne sa garantie sur les biens. Il demeure toutefois que ce conflit doit être résolu par l'application des dispositions de la *LB*. Pour ce faire, en l'espèce, il faut déterminer quels droits propriétaires ont été conférés à la Banque en application du par. 427(2) de la *LB*.

Comme l'effet conjugué des par. 427(2) et 435(2) ne permet pas à la Banque d'acquérir sur les biens un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur lui-même au moment pertinent, il faut déterminer la nature de l'intérêt que le débiteur détenait sur les biens lorsque la Banque a obtenu sa garantie. D'où la nécessité de déterminer la nature de l'intérêt déjà transmis par le débiteur à Innovation Credit Union en vertu de la *PPSA*. Puisque le régime de garantie établi par la *LB* est axé sur la propriété, le droit concurrent revendiqué par Innovation Credit Union doit être défini sous l'angle du droit des biens. Les législatures provinciales ne peuvent pas écarter les droits de la banque, mais elles peuvent

when it enacted the *PPSA*. While the *PPSA* does not contain any provisions which identify the nature of a *PPSA* security interest in proprietary terms, the effect of the legislation is to create a statutory interest which is analogous to an inchoate property right. At the time the debtor gave the Bank its *Bank Act* security interest, Innovation Credit Union already held a valid security interest in the nature of a fixed charge. The lack of perfection did not affect this interest.

The existing statutory scheme under the *Bank Act* does not permit the judicial creation of a first-to-register or, alternatively, a first-to-perfect priority rule as proposed by the Bank. Such a rule would have to be enacted by Parliament if it saw fit to do so. Under the common law, a priority dispute between two legal interests in the same property is determined in accordance with the maxim *nemo dat quod non habet*. Sections 427(1) and 435(2) of the *Bank Act* operate in the same way. The application of these provisions to the present case grants priority to Innovation Credit Union's interest.

Cases Cited

Applied: *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **referred to:** *Royal Bank of Canada v. Radius Credit Union Ltd.*, 2010 SCC 48, [2010] 3 S.C.R. 38; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Royal Bank of Canada v. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan* (1994), 115 D.L.R. (4th) 569; *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] S.C.R. 605; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1890, c. 31, s. 74.
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 425(1), 427, 428, 435(2).
Civil Code of Lower Canada.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, Book Six.
Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1, S.C. 2001, c. 4, preamble.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 8.1.
Personal Property Security Act, S.S. 1979-80, c. P-6.1 [rep. S.S. 1993, c. P-6.2, s. 72].
Personal Property Security Act, 1967, S.O. 1967, c. 73.
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 2(1)(pp), (qq), 3(1)(a), 4, 9(2), 10, 12, 18, 20(2), (3), 25, 35(1), 59, 60, 66, 72.
Uniform Commercial Code [2000 rev.], art. 9.

modifier les règles de droit en matière de propriété et de droits civils. La Saskatchewan l'a fait en édictant la *PPSA*. Bien que la *PPSA* ne précise pas la nature d'une sûreté consentie sous son régime sous l'angle de la propriété, la loi crée un intérêt légal analogue à un droit de propriété virtuel. Lorsque le débiteur a consenti à la Banque sa garantie en application de la *LB*, Innovation Credit Union détenait déjà une sûreté valide de la nature d'une charge fixe. Le défaut de parfaire la sûreté n'avait pas d'incidence sur cet intérêt.

Le régime législatif en vigueur établi par la *LB* ne permet pas aux tribunaux de créer une règle conférant priorité au premier enregistrement ou à la première sûreté parfaite, comme le demande la Banque. C'est au législateur qu'il reviendrait d'édicter pareille règle, s'il le jugeait à propos. Selon les règles de la common law, la solution à un conflit de priorité entre deux intérêts en common law dans le même bien tient à la maxime *nemo dat quod non habet*. Les par. 427(1) et 435(2) de la *LB* ont le même effet. Leur application en l'espèce donne priorité à la sûreté d'Innovation Credit Union.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Banque Royale du Canada c. Radius Credit Union Ltd.*, 2010 CSC 48, [2010] 3 R.C.S. 38; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Royal Bank of Canada c. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan* (1994), 115 D.L.R. (4th) 569; *Landry Pulpwood Co. c. Banque Canadienne Nationale*, [1927] R.C.S. 605; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

Lois et règlements cités

Acte des banques, L.C. 1890, ch. 31, art. 74.
Code civil du Bas Canada.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, Livre sixième.
Loi d'harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil, L.C. 2001, ch. 4, préambule.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 8.1.
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 425(1), 427, 428, 435(2).
Personal Property Security Act, S.S. 1979-80, ch. P-6.1 [abr. S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 72].
Personal Property Security Act, 1967, S.O. 1967, ch. 73.
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 2(1)(pp), (qq), 3(1)(a), 4, 9(2), 10, 12, 18, 20(2), (3), 25, 35(1), 59, 60, 66, 72.
Uniform Commercial Code [rév. 2000], art. 9.

Authors Cited

- Canada. Law Commission. *Modernizing Canada's Secured Transactions Law: The Bank Act Security Provisions*. Ottawa: The Commission, 2004.
- Cuming, Ronald C. C. "Case Comment: *Innovation Credit Union v. Bank of Montreal* — Interface between the *PPSA* and Section 427 of the *Bank Act*: Desirable Policy vs. Hard Legal Analysis" (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 143.
- Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 267.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
- Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242.
- Poirier, Marc-Alexandre. "Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law: A Bijural Perspective" (2003), 63 *R. du B.* 289.
- Saskatchewan. Law Reform Commission. *Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act*. Saskatoon: The Commission, 1990.
- Uniform Law Conference of Canada. *Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy*, vols. 1 and 2. Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf updated 2010).
- Ziegel, Jacob S. "Interaction of Personal Property Security Legislation and Security Interests Under the Bank Act" (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 73.
- Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Sherstobitoff, Jackson and Smith J.J.A.), 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160, 451 W.A.C. 160, 306 D.L.R. (4th) 407, [2009] 8 W.W.R. 473, 51 C.B.R. (5th) 163, 14 P.P.S.A.C. (3d) 149, [2009] S.J. No. 147 (QL), 2009 CarswellSask 156, reversing a decision of Zarzeczny J., 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227, [2008] 4 W.W.R. 143, 39 C.B.R. (5th) 260, 12 P.P.S.A.C. (3d) 223, [2007] S.J. No. 679 (QL), 2007 CarswellSask 748. Appeal dismissed.

Rick M. Van Beselaere and *Peter T. Bergbusch*, for the appellant.

Donald H. Layh, Q.C., and *Shawn M. Patenaude*, for the respondent.

Doctrine citée

- Canada. Commission du droit. *La Loi sur les banques et la modernisation du droit canadien des sûretés*. Ottawa : La Commission, 2004.
- Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. *Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada — Stratégie du droit commercial*, vol. 1 et 2. Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles mises à jour 2010).
- Cuming, Ronald C. C. « Case Comment : *Innovation Credit Union v. Bank of Montreal* — Interface between the *PPSA* and Section 427 of the *Bank Act* : Desirable Policy vs. Hard Legal Analysis » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 143.
- Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law » (1986), 65 *R. du B. can.* 267.
- Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto : Irwin Law, 2005.
- Moull, William D. « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242.
- Poirier, Marc-Alexandre. « Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law : A Bijural Perspective » (2003), 63 *R. du B.* 289.
- Saskatchewan. Law Reform Commission. *Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act*. Saskatoon : The Commission, 1990.
- Ziegel, Jacob S. « Interaction of Personal Property Security Legislation and Security Interests Under the Bank Act » (1986-87), 12 *Rev. can. dr. comm.* 73.
- Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 4th ed. Toronto : Thomson, 2006.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Sherstobitoff, Jackson et Smith), 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160, 451 W.A.C. 160, 306 D.L.R. (4th) 407, [2009] 8 W.W.R. 473, 51 C.B.R. (5th) 163, 14 P.P.S.A.C. (3d) 149, [2009] S.J. No. 147 (QL), 2009 CarswellSask 156, qui a infirmé une décision du juge Zarzeczny, 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227, [2008] 4 W.W.R. 143, 39 C.B.R. (5th) 260, 12 P.P.S.A.C. (3d) 223, [2007] S.J. No. 679 (QL), 2007 CarswellSask 748. Pourvoi rejeté.

Rick M. Van Beselaere et *Peter T. Bergbusch*, pour l'appelante.

Donald H. Layh, c.r., et *Shawn M. Patenaude*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

CHARRON J. —

LA JUGE CHARRON —

1. Overview

[1] At issue in this appeal, as well as in its companion case, *Royal Bank of Canada v. Radius Credit Union Ltd.*, 2010 SCC 48, [2010] 3 S.C.R. 38, are competing security interests taken pursuant to the provisions of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and Saskatchewan's *The Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, c. P-6.2 ("PPSA"). In order to resolve the dispute, it is necessary to consider the interaction between the old and somewhat archaic *Bank Act* security scheme on the one hand and the modern provincial regime under the *PPSA* on the other. The *PPSA*, as well as other provincial personal property statutes in Canada, has radically changed the conception of security interests as they were understood at the time the *Bank Act* was enacted over a century ago. Conflicts arising from the interaction between the two regimes, not surprisingly, have been numerous and wide-ranging. Indeed, there appears to be a broad consensus that the difficulties are not entirely soluble without legislative reform. However, legislative action has not been forthcoming in this area. It therefore falls to this Court to decide the present cases and to provide some guidance in this muddled area of law.

[2] In this case, the priority dispute is between a prior unregistered security interest taken under the *PPSA* in agricultural implements owned by the debtor at the time, and a subsequent security interest in the same collateral taken and registered under the *Bank Act*. In first instance, the applications judge held that because the Credit Union had not perfected its security interest through registration under the *PPSA*, the Bank's security had priority. In his view, the priority rule specified by s. 428 of the *Bank Act*, which gives a *Bank Act* security interest priority over subsequently acquired rights in respect of the property, also gives the bank priority over subsequently acquired *priority* rights (2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227). The Court of

1. Aperçu

[1] Il est question, dans le présent pourvoi et dans l'affaire connexe, *Banque Royale du Canada c. Radius Credit Union Ltd.*, 2010 CSC 48, [2010] 3 R.C.S. 38, de sûretés concurrentes prises en application de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46 (« *LB* »), et de *The Personal Property Security Act, 1993* de la Saskatchewan, S.S. 1993, ch. P-6.2 (« *PPSA* »). Pour régler le litige, il faut examiner l'interaction entre, d'une part, le régime de garantie, vieux et quelque peu archaïque, établi par la *LB* et, d'autre part, le régime provincial moderne créé par la *PPSA*. Celle-ci, ainsi que d'autres lois provinciales en matière de sûretés mobilières, ont changé radicalement la manière dont on percevait les sûretés lorsque la *LB* a été adoptée, il y a plus d'un siècle. Comme il fallait s'y attendre, l'interaction entre les deux régimes a donné lieu à de multiples conflits, d'une grande diversité. En fait, il semble exister un large consensus sur l'impossibilité de résoudre entièrement les difficultés qui surgissent sans une réforme législative. Or, aucune mesure législative en ce sens ne semble imminente. La Cour doit donc trancher les deux affaires qui lui sont soumises et fournir quelques indications dans ce domaine nébuleux du droit.

[2] En l'espèce, le pourvoi porte sur un conflit de priorité entre une sûreté antérieure non enregistrée consentie en application de la *PPSA* sur du matériel agricole mobilier appartenant au débiteur et une garantie subséquente sur les mêmes biens, obtenue et enregistrée sous le régime de la *LB*. En première instance, le juge des requêtes a décidé que, comme la Coopérative de crédit n'avait pas parfait sa sûreté en l'enregistreur comme le prévoit la *PPSA*, la sûreté de la banque avait priorité. De l'avis du juge, la règle de priorité prévue par l'art. 428 de la *Loi sur les banques*, prévoyant qu'une garantie consentie en vertu de cette loi prime les droits subséquentement acquis sur le bien, donne aussi priorité à la garantie de la Banque sur les droits *de priorité* acquis

Appeal for Saskatchewan allowed the appeal, finding that this reading of s. 428 cannot be supported. Rather, the proper interpretation of ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act* leads to the application of provincial property law to determine the effect of a prior security interest. Here, the first-in-time *PPSA* security interest had priority over the *Bank Act* security because the Bank acquired no greater interest than the debtor himself had at the time the *Bank Act* security was taken. The Bank's security interest was therefore subject to the Credit Union's prior interest, regardless of the fact that the latter was unperfected (2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160).

[3] On appeal before this Court, the Bank of Montreal argues that no proprietary interest in the collateral was conveyed to the Credit Union under its *PPSA* security agreement and that, consequently, it acquired an unencumbered interest in the debtor's property at the time the *Bank Act* security was taken. Alternatively, it argues that the first-in-time principle should not apply to give priority to the first to execute a security agreement as banks have no way of discovering the existence of undisclosed and unregistered *PPSA* interests. As giving such interests priority over subsequent *Bank Act* interests would expose banks to unreasonable commercial risk, the rule should be modified so as to give priority to the first to register its security agreement.

[4] In my view, the Bank's contention that no interest affecting the debtor's title was conveyed to the Credit Union under its prior, albeit unperfected, security agreement cannot be supported in law. The Court of Appeal was correct in its interpretation of the *Bank Act*. At the time that the Bank of Montreal took its *Bank Act* security, the debtor had already given the Credit Union a security interest in that collateral under the *PPSA*. As I will explain, the statutory interest acquired by the Credit Union is correlative to a proprietary right at common law

subséquentement (2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227). La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel, concluant que cette interprétation de l'art. 428 ne peut être étayée. Si l'on interprète bien les par. 427(2) et 435(2) de la *LB*, il faut appliquer le droit des biens provincial pour établir l'effet d'une sûreté antérieure. En l'occurrence, la première sûreté, régie par la *PPSA*, avait priorité sur la garantie relevant de la *LB* parce que l'intérêt acquis par la Banque n'était pas supérieur à celui que détenait le débiteur lui-même au moment où il lui a consenti cette garantie. La garantie de la Banque était donc subordonnée à la sûreté antérieure de la Coopérative de crédit, sans égard au fait que la sûreté de la Coopérative de crédit n'avait pas été parfaite (2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160).

[3] En appel devant la Cour, la Banque de Montréal fait valoir qu'aucun intérêt propriétaire dans les biens n'a été conféré à la Coopérative de crédit par le contrat de sûreté conclu sous le régime de la *PPSA* et que, par conséquent, la Banque a acquis un intérêt non grevé sur les biens du débiteur quand elle a obtenu sa garantie sous le régime de la *LB*. Subsidiairement, la Banque de Montréal fait valoir que la règle de la priorité chronologique ne devrait pas s'appliquer de manière à donner priorité au premier contrat de sûreté conclu, car les banques n'ont aucun moyen de constater l'existence de sûretés consenties sous le régime de la *PPSA* qui ne sont ni révélées ni enregistrées. Puisque le fait de donner priorité à ces droits sur ceux acquis subséquentement en vertu de la *LB* exposerait les banques à des risques commerciaux déraisonnables, il faudrait modifier la règle de façon à donner priorité au premier contrat de sûreté enregistré.

[4] À mon avis, la prétention de la Banque qu'aucun intérêt affectant le titre du débiteur n'a été accordé à la Coopérative de crédit lorsqu'elle a obtenu sa sûreté antérieure, mais non parfaite, ne peut être étayée en droit. La Cour d'appel a interprété correctement la *LB*. Lorsque la Banque de Montréal a pris sa garantie en vertu de la *LB*, le débiteur avait déjà accordé une sûreté sur ce bien à la Coopérative de crédit sous le régime de la *PPSA*. Comme je vais l'expliquer ci-dessous, l'intérêt acquis par la Coopérative de crédit en application de la loi correspond à un

and the Bank therefore took its security interest subject to it. The Bank's argument that this interpretation leads to commercially absurd results echoes the numerous cries for legislative reform and is not without merit. However, in its current manifestation, I see no satisfactory interpretation of the existing statutory scheme that would permit the judicial creation of a first-to-register or, alternatively, a first-to-perfect, priority rule as proposed by the Bank.

[5] I would dismiss the appeal.

2. The Facts and the Proceedings Below

[6] James Buist, a Saskatchewan farmer, obtained a loan from Innovation Credit Union. In order to obtain this loan, he provided the Credit Union with a security interest governed by the *PPSA* in all of his present and after-acquired personal property pursuant to a security agreement dated October 7, 1991. The Credit Union did not register this security interest until June 28, 2004.

[7] After the loans were provided by the Credit Union, the Bank of Montreal lent Buist money. In order to secure its loan, the Bank entered into security agreements with Buist between 1998 until January 2004, validly taking *Bank Act* security over much of the same property that the Credit Union had earlier taken a security interest in. Buist had not disclosed the existence of the loans from the Credit Union or the Credit Union's security interest when he sought financing from the Bank. While the Bank performed searches of both the *PPSA* and *Bank Act* security registries, no prior security interests appeared in the course of that search, as the Credit Union's security interest had not been registered.

[8] Buist ultimately defaulted on his loans and, in December 2004, the Bank seized some of Buist's property covered by its *Bank Act* security. The Credit Union brought an application before the

droit propriétaire en common law, de sorte que la garantie obtenue par la Banque lui est subordonnée. L'argument de la Banque selon lequel cette interprétation donne des résultats absurdes sur le plan commercial fait écho aux nombreuses demandes de réforme législative et n'est pas dénué de fondement. Toutefois, dans l'état actuel des choses, aucune interprétation acceptable du régime législatif actuel ne permettrait aux tribunaux d'établir une règle conférant priorité au premier enregistrement ou, subsidiairement, à la première sûreté parfaite, comme le propose la Banque.

[5] Je suis d'avis de rejeter l'appel.

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[6] James Buist, un agriculteur de la Saskatchewan, a contracté un prêt auprès de l'Innovation Credit Union (la « Coopérative de crédit »). Pour obtenir ce prêt, il a consenti à la Coopérative de crédit une sûreté sur tous ses biens actuels et futurs sous le régime de la *PPSA* en signant un contrat de sûreté daté du 7 octobre 1991. La Coopérative de crédit n'a enregistré cette sûreté que le 28 juin 2004.

[7] M. Buist a emprunté de l'argent à la Banque de Montréal après avoir contracté son emprunt auprès de la Coopérative de crédit. Pour garantir son prêt, la Banque a conclu des contrats de sûreté avec M. Buist entre 1998 et janvier 2004, obtenant ainsi une garantie valable en application de la *LB* sur une bonne partie des biens déjà visés par la sûreté de la Coopérative de crédit. Dans ses demandes de financement, M. Buist n'avait pas révélé à la Banque l'existence des prêts qu'il avait obtenus de la Coopérative de crédit et de la sûreté qu'il lui avait consentie. La Banque a fait des recherches dans les registres des sûretés établis sous le régime de la *PPSA* et de la *LB*, mais ces recherches n'ont révélé l'existence d'aucune sûreté antérieure, puisque la sûreté de la Coopérative de crédit n'avait pas été enregistrée.

[8] M. Buist a fini par cesser de rembourser ses prêts et, en décembre 2004, la Banque a saisi certains des biens de M. Buist visés par sa garantie régie par la *LB*. La Coopérative de crédit s'est adressée à

Court of Queen's Bench pursuant to s. 66 of the *PPSA* seeking a declaration that it had a priority claim over the proceeds of the disposition of that property.

[9] The applications judge, Zarzeczny J., ruled in favour of the Bank of Montreal, holding that the unregistered *PPSA* interest was subordinate to the Bank's *Bank Act* interest. Zarzeczny J. found that the priority rule specified by s. 428 of the *Bank Act* — which gives a *Bank Act* security interest priority over “all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property” — also gives the bank priority over subsequently acquired priority rights. On this basis, Zarzeczny J. held that a security interest under the *PPSA* would only have priority over a subsequently taken *Bank Act* interest where the *PPSA* interest had been perfected prior to the bank taking its security interest under the *Bank Act*. Because the Credit Union obtained priority through registration only *after* the Bank had taken its *Bank Act* interest, Zarzeczny J. gave priority to the Bank under s. 428.

[10] In addition to its being a reasonable interpretation of the text of the *Bank Act*, Zarzeczny J. viewed this interpretation as best promoting two policy goals reflected in the Act. First, it provides a means of achieving compatibility and resolving future conflicts between the *PPSA* and the *Bank Act*. Second, it promotes commercial and business lending efficacy and predictability.

[11] The Saskatchewan Court of Appeal unanimously overturned Zarzeczny J.'s decision. Jackson J.A., writing for the court, conducted a thorough review of the jurisprudence, and ultimately decided that s. 428 of the *Bank Act* did not resolve the case, as Zarzeczny J. had concluded. Rather, she turned to ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act* to resolve the dispute. Jackson J.A. held that under those provisions, when the Bank took its *Bank Act* security, it acquired only the right and title that the debtor had to give. At the time that the Bank of Montreal took its *Bank Act* security, the debtor had already

la Cour du Banc de la Reine en application de l'art. 66 de la *PPSA* pour se faire reconnaître la priorité sur le produit de l'aliénation des biens.

[9] Le juge Zarzeczny, qui a instruit la demande, a tranché en faveur de la Banque de Montréal, statuant que la sûreté non enregistrée sous le régime de la *PPSA* était subordonnée à la garantie obtenue par la Banque en vertu de la *LB*. Le juge Zarzeczny a conclu que la règle de priorité établie par l'art. 428 de la *LB* — prévoyant qu'une garantie obtenue au titre de la *LB* prime « tous les droits subséquentement acquis sur [les] biens » — donne aussi priorité à la garantie d'une banque sur les droits de priorité acquis subséquentement. Pour ce motif, le juge Zarzeczny a décidé qu'une sûreté régie par la *PPSA* n'a priorité sur une garantie prise subséquentement en vertu de la *LB* qu'à condition d'avoir été parfaite avant que la banque n'obtienne sa garantie. Comme la Coopérative de crédit n'a obtenu priorité en enregistrant sa sûreté qu'*après* l'obtention par la Banque de sa garantie en vertu de la *LB*, le juge Zarzeczny a accordé priorité de rang à la Banque en application de l'art. 428.

[10] En plus de considérer raisonnable l'interprétation susmentionnée du texte de la *LB*, le juge Zarzeczny s'est dit d'avis qu'elle favorisait l'atteinte de deux objectifs de principe intégrés à la loi. Premièrement, elle permettait d'harmoniser la *PPSA* et la *LB*, et de régler les conflits éventuels entre ces deux lois. Deuxièmement, elle contribuait à l'efficacité et à la prévisibilité en matière de prêts commerciaux.

[11] La Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé à l'unanimité la décision du juge Zarzeczny. La juge Jackson, s'exprimant au nom de la cour, a fait une analyse approfondie de la jurisprudence et a décidé, en définitive, que l'art. 428 de la *LB* ne réglait pas le dossier, comme l'avait conclu le juge Zarzeczny. La Cour d'appel s'est plutôt fondée sur les par. 427(2) et 435(2) de la *LB* pour résoudre le conflit. La juge Jackson a déclaré que, selon ces dispositions, la Banque a seulement acquis les droit et titre que le débiteur pouvait lui transmettre lorsqu'elle a pris sa sûreté en vertu de la *LB*. À ce moment-là, le

given the Credit Union an interest in that collateral by granting it a *PPSA* security interest. The Bank's interest in the collateral was therefore subject to the Credit Union's prior interest and the Credit Union had priority over the proceeds.

[12] The Bank of Montreal now appeals with leave to this Court.

3. Analysis

[13] While the *Bank Act* and the *PPSA* both allow creditors to make secured loans by taking security interests in a debtor's collateral, they have different historical origins and employ radically different conceptual frameworks. I will therefore briefly outline the history and structure of each of these statutory frameworks as a background for the discussion that follows.

3.1 *The Bank Act*

[14] The statutory scheme currently grounded in s. 427 of the *Bank Act*, which allows federally regulated banks to take security interests in certain classes of debtors' property for the purpose of taking collateral, has been a feature of the Canadian secured lending landscape in roughly its current form since the enactment in 1890 of s. 74 of *The Bank Act*, S.C. 1890, c. 31: see W. D. Moull, "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 243. For nearly a century prior to the enactment of statutes like Saskatchewan's *PPSA*, the *Bank Act* afforded federally regulated banks a mechanism of providing secured loans to borrowers, which was undoubtedly superior to the mechanisms for taking security which existed at that time at common law and equity. This in turn had the effect of greatly facilitating the making of loans to Canadian businesses in need of capital. Indeed, as Justice La Forest remarked in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 140, what is now the s. 427 security interest has "played a primordial role in facilitating access to capital by several groups that play a key role in the national economy".

débiteur avait déjà accordé un intérêt sur les biens à la Coopérative de crédit en lui consentant une sûreté sous le régime de la *PPSA*. La garantie de la Banque sur les biens était donc subordonnée à la sûreté antérieure de la Coopérative de crédit, et celle-ci avait la priorité sur le produit de l'aliénation des biens.

[12] La Banque de Montréal interjette maintenant appel devant la Cour.

3. Analyse

[13] La *LB* et la *PPSA* permettent toutes deux aux créanciers de consentir des prêts garantis en prenant des sûretés sur les biens d'un débiteur, mais ces lois ont des origines et des cadres conceptuels radicalement différents. Je vais donc exposer brièvement l'histoire et la structure de chacune pour situer l'analyse qui suit.

3.1 *La Loi sur les banques*

[14] Le régime législatif qui est aujourd'hui fondé sur l'art. 427 de la *LB* et qui permet aux banques, de compétence fédérale, de prendre des sûretés sur certaines catégories de biens des débiteurs afin d'obtenir des garanties, fait partie intégrante du secteur du crédit garanti au Canada essentiellement dans sa forme actuelle depuis l'adoption, en 1890, de l'art. 74 de l'*Acte des banques*, L.C. 1890, ch. 31 : voir W. D. Moull, « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242, p. 243. Pendant près d'un siècle avant l'adoption de lois comme la *PPSA* de la Saskatchewan, la *LB* a fourni aux banques, de compétence fédérale, un mécanisme leur permettant de consentir des prêts garantis qui était assurément supérieur aux mécanismes que leur offraient alors la common law et l'équité pour obtenir une sûreté. Ce mécanisme a eu pour effet de faciliter considérablement l'obtention de prêts par les entreprises canadiennes ayant besoin de capitaux. En fait, comme le juge La Forest l'a fait remarquer dans *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, à la p. 140, la garantie maintenant prévue par l'art. 427 a « joué un rôle primordial en permettant à plusieurs groupes qui jouent un rôle-clé dans l'économie nationale d'obtenir plus facilement des capitaux ».

[15] The general structure of the regime governing *Bank Act* security can be summarized as follows. Section 427(1) authorizes banks to lend money to a variety of borrowers for a range of purposes and to take security in specified classes of property when making such loans. Section 427(2) states that the bank acquires certain rights and powers in the property upon the delivery of a document giving security to the bank in respect of that property. More specifically as it relates to this appeal, s. 427(2)(c) grants the bank taking a *Bank Act* security “the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described”; in turn, s. 435(2) specifies that the effect of acquiring a warehouse receipt or bill of lading is to vest in the bank all the right and title of the owner of the goods. As we shall see, ss. 427(2)(c) and 435(2) are of critical importance on the issue that occupies us as, by their terms, the bank can acquire no greater interest in the collateral than the debtor himself has at the relevant time. Section 427(4) then states that unless the bank registers a notice of intention with the appropriate authority, its security interest will be void as against third parties. Finally, s. 427(3) provides the bank with an efficient mechanism of accessing its collateral by allowing the bank to seize property in the event of the debtor’s non-payment of a loan to the bank.

[16] The *Bank Act* contains relatively few provisions which explicitly address whether a *Bank Act* security has priority over other interests in the same property. On the question that occupies us, it is particularly noteworthy that while s. 428 expressly gives a *Bank Act* security interest priority over “all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property”, the *Bank Act* is silent with respect to conflicting third party interests acquired *prior* to the attachment of the bank’s security in the collateral. In the result, the *Bank Act* leaves most priority disputes to be resolved by considering whether, on the basis of applicable principles of property law, the proprietary rights granted to the bank under s. 427(2) have precedence over the competing proprietary interests. On this basis, the *Bank Act* can be characterized as a property-based security regime. This approach stands in stark contrast with modern

[15] La structure générale du régime de garanties établi par la *LB* peut être résumée comme suit. Le paragraphe 427(1) autorise les banques à consentir des prêts à divers emprunteurs à différentes fins et à prendre une garantie sur des catégories particulières de biens lorsqu’elles consentent ces prêts. Selon le par. 427(2), la banque acquiert certains droits et pouvoirs sur les biens sur remise d’un document lui accordant une garantie à l’égard de ces biens. Plus précisément, en ce qui concerne le présent appel, l’al. 427(2)(c) accorde à la banque qui obtient une garantie sous le régime de la *LB* « les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d’entrepôt ou un connaissance visant ces biens »; quant au par. 435(2), il précise que le récépissé ou le connaissance confère à la banque qui l’acquiert les droit et titre qu’avait le propriétaire des biens. Comme nous le verrons plus loin, l’al. 427(2)(c) et le par. 435(2) revêtent une importance capitale pour la question qui nous occupe, car la banque ne peut acquérir sur le bien, aux termes de ceux-ci, un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur au moment pertinent. Le paragraphe 427(4) ajoute que la banque ne pourra pas opposer sa garantie aux tiers, à moins d’avoir enregistré un préavis auprès de l’autorité compétente. Enfin, le par. 427(3) fournit à la banque un moyen efficace de réaliser sa garantie en lui permettant de saisir les biens dans l’éventualité où un prêt ne lui serait pas remboursé.

[16] La *LB* contient relativement peu de dispositions traitant expressément de la question de savoir si une garantie obtenue sous le régime de cette loi a priorité sur d’autres sûretés sur le même bien. Quant à la question qui nous occupe, il importe particulièrement de noter que, même si l’art. 428 accorde explicitement la priorité à une garantie régie par la *LB* sur « tous les droits subséquentement acquis sur [les] biens », cette loi ne dit rien sur les intérêts concurrents acquis par des tiers *avant* que la garantie de la banque ne grève les biens. Par conséquent, la *LB* n’offre pas d’autre moyen de régler la plupart des conflits de priorité que l’examen de la question de savoir si, selon les principes applicables du droit des biens, les droits propriétaires conférés à la banque par le par. 427(2) l’emportent sur les intérêts propriétaires concurrents. On peut donc considérer la *LB* comme un régime de sûretés axé sur la

provincial personal property security statutes such as the *PPSA*, to which I now turn.

3.2 *The Personal Property Security Act*

[17] Although of recent origin, provincial personal property security statutes provide the dominant legal framework for secured lending throughout Canada. Based in part on Article 9 of the American *Uniform Commercial Code* (2000 rev.), every territory and common law province has now adopted its own personal property security act (“*PPSA*”), beginning with Ontario in 1967, *Personal Property Security Act, 1967*, S.O. 1967, c. 73. Quebec has its own civil law regime which has also undergone relatively recent changes with the proclamation of the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, in 1994 (now R.S.Q., c. C-1991). While different jurisdictions adopting their own *PPSAs* have modified certain provisions of the statute in order to tailor the Act to respond to particular circumstances or meet specific objectives, the broad structure of these statutes is essentially the same in each enacting jurisdiction. Saskatchewan first enacted such a statute in 1980 with *The Personal Property Security Act*, S.S. 1979-80, c. P-6.1. This earlier statute was repealed with the enactment of *The Personal Property Security Act, 1993*, s. 72 with which we are concerned in the present case.

[18] The Saskatchewan *PPSA*, like all other provincial personal property security statutes, has greatly clarified, simplified, and rationalized the law of secured lending in personal property by essentially rendering irrelevant the distinctions between the wide variety of instruments which existed at common law and in equity for taking security interests in another person’s personal property. It does so by employing a functional approach to determining what security interests are covered by its provisions. Section 3(1)(a) of the *PPSA* stipulates that the Act applies “to every transaction that in substance creates a security interest, without regard to its form and without regard to the person

propriété. Cette approche se distingue nettement de celle adoptée dans les lois provinciales modernes en matière de sûretés mobilières comme la *PPSA*, dont je vais parler maintenant.

3.2 *The Personal Property Security Act*

[17] Bien qu’elles existent depuis peu, les lois provinciales régissant les sûretés mobilières établissent le cadre juridique dominant du crédit garanti partout au Canada. S’inspirant en partie de l’art. 9 du *Uniform Commercial Code* (rév. 2000) des États-Unis, tous les territoires et toutes les provinces de common law ont adopté leur propre loi en matière de sûretés mobilières, à commencer par la *Personal Property Security Act, 1967*, S.O. 1967, ch. 73, de l’Ontario en 1967. Le Québec dispose de son propre régime de droit civil, qui a aussi subi des modifications relativement récentes à l’occasion de l’entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, en 1994 (maintenant L.R.Q., ch. C-1991). Bien que les différents ressorts qui ont édicté leur propre loi en matière de sûretés mobilières en aient modifié certaines dispositions afin de l’adapter à une situation particulière ou à des objectifs précis, la structure générale de chacune de ces lois est essentiellement la même. La Saskatchewan a adopté pour la première fois une loi de ce genre en 1980 en édictant *The Personal Property Security Act*, S.S. 1979-80, ch. P-6.1. Cette ancienne loi a été abrogée et remplacée par *The Personal Property Security Act, 1993* en cause en l’espèce (art. 72).

[18] À l’instar de toutes les autres lois provinciales en matière de sûretés mobilières, la *PPSA* de la Saskatchewan a grandement clarifié, simplifié et rationalisé le droit du crédit garanti sur des biens personnels en enlevant essentiellement toute pertinence aux distinctions entre la vaste gamme d’instruments utilisés en common law et en equity pour la constitution d’une sûreté mobilière sur le bien d’autrui. Elle emploie à cette fin une approche fonctionnelle pour déterminer quelles sûretés tombent sous le coup de ses dispositions. L’alinéa 3(1)a de la *PPSA* prévoit qu’elle s’applique [TRADUCTION] « aux opérations qui constituent essentiellement une sûreté, quelles que soient leur forme et la personne

who has title to the collateral”. “Security interest” is in turn defined at s. 2(1)(qq) to include “an interest in personal property that secures payment or performance of an obligation”, subject to certain exceptions which are not relevant here. These provisions have the effect of extending the provisions of the *PPSA* to almost anything which serves the function of a security interest.

[19] Contemporary personal property security statutes, such as the Saskatchewan *PPSA* at issue here, also employ a conceptual framework which is radically different from that employed by the *Bank Act* and common law mechanisms of secured lending. In contrast with the property-based regime in the *Bank Act*, contemporary personal property security statutes have followed what can be characterized as a priority-based approach. The *PPSA* does not rely on either the common law notion of title or the equitable concepts of beneficial interest or equity of redemption to resolve priority disputes. Rather, for those interests that come within the scope of the Act, the *PPSA* provides a compendium of rules establishing priority rankings both as between different security interests as well as between security interests and other interests in the collateral, with no regard to the question of who actually has title to the collateral.

[20] A security interest under the *PPSA* is also enforceable against a third party. Section 10 specifies the criteria that must be met for a security interest to be enforceable against third parties in respect of the property. In a case such as this one where the collateral is tangible equipment, the principal requirement pursuant to s. 10(1)(d) is that there must be a signed security agreement that contains a description of the collateral. One of the central concepts in the *PPSA*, is the idea of attachment. As between competing security interests under the *PPSA*, attachment is of central importance since it defines when the creditor acquires an interest in specified property. In cases where the debtor owns the property at the time of execution of the security agreement, the creditor obtains a security interest in the property upon extending or promising to extend credit to the debtor, unless the parties have agreed to postpone the time of

ayant un droit de propriété sur les biens grevés ». Selon la définition donnée à l'al. 2(1)qq, « tout intérêt dans des biens personnels qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation » constitue une sûreté, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l'espèce. Selon ces dispositions, la *PPSA* s'applique à pratiquement tout ce qui joue le rôle d'une sûreté.

[19] Les lois actuelles en matière de sûretés mobilières, comme la *PPSA* de la Saskatchewan en cause ici, emploient aussi un cadre conceptuel radicalement différent de celui de la *LB* et des mécanismes de crédit garanti qu'offre la common law. Contrairement au régime axé sur la propriété qui est établi par la *LB*, les lois actuelles en matière de sûretés mobilières peuvent être considérées comme axées sur la priorité de rang. La *PPSA* offre des solutions aux conflits de priorité qui ne reposent ni sur la notion de titre en common law, ni sur les concepts de droit bénéficiaire ou de droit de rachat reconnus par l'equity. Elle établit plutôt, dans les limites de son champ d'application, un code de règles établissant un ordre de priorité entre différentes sûretés ainsi qu'entre les sûretés et les autres intérêts sur les biens donnés en garantie, sans égard à l'identité du détenteur du titre sur les biens.

[20] Une sûreté constituée sous le régime de la *PPSA* est aussi opposable aux tiers. L'article 10 précise les critères auxquels une sûreté doit répondre pour être opposable aux tiers selon les biens en cause. Dans un cas comme celui-ci, où la sûreté vise du matériel tangible, l'al. 10(1)d exige principalement l'existence d'un contrat de sûreté signé contenant une description des biens. La question de savoir si la sûreté a grevé les biens et à quel moment est un des concepts clés de la *PPSA*. Dans le cas de sûretés concurrentes prises sous le régime de la *PPSA*, cette question revêt une importance capitale, car elle détermine le moment où le créancier a acquis un intérêt dans un bien particulier. Lorsque le débiteur est propriétaire du bien lors de l'exécution du contrat de sûreté, le créancier obtient une sûreté sur le bien en consentant ou en promettant de consentir du crédit au débiteur, sauf si les parties ont convenu de reporter le moment où les biens

attachment. More precisely, s. 12 of the *PPSA* provides that a security interest attaches to property when:

12. (1) . . .

- (a) value is given;
- (b) the debtor has rights in the collateral or power to transfer rights in the collateral to a secured party; and
- (c) except for the purpose of enforcing rights between the parties to the security agreement, the security interest becomes enforceable within the meaning of section 10;

unless the parties have specifically agreed to postpone the time of attachment, in which case it attaches at the time specified in the agreement.

[21] A security interest that is attached to property will be either unperfected or perfected. Like attachment, perfection is also a concept central to the *PPSA*. The significance of perfection in the *PPSA* scheme is that a perfected security interest generally takes priority over an unperfected security interest: s. 35(1)(b). Indeed, subject to certain exceptions, the security interest in collateral that is perfected first in time generally gives the secured creditor the strongest possible claim a secured creditor can have under the *PPSA*. While there are myriad mechanisms for perfecting security interests that need not be discussed in any detail here, it suffices to note that the registration of a financing statement is one of the most important mechanisms of perfecting a security interest: s. 25. Unlike the *Bank Act*, however, the *PPSA* does not void a secured creditor's rights *vis-à-vis* third parties if the security interest is not registered.

[22] The *PPSA* provides a detailed set of rules for resolving priority disputes between competing security interests; perfection and various temporal priority rules generally serve as the default priority rules where there is no more specific rule that governs in a particular circumstance: s. 35(1). While having a security interest gives the secured creditor an interest which is enforceable both as against the

seront grevés. Plus précisément, l'art. 12 de la *PPSA* prévoit qu'une sûreté greève les biens dans les circonstances suivantes :

[TRADUCTION]

12. (1) . . .

- a) une prestation est fournie à son égard;
- b) le débiteur a des droits sur les biens grevés ou le pouvoir de transférer ces droits à un créancier garanti;
- c) sauf aux fins de l'exercice de droits entre les parties au contrat de sûreté, elle est opposable conformément à l'article 10;

à moins que les parties ne conviennent expressément de reporter la date à laquelle la sûreté prendra effet, auquel cas les biens ne deviennent grevés qu'à la date indiquée dans le contrat.

[21] Une sûreté grevant un bien peut être parfaite ou non. À l'instar du greèvement, la perfection est un concept clé de la *PPSA*. Si la perfection revêt de l'importance dans le régime de la *PPSA*, c'est qu'une sûreté parfaite a généralement priorité sur une sûreté non parfaite : al. 35(1)(b). En effet, sous réserve de certaines exceptions, la sûreté qui a été parfaite en premier confère au créancier garanti les droits les plus étendus qu'il peut acquérir sous le régime de la *PPSA*. Il existe une foule de mécanismes de perfection d'une sûreté qui n'ont pas à être analysés en détail ici, mais il suffit de signaler que l'enregistrement d'un état de financement est l'un des plus importants : art. 25. Toutefois, contrairement aux conséquences prévues dans la *LB*, le défaut d'enregistrement d'une sûreté sous le régime de la *PPSA* n'emporte pas la nullité des droits du créancier garanti *vis-à-vis* des tiers.

[22] La *PPSA* prévoit un éventail détaillé de règles pour résoudre les conflits de priorité entre des sûretés concurrentes; la perfection et diverses règles de priorité chronologique déterminent le rang des sûretés à défaut d'une règle plus précise applicable à une situation donnée : par. 35(1). Bien que la sûreté confère au créancier garanti un intérêt opposable à la fois au débiteur et aux tiers, la *PPSA* reconnaît

debtor and against third parties, the *PPSA* recognizes other stakeholders' interests in collateral by subordinating secured creditors' interests to third parties' interests in various circumstances. For example, unperfected secured interests are subordinated to the interests of a trustee in bankruptcy and in certain circumstances to transferees for value without notice: ss. 20(2) and (3). Thus, within the domain of application of the Act, the *PPSA* provides a complete set of priority rules for ranking the interests of both creditors and third parties in particular property.

[23] The *PPSA* is not, however, a fully comprehensive code. Section 4 of the *PPSA* lists a number of interests to which the *PPSA* does not apply. Of relevance to this case is s. 4(k) which provides that the Act does not apply to "a security agreement governed by an Act of the Parliament of Canada . . . including an agreement governed by sections 425 to 436 of the *Bank Act*". More will be said later about this provision.

3.3 *The Troubled Relationship Between the Bank Act and the PPSA*

[24] The scheme governing *Bank Act* security interests has not been without its critics, with commentators highlighting in particular the lack of a coherent interface between the archaic concepts underlying the *Bank Act* and the modern principles embodied in the provincial personal property security statutes: see e.g. M.-A. Poirier, "Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law: A Bijural Perspective" (2003), 63 *R. du B.* 289, at pp. 395-400; Law Reform Commission of Saskatchewan, *Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act* (1990); R. C. C. Cuming, "Case Comment: *Innovation Credit Union v. Bank of Montreal* — Interface between the *PPSA* and Section 427 of the *Bank Act*: Desirable Policy vs. Hard Legal Analysis" (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 143.

[25] Indeed, there appears to be a broad consensus as to the need to reform the scheme so as to

à d'autres personnes intéressées leurs intérêts dans les biens en subordonnant les droits des créanciers garantis à ceux de tiers dans certaines circonstances. Par exemple, les sûretés non parfaites sont subordonnées aux droits d'un syndic de faillite et, dans certaines situations, à ceux des acquéreurs à titre onéreux qui n'en connaissaient pas l'existence : par. 20(2) et (3). En conséquence, la *PPSA* prévoit, dans les limites de son champ d'application, un ensemble complet de règles déterminant l'ordre de priorité des droits des créanciers et des tiers sur un bien particulier.

[23] La *PPSA* ne constitue cependant pas un code tout à fait exhaustif. L'article 4 de la *PPSA* énumère un certain nombre de situations dans lesquelles cette loi ne s'applique pas. En l'espèce, l'al. 4k) est pertinent, car il prévoit que la *PPSA* ne s'applique pas à [TRADUCTION] « un contrat de sûreté régi par une loi du Parlement du Canada [. . .] y compris tout accord régi par les articles 425 à 436 de la *Loi sur les banques* ». Je parlerai davantage de cette disposition plus loin.

3.3 *La relation difficile entre la Loi sur les banques et la PPSA*

[24] Le régime applicable aux garanties relevant de la *LB* a fait l'objet de critiques. Des commentateurs ont souligné en particulier l'absence de cohérence entre les concepts archaïques qui sous-tendent la *LB* et les principes modernes consacrés dans les lois provinciales en matière de sûretés mobilières : voir, p. ex., M.-A. Poirier, « Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law : A Bijural Perspective » (2003), 63 *R. du B.* 289, p. 395-400; Law Reform Commission of Saskatchewan, *Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act* (1990); R. C. C. Cuming, « Case Comment : *Innovation Credit Union v. Bank of Montreal* — Interface between the *PPSA* and Section 427 of the *Bank Act* : Desirable Policy vs. Hard Legal Analysis » (2008), 71 *Sask. L. Rev.* 143.

[25] En fait, il semble exister un large consensus sur la nécessité de modifier le régime de la *LB*

harmonize it with the provincial *PPSA* regimes, and some commentators have gone so far as to suggest its total repeal, arguing that such a scheme is unnecessary in light of contemporary personal property security statutes in the provinces: see J. S. Ziegel, “Interaction of Personal Property Security Legislation and Security Interests Under the Bank Act” (1986-87), 12 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 91-95; Uniform Law Conference of Canada, *Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy* (loose-leaf); Law Commission of Canada, *Modernizing Canada’s Secured Transactions Law: The Bank Act Security Provisions* (2004), at pp. 26-30.

[26] There is no question that the provisions relating to *Bank Act* security interests have given rise to interpretive difficulties, this appeal and its companion case being examples. However, the *Bank Act* remains an integral part of the Canadian landscape of secured lending, and courts are bound to resolve these difficulties as best as can be done on the basis of the modern approach to statutory interpretation and in light of applicable constitutional principles: see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26.

3.4 *Resolving Priority Disputes Between the Bank Act and the PPSA*

[27] The Saskatchewan Court of Appeal in *Royal Bank of Canada v. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan* (1994), 115 D.L.R. (4th) 569, at pp. 586-87, formulated three basic rules for resolving priority issues of this sort: “(1) set aside the *PPSA* from the analysis and determine the priority as if the *PPSA* did not exist; (2) determine the priority pursuant to [applicable provisions of the *Bank Act*] to the extent it is possible to do so; (3) where appropriate, apply the first-in-time priority rule”. This framework of analysis was approved and applied by the Court of Appeal in this case. While this approach did not lead the Court of Appeal into error in deciding this case, it is important to note that, strictly interpreted, this formulation does

pour l’harmoniser avec ceux des lois provinciales en matière de sûretés mobilières, et certains commentateurs sont allés jusqu’à proposer son abrogation pure et simple, faisant valoir l’inutilité d’un tel régime au regard des lois provinciales en vigueur en matière de sûretés mobilières : voir J. S. Ziegel, « Interaction of Personal Property Security Legislation and Security Interests Under the Bank Act » (1986-87), 12 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 91-95; Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada, *Conférence pour l’harmonisation des lois au Canada — Stratégie du droit commercial* (feuilles mobiles); Commission du droit du Canada, *La Loi sur les banques et la modernisation du droit canadien des sûretés* (2004), p. 29-32.

[26] Il n’y a aucun doute que les dispositions régissant les garanties prises sous le régime de la *LB* ont suscité des problèmes d’interprétation, comme le démontrent la présente affaire et l’affaire connexe. La *LB* fait toutefois encore partie intégrante du domaine du crédit garanti au Canada, et les tribunaux n’ont d’autre choix que de résoudre ces difficultés du mieux qu’ils peuvent en employant la méthode moderne d’interprétation des lois et en tenant compte des principes constitutionnels applicables : voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26.

3.4 *La résolution des conflits de priorité entre la Loi sur les banques et la PPSA*

[27] Dans *Royal Bank of Canada c. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan* (1994), 115 D.L.R. (4th) 569, p. 586-587, la Cour d’appel de la Saskatchewan a formulé trois règles de base pour résoudre les conflits de priorité de cette nature : [TRADUCTION] « (1) exclure la *PPSA* de l’analyse et établir la priorité comme si cette loi n’existait pas; (2) établir, dans la mesure du possible, la priorité selon les [dispositions applicables de la *LB*]; (3) appliquer, s’il y a lieu, la règle de priorité chronologique ». La Cour d’appel a approuvé et appliqué ce cadre d’analyse en l’espèce et, bien qu’il ne l’ait pas menée à un résultat incorrect dans la présente affaire, il faut souligner que les règles formulées, interprétées strictement, ne concordent pas parfaitement avec les

not accurately reflect the applicable constitutional principles at play. It is correct to say, as directed under step (2), that the focal point for resolving a priority dispute involving a *Bank Act* security and provincial interests, such as *PPSA* security interests, is the *Bank Act* itself: *Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale*, [1927] S.C.R. 605, at p. 615. The *PPSA* should not be set aside in all respects, however, as step (1) above might be read to suggest. Rather, step (1) means simply that the internal priority rules of the *PPSA* have no bearing on determining a priority dispute between *Bank Act* and *PPSA* security interests. However, the *PPSA* retains importance in resolving the priority dispute at issue here. I will explain.

[28] As the Court held in *Hall*, the *Bank Act* security provisions are valid federal legislation which cannot be subject to the operation of provincially enacted priority provisions (*Hall*, at pp. 154-55). Because provinces cannot enact provisions that would affect the priority of a validly created federal security interest, the conceptual framework for resolving disputes between *PPSA* security interests and *Bank Act* security interests is necessarily that supplied by the *Bank Act*.

[29] Thus, where the *Bank Act* contains an express priority provision that is applicable to a particular priority dispute, that provision will govern. For example, s. 428(1) provides that a *Bank Act* security interest has priority over rights subsequently acquired in the property, as well as priority over unpaid vendors. In such cases, s. 428(1) usually provides the total answer and the analysis can end there. Where the priority dispute is between a *Bank Act* security interest and a conflicting interest acquired *prior* to the bank's taking its security in the collateral, there is no specific priority provision in the *Bank Act*. In such cases, the provisions of the *Bank Act* nonetheless govern. These priority disputes are resolved by determining what proprietary rights were granted to the bank under s. 427(2) of the *Bank Act*. As noted earlier and explained more

principes constitutionnels en jeu. Il est exact de dire, conformément à l'étape (2), que la clé d'un conflit de priorité entre une garantie régie par la *LB* et une sûreté relevant d'une loi provinciale, telle la *PPSA*, se trouve dans la *LB* elle-même : *Landry Pulpwood Co. c. Banque Canadienne Nationale*, [1927] R.C.S. 605, p. 615. Il ne faut cependant pas écarter complètement la *PPSA*, comme le laisse peut-être entendre l'étape (1). En effet, cette étape signifie simplement que les règles de priorité internes de la *PPSA* n'ont aucune incidence sur la résolution d'un conflit de priorité entre une garantie relevant de la *LB* et une sûreté relevant de la *PPSA*. Toutefois, la *PPSA* demeure importante dans la résolution du conflit de priorité en cause ici. J'expliquerai pourquoi.

[28] Comme l'a affirmé la Cour dans *Hall*, les dispositions de la *LB* régissant les garanties sont des dispositions législatives fédérales valides qui ne peuvent être subordonnées à l'application de dispositions édictées par une province en matière de priorité (*Hall*, p. 154-155). Comme les provinces ne peuvent adopter des dispositions qui influeraient sur la priorité d'une sûreté valable créée sous un régime fédéral, le cadre conceptuel applicable à la résolution d'un conflit entre une sûreté relevant de la *PPSA* et une garantie régie par la *LB* est forcément celui établi par la *LB*.

[29] Par conséquent, dans les cas où la *LB* contient une disposition expresse applicable à un conflit de priorité donné, c'est cette disposition qui prime. Par exemple, selon le par. 428(1), une sûreté relevant de la *LB* prime les droits subséquentement acquis sur les biens, de même que les droits des vendeurs impayés. En pareil cas, le par. 428(1) fournit habituellement une solution complète et l'analyse peut se terminer à ce stade. Dans le cas d'un conflit de priorité opposant une garantie régie par la *LB* à une sûreté concurrente acquise *avant* que la banque ne prenne sa garantie sur les biens, la *LB* ne contient aucune disposition particulière à appliquer pour déterminer laquelle a priorité. Il demeure toutefois que le conflit de priorité doit être résolu par l'application des dispositions de la *LB*. Pour ce faire, il faut déterminer quels droits propriétaires ont été

fully below, the combined effect of ss. 427(2) and 435(2) is that the bank can acquire no greater interest in the collateral than the debtor has at the relevant time.

[30] In determining what interest the debtor may have already conveyed to another creditor and, in such circumstances, what interest he or she had left to convey to the bank at the time of execution of the *Bank Act* security agreement, it becomes necessary to resort to the provincial property law, either at common law or under applicable provincial statutes. It is at this point that resorting to the *PPSA* becomes relevant. It is true that the internal priority rules of the *PPSA* cannot be invoked to resolve the dispute. However, it does not follow that the provincial security interest created under the *PPSA* does not exist outside these priority rules. Nor can the fundamental changes brought about by the *PPSA* be ignored in determining the nature of the prior competing interest. Far from being irrelevant under the *Bank Act*, provincial property law plays a complementary role in defining the rights granted under the *Bank Act*: see *Agricultural Credit Corp.*; R. C. C. Cuming and R. J. Wood, “Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 267, at p. 274; R. C. C. Cuming, C. Walsh and R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), at p. 589.

[31] While the provinces cannot legislate in order to oust the bank’s rights, they can alter the law as it relates to property and civil rights in the province. This is what the common law provinces did when they enacted the *PPSAs*, and what Quebec did in 1994 when it adopted the *Civil Code of Québec*, Book Six. Just as the prior rules of the *Civil Code of Lower Canada* relating to security interests no longer apply, the prior rules of the common law have been significantly altered by statute. Thus, in determining the nature of any competing provincial security interest, resort has to be made to the relevant provincial statute and the *Bank Act* has to be read in harmony with it. This approach

conférés à la banque en application du par. 427(2) de la *LB*. Comme je l’ai déjà mentionné et comme je l’expliquerai plus en détail ci-dessous, l’effet conjugué des par. 427(2) et 435(2) ne permet pas à la banque d’acquiescer sur le bien un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur lui-même au moment pertinent.

[30] Or, pour déterminer quel intérêt le débiteur a peut-être déjà transmis à un autre créancier et, le cas échéant, quel intérêt il peut encore céder à la banque au moment de la conclusion du contrat de garantie régi par la *LB*, il faut se reporter aux règles du droit des biens provincial, qu’elles soient issues de la common law ou d’origine législative. C’est à ce stade que le recours à la *PPSA* devient pertinent. Certes, il n’est pas possible de résoudre le conflit en appliquant les règles de priorité internes établies par la *PPSA*. Il ne s’ensuit toutefois pas que la sûreté provinciale créée en application de la *PPSA* n’existe pas au-delà de ces règles de priorité. De plus, en établissant la nature du droit concurrent antérieur, on ne peut faire abstraction des modifications fondamentales apportées par la *PPSA*. Loin d’être dénué de pertinence sous le régime de la *LB*, le droit provincial des biens joue un rôle complémentaire dans la définition des droits conférés par la *LB* : voir *Agricultural Credit Corp.*; R. C. C. Cuming et R. J. Wood, « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law » (1986), 65 *R. du B. can.* 267, p. 274; R. C. C. Cuming, C. Walsh et R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), p. 589.

[31] Les législatures provinciales ne peuvent pas écarter les droits de la banque, mais elles peuvent modifier les règles de droit applicables dans leur province respective en matière de propriété et de droits civils. C’est ce que les provinces de common law ont fait lorsqu’elles ont édicté leurs lois en matière de sûretés mobilières, et le Québec a fait de même en 1994 quand il a promulgué le *Code civil du Québec*, Livre sixième. À l’instar des anciennes règles du *Code civil du Bas Canada* concernant les sûretés qui ne s’appliquent plus, les anciennes règles de la common law ont été considérablement modifiées par voie législative. Ainsi, pour établir la nature d’une sûreté provinciale concurrente, il

is reflected in the preamble to the *Federal Law—Civil Law Harmonization Act, No. 1*, S.C. 2001, c. 4 (“*Harmonization Act*”):

WHEREAS the harmonious interaction of federal legislation and provincial legislation is essential and lies in an interpretation of federal legislation that is compatible with the common law or civil law traditions, as the case may be;

WHEREAS the provincial law, in relation to property and civil rights, is the law that completes federal legislation when applied in a province, unless otherwise provided by law;

Section 8.1 of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, as amended by s. 8 of the *Harmonization Act* specifically provides for the application of the “rules, principles and concepts in force in the province at the time the enactment is being applied”.

[32] Indeed, the relationship between the *Bank Act* and provincial property law is in many ways analogous to the way in which this Court in *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91, at para. 64, characterized the relationship between federal bankruptcy law and provincial law:

Even though bankruptcy is clearly a federal matter, and even though it has been established that the federal Parliament alone can determine distribution priorities, the [*Bankruptcy and Insolvency Act*] is dependent on provincial property and civil rights legislation in order to inform the terms of the *BIA* and the rights of the parties involved in the bankruptcy.

In much the same way, the *Bank Act* is dependent on provincial property law in order to give content to its provisions and to identify precisely the rights of the parties in a priority dispute involving *Bank Act* security.

faut tenir compte de la loi provinciale applicable et interpréter la *LB* en harmonie avec cette loi provinciale. Cette méthode est conforme au préambule de la *Loi d’harmonisation n° 1 du droit fédéral avec le droit civil*, L.C. 2001, ch. 4 (« *Loi d’harmonisation* ») :

Attendu :

qu’une interaction harmonieuse de la législation fédérale et de la législation provinciale s’impose et passe par une interprétation de la législation fédérale qui soit compatible avec la tradition de droit civil ou de common law, selon le cas;

que, sauf règle de droit s’y opposant, le droit provincial en matière de propriété et de droits civils est le droit supplétif pour ce qui est de l’application de la législation fédérale dans les provinces;

L’article 8.1 de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, modifié par l’art. 8 de la *Loi d’harmonisation*, prévoit explicitement le recours aux « règles, principes et notions en vigueur dans cette province au moment de l’application du texte ».

[32] À vrai dire, la relation entre la *LB* et le droit provincial des biens est à bien des égards analogue à la relation entre le droit fédéral de la faillite et le droit provincial telle que la Cour l’a décrite dans *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91, au par. 64 :

Bien que la faillite soit clairement une matière fédérale et bien qu’il ait été établi que seul le législateur fédéral pouvait arrêter l’ordre de priorité en matière de distribution, il faut nécessairement se référer aux lois provinciales en matière de propriété et de droits civils pour définir les termes utilisés dans la *LFI* et les droits des parties impliquées dans la faillite.

Il faut, pour des raisons essentiellement semblables, se référer au droit provincial des biens pour établir le contenu des dispositions de la *LB* et déterminer avec précision les droits des parties à un conflit de priorité concernant une garantie régie par la *LB*.

4. Application to This Case

[33] Nothing turns on the particular wording of the respective security agreements in this appeal and it is therefore not necessary to set out the relevant parts of each security agreement. It suffices to say that it is common ground between the parties that the Credit Union obtained from Buist a valid *PPSA* security interest that attached to the collateral in question on October 7, 1991, therefore at a time *prior* to the Bank acquiring its security interest under the *Bank Act*. The applications judge nonetheless reasoned that because the Credit Union took priority through perfection only years later after the Bank took its *Bank Act* interest, s. 428(1) of the *Bank Act* gave the Bank priority over the Credit Union's subsequently acquired priority rights. He therefore concluded that s. 428(1) was determinative of the priority dispute.

[34] I agree with the Court of Appeal that the approach adopted by the applications judge cannot be supported. First, his conclusion that s. 428(1) was determinative of the priority issue ignores the fact that the Credit Union had an existing valid security interest in the collateral, albeit unperfected at the time the Bank acquired its interest. On the question whether the Bank's security interest has priority over this *prior* unperfected *PPSA* interest, it is clear that s. 428(1) has no application. Second, the applications judge may be correct in holding that s. 428(1) would give the Bank priority over any *additional* rights that the Credit Union might have acquired through perfection. Under the *PPSA*, however, the time of perfection or the lack of perfection does not determine the nature or validity of the interest. Rather, the concept of perfection plays a role in determining which of two or more competing security interests takes priority *under the PPSA*. This priority scheme cannot be invoked to resolve the dispute in this appeal. This dispute must be resolved by examining what rights were acquired by the Bank when it took its security interest and determining whether those rights were subject to the Credit Union's prior *PPSA* interest. This requires a more detailed examination

4. Application en l'espèce

[33] Le sort du pourvoi ne tient en rien au libellé respectif des deux contrats de sûreté, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'en reproduire les extraits pertinents. Il suffit de dire que les parties conviennent que la Coopérative de crédit a obtenu de M. Buist, en application de la *PPSA*, une sûreté valide qui a grevé les biens en cause le 7 octobre 1991, soit *avant* que la Banque n'acquière sa sûreté en vertu de la *LB*. Le juge des requêtes a néanmoins estimé que, comme la Coopérative de crédit n'a parfait sa sûreté pour acquérir son droit de priorité que plusieurs années après l'obtention par la Banque de sa garantie en application de la *LB*, le par. 428(1) de cette loi donnait priorité à la Banque sur les droits subséquentement acquis par la Coopérative de crédit. Le juge a donc conclu que le par. 428(1) permettait de trancher le conflit de priorité.

[34] Je conviens avec la Cour d'appel que le raisonnement du juge des requêtes ne saurait tenir. Premièrement, sa conclusion selon laquelle le par. 428(1) permettait de trancher la question de la priorité ne prend pas en considération le fait qu'une sûreté valable sur les biens existait en faveur de la Coopérative de crédit, même si cette sûreté n'avait pas été parfaite lorsque la Banque a obtenu sa garantie. Or, la question de savoir si la garantie de la Banque l'emporte sur cette sûreté non parfaite *antérieure* prise au titre de la *PPSA* ne relève manifestement pas de l'application du par. 428(1). Deuxièmement, le juge des requêtes a peut-être eu raison de décider que le par. 428(1) donnerait priorité à la Banque sur tout droit *supplémentaire* éventuellement acquis par la Coopérative de crédit du fait de la perfection de sa sûreté. Toutefois, sous le régime de la *PPSA*, ni le moment de la perfection de la sûreté, ni le défaut de perfection n'ont une incidence sur la nature ou la validité de la sûreté. La notion de perfection joue plutôt lorsqu'il s'agit de déterminer laquelle de plusieurs sûretés concurrentes l'emporte sur les autres *en application de la PPSA*. On ne peut recourir à ce régime de priorité pour régler le conflit en l'espèce. Il faut plutôt à cette fin analyser les droits que la Banque a acquis quand

of the nature of the Bank's security interest under s. 427(2) of the *Bank Act*.

4.1 *The Nature of the Security Interest Conveyed Under the Bank Act*

[35] Section 427(2) specifies what rights and powers are conveyed to the bank when it takes a security interest under the *Bank Act* as follows:

427. . . .

(2) Delivery of a document giving security on property to a bank under the authority of this section vests in the bank in respect of the property therein described

(a) of which the person giving security is the owner at the time of the delivery of the document, or

(b) of which that person becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not the property is in existence at the time of the delivery,

the following rights and powers,

[36] The "rights and powers" which vest in the bank are then defined differently depending on the nature of the collateral. When acquiring a security interest in the types of property listed in s. 427(2)(c), the bank acquires "the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described". When taking a security interest in the types of property listed in s. 427(2)(d), the bank acquires, in addition to the rights granted to it under s. 427(2)(c), "a first and preferential lien and claim thereon for the sum secured and interest thereon". For the purposes of the present case, it is not necessary to decide what rights a bank acquires when it receives a "first and preferential lien", as none of the collateral in dispute in this case is covered by s. 427(2)(d). It all consists of "agricultural implements" as defined in s. 425(1) of the *Bank Act*, which in turn falls within the scope of s. 427(2)(c). By contrast, collateral that consists of "agricultural equipment", which by

elle a pris sa garantie et décider si ces droits étaient subordonnés à la sûreté prise antérieurement par la Coopérative de crédit sous le régime de la *PPSA*. Cette analyse suppose un examen plus détaillé de la nature de la garantie prise par la banque en vertu du par. 427(2) de la *LB*.

4.1 *La nature de la garantie consentie en application de la Loi sur les banques*

[35] Le paragraphe 427(2) indique en ces termes quels droits et pouvoirs sont conférés à la banque quand elle prend une garantie en vertu de la *LB* :

427. . . .

(2) La remise à la banque d'un document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur des biens dont le donneur de garantie :

a) soit est propriétaire au moment de la remise du document,

b) soit devient propriétaire avant l'abandon de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non au moment de cette remise,

confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les droits et pouvoirs suivants . . .

[36] Les « droits et pouvoirs » conférés à la banque varient selon la nature des biens en cause. Lorsqu'elle prend une garantie sur les types de biens énumérés à l'al. 427(2)c), la banque acquiert « les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens ». Lorsqu'elle prend une garantie sur les types de biens énumérés à l'al. 427(2)d), la banque acquiert, en sus des droits qui lui sont accordés par l'al. 427(2)c), « un gage ou privilège de premier rang sur ces biens pour la somme garantie avec les intérêts y afférents ». Pour les besoins de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de décider quels droits acquiert une banque lorsqu'elle reçoit un « gage ou privilège de premier rang », car aucun des biens en litige dans la présente affaire n'est visé par l'al. 427(2)d). Tous les biens consistent en du « matériel agricole mobilier », au sens du par. 425(1) de la *LB*, qui tombe sous le coup de l'al. 427(2)c). En revanche, les biens consistant en du « matériel agricole immobilier » qui, selon

definition under s. 425(1) is “usually affixed to real property”, falls within the scope of s. 427(2)(d). Based on the record, it would appear that none of the collateral seized by the Bank is of a kind that is “usually affixed to real property”. In any event, I would agree with the Court of Appeal that the reference to the creation of a first and preferential lien does not increase the priority position of a bank. Jackson J.A. explained as follows, at para. 42:

The reference to the creation of a “first and preferential lien” does not increase the priority position of a bank vis-à-vis another secured creditor of personal property for this reason: it is contrary to the other, explicit priority rules contained in the *Bank Act*. Thus, this aspect of s. 427(2) has been interpreted, not as a priority rule per se, but as a statement of the nature of the interest acquired, and for the purposes of addressing conflicts between a bank and the holder of an underlying interest in real property upon which agricultural equipment or crops are affixed, for example.

(See Moull, at pp. 252-53; Poirier, at p. 314.)

[37] The question then becomes one of identifying what rights a bank acquires when it receives “the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described”. This question is answered by s. 435(2) of the *Bank Act*, which specifies that the effect of a warehouse receipt or bill of lading is to give the bank all the right and title of the owner of the goods. It provides as follows:

435. . . .

(2) Any warehouse receipt or bill of lading acquired by a bank under subsection (1) vests in the bank, from the date of the acquisition thereof,

(a) all the right and title to the warehouse receipt or bill of lading and to the goods, wares and merchandise covered thereby of the previous holder or owner thereof; and

(b) all the right and title to the goods, wares and merchandise mentioned therein of the person from whom the goods, wares and merchandise were received or acquired by the bank, if the warehouse receipt or bill of lading is made directly in favour of the bank, instead of to the previous holder or owner of the goods, wares and merchandise.

la définition donnée à ce terme au par. 425(1), est « habituellement fix[é] à des biens immeubles » tombent sous le coup de l'al. 427(2)d). D'après le dossier, aucun des biens saisis par la Banque n'appartiendrait à la catégorie des biens « habituellement fixés à des biens immeubles ». Quoi qu'il en soit, je suis d'accord avec la Cour d'appel que la mention de la création d'un gage ou privilège de premier rang n'accroît pas la priorité d'une banque. La juge Jackson a expliqué cela comme suit au par. 42 :

[TRADUCTION] La mention de la création d'un « gage ou privilège de premier rang » n'accroît pas la priorité d'une banque vis-à-vis d'un autre créancier détenant une sûreté sur les biens personnels pour la raison suivante : cela va à l'encontre des autres règles de priorité, explicites, qui figurent dans la *Loi sur les banques*. Par conséquent, cet élément du par. 427(2) a été interprété, non pas comme une règle de priorité en soi, mais comme une description de la nature du droit acquis, et aux fins du règlement des conflits entre une banque et le titulaire d'un droit sous-jacent sur un bien immobilier auquel sont fixés, par exemple, du matériel agricole ou des récoltes.

(Voir Moull, p. 252-253; Poirier, p. 314.)

[37] Il faut alors établir quels droits acquiert une banque quand elle se voit accorder « les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissement visant [l]es biens ». Cette question trouve réponse dans le par. 435(2) de la *LB*, lequel précise qu'un récépissé d'entrepôt ou un connaissement a pour effet d'accorder à la banque les droit et titre du propriétaire des biens. Ce paragraphe prévoit ce qui suit :

435. . . .

(2) Tout récépissé d'entrepôt ou connaissement confère à la banque qui l'a acquis, en vertu du paragraphe (1), à compter de la date de l'acquisition :

a) les droit et titre de propriété que le précédent détenteur ou propriétaire avait sur le récépissé d'entrepôt ou le connaissement et sur des effets, denrées ou marchandises qu'il vise;

b) les droit et titre qu'avait la personne, qui les a cédés à la banque, sur les effets, denrées ou marchandises qui y sont mentionnés, si le récépissé d'entrepôt ou le connaissement est fait directement en faveur de la banque, au lieu de l'être en faveur de leur précédent détenteur ou propriétaire.

[38] The precise nature of the rights and powers vested in the bank under these provisions was the object of some debate. This debate was settled by this Court in *Hall*. La Forest J., writing for the Court, described the combined effect of these provisions as follows:

The nature of the rights and powers vested in the bank by the delivery of the document giving the security interest has been the object of some debate. . . . I find the most precise description of this interest to be that given by Professor Moull in his article “Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251. Professor Moull, correctly in my view, stresses that the effect of the interest is to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. [Emphasis added; pp. 133-34.]

La Forest J. adopted the following explanation by Professor Moull, at p. 251:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 effectively acquires legal title to the borrower’s interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank’s interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time. [Emphasis added.]

[39] In this appeal, the debtor owned the collateral in question at the time he gave the Bank its security interest and there is no issue that the Bank acquired the debtor’s interest in the property and that its interest vested at the time the security agreement was executed. The question of what interest the bank acquires at the time of delivery of the security document in respect of any assigned after-acquired property is discussed in the companion case.

[40] As the Bank effectively acquired legal title to whatever rights the debtor held in the assigned property, it becomes necessary to determine the nature of the debtor’s proprietary interest in the

[38] La nature précise des droits et pouvoirs conférés à la banque en application des dispositions précitées a fait l’objet de certaines discussions, qui ont été réglées par la Cour dans *Hall*. Le juge La Forest, s’exprimant au nom de la Cour, a décrit ainsi l’effet conjugué de ces dispositions :

La nature des droits conférés à la banque par la remise du document accordant la sûreté a fait l’objet de certaines discussions. [. . .] J’estime que la description la plus précise de cette sûreté est celle que donne le professeur Moull dans son article intitulé « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242, à la p. 251. Le professeur Moull souligne, à juste titre à mon avis, que l’effet de la sûreté est de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est [consentie]. [Je souligne; p. 133-134.]

Le juge La Forest a fait sienne l’explication qui suit, offerte par le professeur Moull :

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l’art. 178 acquiert effectivement le titre en common law sur l’intérêt de l’emprunteur dans les biens présents et à venir offerts en garantie. Le droit de la banque grève ces biens dès que la sûreté est consentie ou dès que l’emprunteur les acquiert et les biens demeurent grevés jusqu’à ce que la banque accorde mainlevée, sans égard aux changements survenus dans leurs attributs ou leurs éléments. L’emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en equity, mais la banque acquiert effectivement le titre en common law sur tous les droits que l’emprunteur détient, à un moment ou à un autre, sur les biens offerts en garantie. [Je souligne; p. 251.]

[39] Dans le présent appel, le débiteur était propriétaire des biens visés au moment où il a consenti la garantie à la Banque, et il ne fait aucun doute que la Banque a acquis l’intérêt du débiteur sur les biens et que cet intérêt lui a été conféré à la conclusion du contrat de sûreté. J’analyse, dans l’arrêt connexe, la nature de l’intérêt qui est dévolu à la banque lorsque le document qui lui est remis lui accorde une garantie sur des biens à venir.

[40] Comme la Banque a effectivement acquis le titre en common law sur les droits du débiteur dans les biens affectés à la garantie, il faut établir la nature de l’intérêt propriétaire que détenait le débiteur

collateral at the time that the Bank took its security interest under s. 427. Buist owned the property, but he had already given the Credit Union a *PPSA* security interest in the collateral in question. He could not convey to the Bank any greater interest than what he himself had left in the property. The question becomes: What is the nature of the interest already conveyed to the Credit Union by Buist under the *PPSA*?

4.2 *The Nature of the PPSA Security Interest*

[41] The *PPSA* does not contain any provisions which identify the nature of a *PPSA* security interest in proprietary terms. This is because, as discussed above, for those interests to which the *PPSA* applies, the *PPSA* resolves priority disputes through a detailed set of priority rules rather than on the basis of title or the form of a transaction. However, because the *PPSA*'s internal provisions do not apply to *Bank Act* security, and because the security regime contained in the *Bank Act* is property-based, it is necessary for the purposes of deciding the priority dispute in this case to characterize the *PPSA* security interest as a matter of property law: see Cuming and Wood, at p. 274.

[42] Two characteristics of the *PPSA* are relevant for the present case. First, it is clear that *PPSA* security interest, just as the *Bank Act* security interest, is a statutorily created interest and, as such, an interest recognized at law. While some of the historical forms of security created equitable rather than legal interests, the effect of the *PPSA*'s functional approach, which covers all of these antecedent security interests, is to treat them all equally as "security interests" under the *PPSA*. This conclusion is also the consensus found in the academic commentary, and I see no reason to depart from it: see Cuming and Wood, at p. 275; Poirier, at p. 360.

[43] Second, it is clear that having a *PPSA* security interest in collateral does not give a creditor full right and title to the collateral. Rather, a *PPSA* security interest gives the secured creditor an interest in the property to the extent of the debtor's

dans les biens lorsque la Banque a pris sa garantie en vertu de l'art. 427. M. Buist était propriétaire des biens, mais il avait déjà consenti à la Coopérative de crédit une sûreté régie par la *PPSA* sur les biens en question. Il ne pouvait pas conférer à la Banque un intérêt supérieur à celui qu'il conservait lui-même dans le bien. Il faut donc déterminer quelle est la nature du droit que M. Buist avait déjà conféré à la Coopérative de crédit en application de la *PPSA*.

4.2 *La nature de la sûreté relevant de la PPSA*

[41] Aucune disposition de la *PPSA* ne précise la nature d'une sûreté créée au titre de cette loi sous l'angle de la propriété. Il en est ainsi parce que, comme je l'ai déjà signalé, la *PPSA* règle les conflits de priorité entre des sûretés créées sous son régime au moyen d'un ensemble détaillé de règles de priorité plutôt qu'en fonction du titre ou de la forme d'une opération. Cependant, puisque les dispositions internes de la *PPSA* ne s'appliquent pas à une garantie relevant de la *LB*, et que le régime de garantie établi par la *LB* est axé sur la propriété, il faut considérer la sûreté régie par la *PPSA* sous l'angle de la propriété pour trancher le conflit de priorité en l'espèce : voir Cuming et Wood, p. 274.

[42] Deux caractéristiques de la *PPSA* sont pertinentes en l'espèce. En premier lieu, il est clair qu'une sûreté régie par la *PPSA*, tout comme une garantie régie par la *LB*, est une sûreté d'origine législative et, à ce titre, une sûreté reconnue en droit. Bien que certaines des anciennes formes de sûreté aient eu pour effet de conférer des intérêts en equity plutôt que des intérêts en common law, l'approche fonctionnelle adoptée dans la *PPSA* englobe toutes les sûretés qui existaient autrefois et les traite sur un pied d'égalité, comme des « sûretés » au sens de cette loi. Cette conclusion fait aussi consensus chez les auteurs de doctrine et je ne vois aucune raison de m'en écarter : voir Cuming et Wood, p. 275; Poirier, p. 360.

[43] En deuxième lieu, il est évident qu'une sûreté relevant de la *PPSA* ne confère pas au créancier les droit et titre absolus sur les biens en cause. Une sûreté de ce genre accorde plutôt au créancier un intérêt dans le bien dont la portée correspond à celle

obligation. Upon the debtor's default, the secured creditor has no interest in the collateral beyond the satisfaction of the debtor's obligation as well as reasonable costs of seizing and disposing of the collateral to satisfy the obligation: ss. 59 and 60.

[44] The Bank's argument, as I understand it, respecting the nature of the interest conveyed to the Credit Union under the *PPSA* and the consequential effect of that conveyance on Buist's interest as owner appears to be twofold. First, the Bank argues that because the *PPSA* secured creditor does not acquire the debtor's right and title to the collateral, Buist's interest as owner is not lost as a result of his grant of a security interest and that he thus remains free to convey that full interest to the Bank under s. 427 of the *Bank Act*. As the Bank puts it in its factum: "A debtor retains the right and title to the goods, but encumbers the collateral by the grant of a security interest. The security interest clogs or encumbers the right and title but does not convey the debtor's right and title" (para. 49). Second, the Bank acknowledges that "[t]his is not to suggest that the grant of a security interest does not affect a debtor's right and title nor is it to suggest that the grant of a security interest would be of no consequence and no binding affect [*sic*] upon a bank taking *Bank Act* security." The Bank urges the Court to find that the impact and sustainability of the *PPSA* security interest *vis-à-vis* the bank that acquires a *Bank Act* security falls to be determined on the basis of a first-in-time-to-register principle (Factum, para. 53).

[45] I will deal firstly with the Bank's contention that no proprietary interest was conveyed to the Credit Union under its prior security agreement because the agreement was not registered. I cannot accept this contention. The notion that no proprietary interest is conveyed until some later event occurs (i.e. registration), thereby allowing intervening interests to attach and take priority until such event occurs, would effectively characterize the *PPSA* security interest as analogous to a type of floating charge, an argument which was rejected

de l'obligation du débiteur. En cas de défaut du débiteur, le créancier garanti n'a aucun intérêt dans le bien au-delà de l'exécution de l'obligation du débiteur et des frais raisonnables de saisie et d'aliénation des biens engagés pour l'exécution de cette obligation : art. 59 et 60.

[44] À ce que je comprends, l'argument de la Banque sur la nature de l'intérêt conféré à la Coopérative de crédit en application de la *PPSA* et sur ce qui advient en conséquence de l'intérêt de M. Buist en tant que propriétaire semble comporter deux volets. Premièrement, la Banque fait valoir qu'étant donné que le créancier garanti au titre de la *PPSA* n'acquiert pas les droits et titre du débiteur sur le bien, M. Buist ne perd pas son intérêt de propriétaire des biens en consentant une sûreté et demeure ainsi libre de transmettre ce plein intérêt à la Banque en vertu de l'art. 427 de la *LB*. Comme la Banque l'affirme dans son mémoire : [TRADUCTION] « Un débiteur conserve les droit et titre sur les biens, mais grève les biens offerts en garantie en consentant une sûreté. La sûreté entrave ou grève les droit et titre du débiteur, mais n'a pas pour effet de les transmettre » (par. 49). Deuxièmement, la Banque admet que « [c]ela ne veut pas dire que la concession d'une sûreté n'a aucune incidence sur les droit et titre d'un débiteur et qu'elle n'a ni conséquence ni force obligatoire pour une banque qui obtiendrait une garantie sous le régime de la *Loi sur les banques*. » La Banque exhorte la Cour à conclure que l'effet et la validité de la sûreté régie par la *PPSA* pour la banque qui acquiert une garantie sous le régime de la *LB* doivent être établis en fonction du principe du premier enregistrement (mémoire, par. 53).

[45] Je traiterai d'abord de la prétention de la Banque qu'aucun intérêt propriétaire n'a été transmis à la Coopérative de crédit par son contrat de sûreté antérieur étant donné que ce contrat n'a pas été enregistré. Je ne puis retenir cette prétention. La thèse voulant qu'aucun intérêt propriétaire ne soit transmis avant qu'un événement quelconque ne survienne (p. ex. l'enregistrement), ce qui permettrait que d'autres sûretés grèvent les biens et aient priorité, établirait en fait une analogie entre la sûreté relevant de la *PPSA* et une charge flottante, analogie que la

by this Court in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411. I will review the relevant findings of the Court in that case.

[46] In *Sparrow Electric*, the Royal Bank secured a loan made to Sparrow Electric with a general security agreement under the Alberta *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“Alberta PPSA”), covering Sparrow’s present and after-acquired property and with *Bank Act* security created by an assignment of inventory under s. 427 of the *Bank Act* over the same collateral. A question arose whether the Royal Bank’s security interests took priority over a deemed statutory trust which had subsequently attached to moneys deducted by Sparrow from wages but not remitted to the Crown. Much of the Court’s analysis is not of relevance to this appeal; in particular, the discussion about the nature of the competing Crown interest and the effect of a licence agreement entered into by the parties (which was the question over which the Court ultimately divided) need not be reviewed here. *Sparrow Electric* is of interest, however, because in resolving the priority dispute, it became necessary for the Court to determine the nature of both the Royal Bank’s security interest under the *Bank Act* and the nature of its security interest under the Alberta statute. There was much debate at the time as to whether the Bank’s security interest under each statute should be characterized as either a floating, or a fixed and specific charge. Gonthier J. (dissenting, but not on this point) explained the significance of the distinction between a fixed and a floating charge as follows (at para. 46):

The critical significance of the characterization of an interest as being fixed or floating, of course, is that it describes the extent to which a creditor can be said to have a proprietary interest in the collateral. In particular, during the period in which a charge over inventory is floating, the creditor possesses no legal title to that collateral. For this reason, if a statutory trust or lien attaches during this time, it will attach to the debtor’s interest and take priority over a subsequently crystallized floating charge. However, if a security interest can be characterized as a fixed and specific charge, it

Cour a rejetée dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. Je vais analyser les conclusions pertinentes tirées par la Cour dans cet arrêt.

[46] Dans l’affaire *Sparrow Electric*, la Banque Royale avait garanti un prêt consenti à Sparrow Electric, d’une part, au moyen d’une convention de sûreté générale lui accordant une sûreté, sous le régime de la *Personal Property Security Act* de l’Alberta, S.A. 1988, ch. P-4.05 (la « loi albertaine »), sur les biens que Sparrow possédait alors ou qu’elle acquerrait par la suite et, d’autre part, au moyen d’une cession de biens figurant dans un inventaire lui accordant une garantie sur les mêmes biens en vertu de l’art. 427 de la *LB*. La question s’est posée de savoir si les sûretés de la Banque Royale avaient priorité sur une fiducie légale réputée applicable aux retenues salariales effectuées par Sparrow, mais non versées à la Couronne. Une bonne partie de l’analyse de la Cour est hors de propos en l’espèce; plus particulièrement, il n’est pas nécessaire d’étudier ici la nature du droit concurrent de la Couronne et l’effet d’un accord de licence conclu entre les parties (la question au sujet de laquelle la Cour était divisée en fin de compte). L’arrêt *Sparrow Electric* est cependant digne d’intérêt parce que, pour régler le conflit de priorité, la Cour a dû établir la nature de la garantie prise par la Banque Royale en vertu de la *LB* et de sa sûreté relevant de la loi albertaine. La question de savoir si la sûreté prise par la Banque en application de chacune des lois devait être qualifiée de charge flottante ou de charge fixe et spécifique a été amplement débattue. Le juge Gonthier (dissident, mais non sur ce point) a expliqué comme suit, au par. 46, l’importance de la distinction entre une charge fixe et une charge flottante :

L’importance cruciale de qualifier un droit de fixe ou de flottant réside, évidemment, dans le fait que cette qualification décrit la mesure dans laquelle on peut dire qu’un créancier possède un droit de propriété sur le bien donné en garantie. Plus particulièrement, pendant la période où un privilège sur les biens figurant dans un inventaire est flottant, le créancier ne possède aucun droit de propriété sur ces biens donnés en garantie. C’est pour cette raison que, si une fiducie ou un privilège légal grève ces biens pendant cette période, cette fiducie ou ce privilège légal grèvera le droit du débiteur et aura priorité de rang sur le

will take priority over a subsequent statutory lien or charge; in such a case, all that the lien can attach to is the debtor's equity of redemption in the collateral [Emphasis added.]

[47] As we can see, the Bank's contention in this appeal that the *PPSA* creditor acquired no interest that would affect the title to the collateral echoes the argument made in *Sparrow Electric*. In *Sparrow Electric*, it was argued that the security interest did not "crystallize" until such time as the debtor acquired the property. Much in the same way, it is argued here that the creditor under the *PPSA* did not obtain an interest that affected the title to the collateral until such time as registration later occurred. The Court unequivocally rejected any notion that the *PPSA* security interest taken by the Royal Bank under the Alberta *PPSA* only crystallized upon the happening of a future event. After reviewing the relevant case law and academic commentaries, Gonthier J. concluded that the general security agreement taken under the Alberta *PPSA* could only be characterized as a fixed charge. (As we shall see in the companion appeal, the Court reached the same conclusion in respect of the *Bank Act's* security interest over both present and after-acquired property.) He found support in this conclusion from the fact that the academic literature was unanimous that *PPSA* legislation treats *all* charges, including floating securities, as fixed charges. The *PPSA* security interest over all present and future inventory of the debtor was described as "correlative to the notion of a creditor's having legal proprietary rights in the collateral" (para. 60), a right which "represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets" (para. 63 (emphasis added; emphasis in original deleted)). He further commented on how this legislative creation of a fixed charge over both present *and future* assets challenged our traditional conception of a fixed charge. The peculiar nature of a *PPSA* security interest over after-acquired property is discussed further in the companion *Royal Bank* appeal.

privège flottant subséquentement cristallisé. Cependant, si une garantie est qualifiée de privilège fixe et spécifique, elle aura priorité de rang sur un privilège légal subséquent; dans ce cas, tout ce que le privilège peut grever, c'est le droit de rachat que le débiteur possède sur le bien donné en garantie . . . [Je souligne.]

[47] Comme nous pouvons le constater, la prétention de la Banque en l'espèce selon laquelle le créancier bénéficiant d'une sûreté en vertu de la *PPSA* n'acquiert aucun intérêt qui affecterait le titre des biens donnés en garantie fait écho à l'argument avancé dans *Sparrow Electric*. Dans cet arrêt, on a fait valoir que la sûreté ne s'est « cristallisée » que lorsque le débiteur a acquis le bien en question. Dans le même ordre d'idées, on fait valoir en l'espèce que le créancier bénéficiant d'une sûreté en vertu de la *PPSA* n'a pas obtenu d'intérêt affectant le titre sur les biens avant l'enregistrement effectué plus tard. La Cour a rejeté sans équivoque la thèse selon laquelle la sûreté prise par la Banque Royale en vertu de la loi albertaine en matière de sûretés mobilières ne s'est cristallisée que lorsqu'un événement à venir est survenu. Après avoir analysé la jurisprudence pertinente et la doctrine, le juge Gonthier a conclu que la sûreté générale prise en application de la loi albertaine devait impérativement être qualifiée de charge fixe. (Comme nous le verrons dans l'appel connexe, la Cour est arrivée à la même conclusion à l'égard de la garantie sur les biens actuels et à venir obtenue en vertu de la *LB*.) Il a appuyé cette conclusion sur l'avis unanime des auteurs de doctrine que la loi en matière de sûretés mobilières traite *toutes* les charges, y compris les sûretés flottantes, comme des charges fixes. La sûreté consentie en vertu de la loi en matière de sûretés mobilières sur tous les biens actuels ou à venir de l'inventaire du débiteur a été considérée comme « correspond[ant] à la notion d'un créancier qui a les droits de propriété sur le bien donné en garantie » (par. 60), un droit qui « représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d'éléments d'actif présents et futurs » (par. 63 (je souligne; soulignement dans l'original omis)). Il a ajouté que la création par la loi d'une charge fixe sur des éléments d'actif présents *et futurs* mettait en question notre conception traditionnelle d'une charge fixe. Le caractère particulier d'une sûreté créée au titre de la *PPSA* sur les biens à venir est analysé plus à fond dans l'affaire connexe *Banque Royale*.

[48] In my view, it is not open to the Bank in this appeal to now argue that the statutory interest conveyed to the Credit Union is not analogous to a proprietary right. At the time Buist gave the Bank of Montreal its *Bank Act* security interest, Innovation Credit Union already held a valid security interest in the nature of a fixed charge. This means that any subsequent interest could only be taken in respect of Buist's equity of redemption in the property.

[49] Nor can I accept the argument that the lack of perfection affects this characterization. Under the *PPSA*, the time of perfection, or the lack of perfection, determines which of two or more competing security interests takes priority. It does not determine the nature or validity of the interest. With the introduction of the *PPSA*, the legislation no longer declares unregistered interests void. Section 10 of the *PPSA* specifies what criteria must be met for a security interest to be enforceable against third parties. As the Bank acknowledges at para. 22 of its factum: "The principal requirement in a situation such as this, where the collateral is tangible equipment, is that pursuant to s. 10(1)(d) there must be a signed security agreement that contains a description of the collateral." It is not disputed that this requirement is met in this case.

[50] I now turn to the Bank's submission that the dispute should be resolved according to a first-to-register priority rule.

4.3 *Resolving the Priority Dispute*

[51] As determined above, this dispute is between two competing valid legal interests in the same collateral. Under the common law, a priority dispute between two legal interests in the same property is determined in accordance with the maxim *nemo dat quod non habet*: see B. Ziff, *Principles of Property Law* (4th ed. 2006), at pp. 432-34. Simply put, under this rule where A conveys legal title to property first to B and subsequently to C, legal title vests in B. Since A no longer has legal title to give to C, A cannot transfer title to C. Thus, as between two competing legal interests in property,

[48] À mon avis, la Banque ne peut pas faire valoir maintenant dans le présent appel que l'intérêt légal transmis à la Coopérative de crédit n'est pas analogue à un droit propriétaire. Lorsque M. Buist a consenti à la Banque de Montréal sa garantie en application de la *LB*, la Coopérative de crédit détenait déjà une sûreté valide de la nature d'une charge fixe. Cela veut dire que toute sûreté subséquente ne pouvait être prise que sur le droit de rachat de M. Buist relativement aux biens.

[49] Je ne puis retenir non plus l'argument que le défaut de parfaire la sûreté influe sur cette qualification. Sous le régime de la *PPSA*, le moment où la sûreté a été parfaite, ou le défaut de la parfaire, détermine laquelle de deux sûretés concurrentes prend rang avant l'autre, mais ce facteur n'a pas d'incidence sur la nature ou la validité de la sûreté. Depuis l'adoption de la *PPSA*, le défaut d'enregistrement n'emporte plus la nullité de la sûreté. L'article 10 de la *PPSA* indique à quels critères une sûreté doit répondre pour être opposable aux tiers. La Banque admet ce qui suit au par. 22 de son mémoire : [TRADUCTION] « Dans une situation comme celle-ci, où les biens constituent du matériel tangible, la principale exigence, suivant l'al. 10(1)d), est l'existence d'un contrat de sûreté signé qui contient une description des biens. » Il n'est pas contesté que cette règle est respectée en l'espèce.

[50] J'examinerai maintenant la prétention de la Banque que le conflit doit être tranché selon la règle de priorité du premier enregistrement.

4.3 *La résolution du conflit de priorité*

[51] Comme je l'ai déjà indiqué, le conflit en l'espèce oppose deux sûretés concurrentes valides visant les mêmes biens. Selon les règles de la common law, la solution à un conflit de priorité entre deux intérêts en common law dans le même bien tient à la maxime *nemo dat quod non habet* : voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (4^e éd. 2006), p. 432-434. En termes simples, cette règle prévoit que, si A cède le titre en common law sur un bien à B, et ensuite à C, le titre est dévolu à B. Puisque A n'a plus de titre en common law à donner à C, il ne peut pas lui transmettre pareil titre. Ainsi, en

the *nemo dat* rule gives priority to the first party to take a legal interest in the property. The application of the common law rule to the present case grants priority to Innovation Credit Union's interest. As we have seen, the *Bank Act* establishes a property-based security scheme under which, by the combined effect of ss. 427(2) and 435(2), the Bank can receive no greater interest in the property than the debtor has. As such, these provisions operate in the same way as the common law *nemo dat* rule. At the time the Bank took its *Bank Act* security interest, the Credit Union already held a statutory interest in the same collateral which, in proprietary terms, is correlative to a fixed charge. Therefore, the Bank could only take its interest subject to this prior interest.

[52] The Bank of Montreal submits that the *nemo dat* rule should not be applied in the circumstances of this case, as it leads to commercially unreasonable results. As banks taking *Bank Act* security have no way of discovering the existence of undisclosed and unregistered *PPSA* interests, giving such interests priority over subsequent *Bank Act* interests would expose banks to unreasonable commercial risk. The Bank therefore urges the Court to adopt a rule that would give priority to the party that is first in time to *register* its interest.

[53] The Bank's argument echoes the cry by many commentators for legislative reform. Of course, it would be open to Parliament to amend the *Bank Act* and to add expressly a priority rule which would subordinate a prior unperfected *PPSA* interest to a subsequent *Bank Act* interest. However, such a rule can only be judicially created if it is not contrary to the provisions of the *Bank Act* in its existing manifestation. In my view, the adoption of a first-to-register rule would run contrary to ss. 427(2) and 435(2). The failure to register does not take anything away from the nature and validity of the Credit Union's prior interest. As Professors

présence de deux intérêts en common law concurrents dans un bien, la règle *nemo dat* accorde priorité de rang à la première partie à acquérir un intérêt en common law dans le bien. L'application de la règle de la common law dans le présent dossier a pour effet de donner priorité de rang à l'intérêt de la Coopérative de crédit. Comme nous l'avons constaté, la *LB* établit un régime de sûreté axé sur la propriété selon lequel, par suite de l'effet conjugué des par. 427(2) et 435(2), la Banque ne peut recevoir dans les biens un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur lui-même. Ces dispositions s'appliquent donc de la même manière que la règle *nemo dat* de la common law. Lorsque la Banque a pris sa sûreté en vertu de la *LB*, la Coopérative de crédit avait déjà acquis sur le même bien un intérêt légal qui, sous l'angle de la propriété, correspondait à une charge fixe. En conséquence, la Banque ne pouvait prendre sa sûreté que sous réserve de cette sûreté antérieure.

[52] La Banque de Montréal soutient que l'application de la règle *nemo dat* doit être écartée dans les circonstances, car elle donne des résultats déraisonnables sur le plan commercial. Puisque les banques prenant une garantie sous le régime de la *LB* n'ont aucun moyen de découvrir l'existence de sûretés relevant de la *PPSA* qui n'ont été ni révélées, ni enregistrées, le fait d'accorder la priorité aux sûretés de ce genre sur les garanties subséquentes régies par la *LB* exposerait les banques à des risques commerciaux déraisonnables. La Banque presse donc la Cour d'adopter une règle conférant priorité à la première sûreté *enregistrée*.

[53] L'argument de la Banque fait écho aux demandes de réforme législative de nombreux commentateurs. Bien entendu, le législateur peut décider de modifier la *LB* et d'ajouter expressément une règle de priorité qui aurait pour effet de subordonner une sûreté antérieure non parfaite prise au titre de la *PPSA* à une garantie subséquente régie par la *LB*. Toutefois, les tribunaux ne peuvent pour leur part établir une telle règle que si elle ne va pas à l'encontre des dispositions actuelles de la *LB*. À mon avis, l'adoption d'une règle conférant priorité au premier enregistrement irait à l'encontre des par. 427(2) et 435(2). Le défaut d'enregistrement n'affecte en rien

Cuming, Walsh, and Wood note, at p. 590 of their text, *Personal Property Security Law*, the property-based framework employed by the *Bank Act* does not reasonably allow for a distinction to be made between perfected and unperfected *PPSA* interests, nor is there any priority rule which specifically creates a distinction in treatment:

The effect of [s. 427(2)] is that a bank takes the debtor's property subject to any pre-existing interest held by a third party. This means that a prior *PPSA* security interest will have priority over a subsequent *Bank Act* security. This holds true even if the prior *PPSA* security interest was not perfected. There is nothing in the *Bank Act* that subordinates a prior *PPSA* security interest for lack of perfection.

[54] Thus, the Court cannot override the provisions of the *Bank Act*. For this reason alone, the Bank's plea for a first-to-register rule cannot be accepted. However, a first-to-register rule gives rise to further difficulties.

[55] A first-to-register rule rests on a notion that registration constitutes "notice to all", a concept which has been abolished under the *PPSA*. As Jackson J.A. explained at para. 31:

Registration, in the context of the *PPSA*, does not serve this purpose. While its incidental purpose is to permit prospective creditors to search debtor names, and certain types of personal property by virtue of serial numbers, the fundamental effect of registration is to establish priorities by virtue of the time of registration, and for the purposes of the *PPSA* only. Registration no longer constitutes actual or constructive notice in the context of the *PPSA*. Section 47 of the *PPSA* abolishes that concept.

[56] I agree that any notion that registration constitutes notice to all runs contrary to the express language of s. 47 of the *PPSA*. It provides as follows: "Registration of a financing statement in the registry is not constructive notice or knowledge of

la nature et la validité de la sûreté antérieure de la Coopérative de crédit. Comme l'ont fait remarquer les professeurs Cuming, Walsh et Wood à la p. 590 de leur ouvrage intitulé *Personal Property Security Law*, le cadre axé sur la propriété qui est établi par la *LB* ne permet pas vraiment de faire une distinction entre les sûretés parfaites et les sûretés non parfaites prises au titre de la *PPSA*, et il n'existe pas non plus de règle de priorité prévoyant explicitement un traitement distinct :

[TRADUCTION] Par application du [par. 427(2)], une banque obtient le bien du débiteur sous réserve de toute sûreté préexistante détenue par un tiers. Ainsi, une sûreté antérieure relevant de la *PPSA* aura priorité sur une garantie subséquente régie par la *Loi sur les banques*. Cela vaut même si la sûreté antérieure relevant de la *PPSA* n'a pas été parfaite. Rien dans la *Loi sur les banques* n'abaisse le rang de priorité d'une sûreté antérieure non parfaite sous le régime de la *PPSA*.

[54] La Cour ne peut donc passer outre les dispositions de la *LB*. Pour ce seul motif, il est impossible d'acquiescer au plaidoyer de la Banque en faveur d'une règle conférant priorité au premier enregistrement. Cette règle pose toutefois problème à d'autres égards.

[55] Une règle conférant priorité au premier enregistrement a pour prémisses que l'enregistrement constitue « un avis à tous », un concept qui a été aboli sous le régime de la *PPSA*. Comme la juge Jackson l'a expliqué au par. 31 :

[TRADUCTION] L'enregistrement dans le contexte de la *PPSA* ne sert pas cet objectif. Bien qu'il ait accessoirement pour objectif de permettre à des créanciers éventuels de faire une recherche sur un débiteur à partir de son nom, et sur certains types de biens personnels à partir de leur numéro de série, l'enregistrement a pour effet fondamental d'établir l'ordre de priorité en fonction du moment de l'enregistrement, et ce, seulement pour l'application de la *PPSA*. L'enregistrement ne constitue plus un avis réel ou présumé dans le contexte de la *PPSA*. L'article 47 de la *PPSA* abolit ce concept.

[56] Je suis d'accord pour dire que la thèse selon laquelle l'enregistrement constitue un avis à tous va à l'encontre du libellé exprès de l'art. 47 de la *PPSA*. Cet article prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Les tiers ne sont pas réputés avoir connaissance de

its existence or contents to any person.” There is no requirement to file the underlying security documentation under the *PPSA* or to submit it for scrutiny. Indeed, s. 25 of the *PPSA* allows for advance registration of a financing statement before a security agreement is entered into. Thus, the existence of a registered financing statement does not mean that a *PPSA* security interest necessarily exists. It only provides notice that one may exist or may be acquired in the future. As such, the notice registration adopted under the *PPSA* differs from the pre-*PPSA* registries or other title registers which provide *prima facie* proof of the security interest.

[57] It may be argued that this feature of the *PPSA* would not create insurmountable problems in applying a first-to-register rule, as s. 18 of the *PPSA* empowers certain persons, including creditors, to require the secured creditor to provide a copy of the security agreement and information on the current status of the financing. However, the existence of these disclosure provisions does not address the further difficulty arising from the fact that it is the notion of *perfection* that is central to the *PPSA* priority scheme, not registration. Although registration is an important mechanism for perfecting a security interest, it is far from the only mechanism. Therefore, if the proposed first-to-register rule is intended to establish a priority rule over all *unperfected PPSA* security interests, it misses the mark, as some unregistered *PPSA* interests will be nonetheless perfected. The adoption of a first-to-*perfect* rule instead might resolve this particular difficulty but, in order to resolve the dispute on that basis, it would be necessary to resort to the entire *PPSA* perfection scheme. No one contends that the internal *PPSA* priority rules can be invoked to resolve the dispute. The reasons why that cannot be done are plain to see.

[58] Consider how a first-to-*register* rule would operate to resolve a dispute between a prior provincial security interest and a subsequent *Bank Act*

l’existence ou du contenu d’un état de financement du seul fait de son enregistrement au Bureau d’enregistrement. » Il n’est pas obligatoire de déposer les documents relatifs à la sûreté en application de la *PPSA* ni de les soumettre pour examen. En fait, l’art. 25 de la *PPSA* permet d’enregistrer un état de financement avant la signature du contrat de sûreté. Donc, l’existence d’un état de financement enregistré ne signifie pas qu’une sûreté relevant de la *PPSA* existe nécessairement, mais indique seulement qu’il est possible qu’une sûreté de ce genre existe ou soit obtenue plus tard. Le système d’enregistrement de la *PPSA* diffère de ceux qui l’ont précédé et des autres registres des titres fournissant une preuve *prima facie* de l’existence de la sûreté.

[57] On peut soutenir que cette caractéristique de la *PPSA* ne poserait pas d’obstacles insurmontables à l’application d’une règle conférant priorité au premier enregistrement, vu que l’art. 18 de la *PPSA* permet à certaines personnes, dont les créanciers, d’exiger du créancier garanti qu’il leur transmette une copie du contrat de sûreté et des renseignements à jour sur l’état de la dette. L’existence de ces dispositions relatives à la communication ne règle cependant pas la difficulté attribuable au fait que c’est la notion de *perfection*, et non d’enregistrement, qui est la clé du régime de priorité établi par la *PPSA*. L’enregistrement est un mécanisme important de perfection d’une sûreté, mais il en existe bien d’autres. Par conséquent, si la règle proposée conférant priorité au premier enregistrement a pour but d’établir une priorité sur toutes les sûretés *non parfaites* au titre de la *PPSA*, elle n’atteint pas son objectif, car certaines sûretés non enregistrées relevant de la *PPSA* seront néanmoins parfaites. Une règle conférant priorité à la première sûreté *parfaite* réglerait peut-être ce problème précis, mais il faudrait se reporter à l’ensemble du régime de perfection de la *PPSA* pour résoudre le conflit sur cette base. Personne ne soutient qu’il est possible d’invoquer les règles internes de priorité de la *PPSA* afin de résoudre le conflit. Les raisons pour lesquelles il est impossible de le faire sont évidentes.

[58] Songeons à la manière dont la règle conférant priorité au premier *enregistrement* s’appliquerait pour régler un conflit entre une sûreté provinciale

interest. Under one scenario, the prior provincial security interest would take precedence because it was registered first under the *PPSA*. The problem here is that it is not open to the province to impair the rights granted to the bank under the *Bank Act*. Therefore, if the provincial interest is to take precedence on the basis of registration or other form of perfection, it cannot be because of some provincially legislated priority rule. Under the second scenario, the *Bank Act* security interest would take precedence over the prior provincial interest because it was first registered under the *Bank Act*. In essence, this is the approach adopted by the applications judge in this case. As explained earlier, such an approach ignores the effect of ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act*.

[59] Finally, while it is open to the province to recognize *Bank Act* security interests as falling within the scope of the *PPSA* and to allow for registration of such interests under the provincial scheme, Saskatchewan has not done so. To the contrary, it has expressly excluded *Bank Act* security interests from the scope of its legislation. Section 4(k) of the *PPSA* provides as follows:

4 Except as otherwise provided in this Act or the regulations, this Act does not apply to:

. . .

(k) a security agreement governed by an Act of the Parliament of Canada that deals with the rights of parties to the agreement or the rights of third parties affected by a security interest created by the agreement, including an agreement governed by sections 425 to 436 of the *Bank Act* (Canada).

[60] As explained by Jackson J.A. in the court below, this provision was enacted in 1993 in order to prevent banks from registering their *Bank Act* security interests under the *PPSA*, thereby getting the benefit of the provincial statute without being bound by it. In my view, the adoption of a first-to-register rule which would give priority to the *Bank*

antérieure et une sûreté subséquente prise au titre de la *LB*. Dans un premier scénario, la sûreté provinciale antérieure l'emporterait parce qu'elle a été enregistrée en premier sous le régime de la *PPSA*. Le problème qui se pose ici est que la province n'a pas le pouvoir de restreindre les droits conférés à la banque en vertu de la *LB*. En conséquence, si la sûreté doit avoir la priorité du fait de son enregistrement ou d'une autre forme de perfection, ce ne peut être en application d'une règle de priorité quelconque établie par le législateur provincial. Dans un deuxième scénario, la garantie prise au titre de la *LB* l'emporterait sur la sûreté provinciale antérieure parce qu'elle a été enregistrée en premier sous le régime de cette loi. Il s'agit essentiellement du raisonnement adopté par le juge saisi de la demande en l'espèce. Comme je l'ai déjà expliqué, ce raisonnement ne tient pas compte de l'effet des par. 427(2) et 435(2) de la *LB*.

[59] Finalement, bien que la province ait le pouvoir de reconnaître que les garanties prises au titre de la *LB* tombent sous le coup de la *PPSA* et d'autoriser l'enregistrement de ces sûretés en vertu du régime provincial, la Saskatchewan ne l'a pas fait. Au contraire, elle a expressément exclu les garanties visées par la *LB* de la portée de sa loi. L'alinéa 4k) de la *PPSA* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

4 Sauf disposition contraire de la présente loi ou du règlement, la présente loi ne s'applique pas :

. . .

k) à un contrat de sûreté régi par une loi du Parlement du Canada qui traite des droits des parties au contrat ou des droits des tiers que touche une sûreté créée par le contrat, y compris tout accord régi par les articles 425 à 436 de la *Loi sur les banques* (Canada).

[60] Comme la juge Jackson, de la Cour d'appel, l'a expliqué, l'alinéa 4k) a été adopté en 1993 pour empêcher les banques d'enregistrer leurs garanties prises au titre de la *LB* sous le régime de la *PPSA* et d'obtenir ainsi le bénéfice de la loi provinciale sans pour autant être liées par elle. À mon avis, l'adoption d'une règle conférant priorité au premier

Act security interest over a prior unregistered *PPSA* interest would effectively permit the Bank to take the benefit of the *PPSA* priority rules contrary to the manifest intention of the Saskatchewan legislature.

[61] In its current manifestation, I see no satisfactory interpretation of the existing statutory schemes that would permit the judicial creation of a first-to-register or first-to-perfect priority rule as proposed by the Bank. Such a rule would have to be enacted by Parliament, if it saw fit to do so.

[62] The Bank presents one additional argument based, not on the interpretation of the *Bank Act*, but on the combined effect of ss. 4(k) and 20(3) of the *PPSA*. I turn to this alternative argument.

4.4 Section 20(3) of the *PPSA*

[63] The Bank of Montreal advanced an alternative argument for the first time in its factum before this Court. Specifically, it argues that, on the facts of the present case, s. 20(3) of the *PPSA* has the effect of subordinating an unperfected security interest to a *Bank Act* security interest.

[64] As mentioned earlier, the *PPSA* recognizes other stakeholders' interests in collateral by subordinating secured creditors' interests to certain third parties' interests. Section 20(3) is one such rule which, under certain circumstances, subordinates the rights of the holder of an unperfected *PPSA* interest to third parties who acquire the collateral for value without notice. The *PPSA* at the time read as follows:

20 . . .

(3) A security interest in goods, chattel paper, a document of title, an instrument, an intangible or

enregistrement qui ferait primer une garantie prise au titre de la *LB* sur une sûreté antérieure non enregistrée régie par la *PPSA* permettrait effectivement à la Banque de bénéficier des règles de priorité de la *PPSA*, contrairement à l'intention manifeste de la législature de la Saskatchewan.

[61] J'estime qu'on ne peut attribuer aux régimes législatifs, tels qu'ils existent actuellement, une interprétation acceptable qui permettrait aux tribunaux d'établir une règle conférant priorité au premier enregistrement ou à la première sûreté parfaite, comme le demande la Banque. C'est au législateur qu'il reviendrait d'édicter pareille règle, s'il le jugeait à propos.

[62] La Banque présente un autre argument qui repose, non pas sur l'interprétation de la *LB*, mais sur l'effet conjugué de l'al. 4k) et du par. 20(3) de la *PPSA*. Je passe maintenant à cet argument subsidiaire.

4.4 Le paragraphe 20(3) de la *PPSA*

[63] La Banque de Montréal a avancé un argument subsidiaire pour la première fois dans son mémoire adressé à la Cour. Plus précisément, elle fait valoir que, dans le contexte factuel du présent pourvoi, le par. 20(3) de la *PPSA* a pour effet de subordonner une sûreté non parfaite à une garantie régie par la *LB*.

[64] Comme je l'ai déjà mentionné, la *PPSA* reconnaît les intérêts d'autres personnes sur les biens donnés en garantie en subordonnant les intérêts des créanciers garantis à ceux de certains tiers. Le paragraphe 20(3) établit ainsi une règle qui, dans certaines circonstances, subordonne les droits du détenteur d'une sûreté non parfaite au titre de la *PPSA* à ceux d'une personne qui acquiert les biens à titre onéreux sans connaître l'existence de la sûreté. Voici ce que disait ce paragraphe à l'époque pertinente :

[TRADUCTION]

20 . . .

(3) Une sûreté dont des objets, un acte mobilier, un titre, un instrument, un bien immatériel ou de l'argent

money is subordinate to the interest of a transferee who:

- (a) acquires the interest pursuant to a transaction that is not a security agreement;
- (b) gives value; and
- (c) acquires the interest without knowledge of the security interest before the security interest is perfected.

[65] The Bank submits that ss. 20(3)(b) and (c) are clearly satisfied, as the granting of the loan constituted the giving of value, and it took the *Bank Act* interest without knowledge of the Credit Union's prior security interest. So far, I agree.

[66] As the Bank recognizes, the most significant hurdle preventing it from taking advantage of this provision is s. 20(3)(a), which requires that the Bank have acquired its "interest pursuant to a transaction that is not a security agreement". Under the definitions of "security agreement" and "security interest" in the *PPSA*, an agreement creating a *Bank Act* security would clearly fall within the definition of a "security agreement": ss. 2(1)(pp) and (qq). However, the Bank of Montreal argues that the effect of s. 4(k) of the *PPSA* which, as we have seen, specifies that the *PPSA* is not applicable to security interests created under the *Bank Act*, is to exclude a *Bank Act* security interest from the *PPSA* definition of "security interest". This, the Bank submits, means that the requirement in s. 20(3)(a) is satisfied, thereby allowing the Bank to benefit from this subordination provision.

[67] In my view, the Bank's argument does not accord with the plain wording of the provision or the underlying legislative intention. The text of s. 4(k) specifies that the *PPSA* "does not apply to" *Bank Act* security. On the plain wording of the provision, it seems to me that the only coherent reading is that a *Bank Act* security does indeed fall within the definition of a "security interest" under the *PPSA*, but that s. 4(k) excludes the provisions of the Act as having any applicability to such security.

sont grevés est subordonnée à l'intérêt du destinataire d'un transfert si les conditions suivantes sont réunies :

- a) le destinataire du transfert acquiert son intérêt aux termes d'une opération qui n'est pas un contrat de sûreté,
- b) il fournit une prestation,
- c) il acquiert son intérêt sans connaître l'existence de la sûreté avant que celle-ci ne soit parfaite.

[65] La Banque soutient que les al. 20(3)b) et c) sont manifestement respectés, car elle a fourni une prestation en consentant le prêt, et elle a obtenu sa garantie au titre de la *LB* sans connaître l'existence de la sûreté antérieure de la Coopérative de crédit. Jusqu'à présent, je suis d'accord.

[66] Comme l'admet la Banque, l'obstacle le plus important qui l'empêche de tirer profit de cette disposition est l'al. 20(3)a), qui l'oblige à acquérir son [TRADUCTION] « intérêt aux termes d'une opération qui n'est pas un contrat de sûreté ». Selon les définitions incluses aux al. 2(1)pp) et qq) de la *PPSA*, qui précisent ce qui constitue une sûreté et un contrat de sûreté, un contrat créant une garantie sous le régime de la *LB* serait manifestement un contrat de sûreté au sens de la *PPSA*. La Banque de Montréal fait toutefois valoir que, par application de l'al. 4k) de la *PPSA*, qui comme nous l'avons vu soustrait une garantie créée en vertu de la *LB* de l'application de la *PPSA*, une telle garantie ne constitue pas une sûreté au sens de la *PPSA*. D'après la Banque, cela signifie que la condition établie à l'al. 20(3)a) est respectée, ce qui lui permet de tirer profit de cette disposition de subordination.

[67] À mon avis, l'argument de la Banque n'est pas compatible avec le libellé clair de la disposition ni avec l'intention sous-jacente du législateur. Aux termes de l'al. 4k), la *PPSA* [TRADUCTION] « ne s'applique pas à » une garantie régie par la *LB*. Il me semble que le libellé clair de cet alinéa ne peut logiquement recevoir qu'une interprétation : une garantie régie par la *LB* constitue bel et bien une sûreté au sens de la *PPSA*, mais l'al. 4k) déclare les dispositions de la *PPSA* inapplicables à ce type de garantie.

[68] Considerations relating to legislative intention also run against the Bank's proposed interpretation of ss. 20(3) and 4(k). While a provision which is substantially similar to the current s. 20(3) has been a feature of the Saskatchewan *PPSA* since its enactment in 1980, s. 4(k) of the *PPSA*, which specifically excludes *Bank Act* security interests from the scope of the statute, was only added to the *PPSA* in 1993. At the time that s. 20(3), or its equivalent predecessor, was first enacted, it clearly did not and was not intended to apply to *Bank Act* security, as the provision expressly provided that it only applied to interests that were *not* security interests and there was no question that *Bank Act* securities fell within the definition of a "security interest" under the *PPSA*. Given that the purpose of s. 4(k) was to exclude *Bank Act* security from the priority scheme of the *PPSA*, it seems to be contrary to legislative intention to interpret s. 4(k) as having the effect of making a previously inapplicable priority rule apply to *Bank Act* security. However, this is precisely what the Bank of Montreal's interpretation would require the Court to conclude. Section 9(2), also enacted in 1993, further evidences the Legislature's intention of preventing banks who take a *Bank Act* security from taking a *PPSA* security interest in the same collateral and thereby getting the benefit of both Acts. Section 9(2) provides as follows:

9...

(2) A security interest in collateral ceases to be valid with respect to that collateral to the extent that and for so long as the security interest secures payment or performance of an obligation that is also secured by a security in favour of that secured party on that collateral created pursuant to sections 425 to 436 of the *Bank Act* (Canada).

[69] I therefore conclude that s. 20(3) does not operate to subordinate the Credit Union's *PPSA* interest to the Bank's *Bank Act* interest.

[68] Les considérations liées à l'intention du législateur militent aussi contre l'interprétation du par. 20(3) et de l'al. 4k) préconisée par la Banque. La *PPSA* de la Saskatchewan contient une disposition essentiellement semblable à l'actuel par. 20(3) depuis son entrée en vigueur en 1980, mais son al. 4k), qui soustrait expressément la garantie régie par la *LB* à l'application de la *PPSA*, n'a été ajouté qu'en 1993. Lorsque le par. 20(3), ou son ancêtre, a été adopté initialement, il ne fait aucun doute qu'il ne s'appliquait pas et n'était pas censé s'appliquer à une garantie régie par la *LB*, puisque le libellé de cette disposition en limitait expressément l'application aux intérêts qui n'étaient pas acquis aux termes d'un contrat de sûreté et qu'il ne faisait aucun doute qu'une garantie régie par la *LB* constituait une sûreté au sens de la *PPSA*. Puisque l'al. 4k) avait pour objet d'exclure la garantie créée en vertu de la *LB* du régime de priorité établi par la *PPSA*, il semble contraire à l'intention du législateur d'interpréter cet alinéa comme ayant pour effet d'appliquer à une garantie régie par la *LB* une règle de priorité qui lui était inapplicable auparavant. Or, c'est exactement la conclusion que la Cour devrait tirer selon l'interprétation proposée par la Banque de Montréal. Le paragraphe 9(2), également adopté en 1993, démontre aussi l'intention de la législature provinciale d'empêcher les banques qui prennent une garantie au titre de la *LB* de prendre une sûreté en vertu de la *PPSA* sur le même bien et de tirer ainsi parti des deux lois. Le paragraphe 9(2) prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

9...

(2) Une sûreté sur un bien cesse d'être valide à l'égard de ce bien dans la mesure où elle garantit l'exécution d'une obligation dont l'exécution est aussi garantie par une sûreté sur le même bien créée en faveur du même créancier en vertu des articles 425 à 436 de la *Loi sur les banques* (Canada).

[69] Je conclus donc que le par. 20(3) n'a pas pour effet de subordonner la sûreté prise par la Coopérative de crédit en vertu de la *PPSA* à la garantie obtenue par la Banque au titre de la *LB*.

5. Conclusion

[70] In summary, a proper interpretation of the *Bank Act* gives an earlier unperfected *PPSA* interest priority over a subsequent *Bank Act* interest, and there is no provision in the *PPSA* which subordinates an unperfected *PPSA* interest to a *Bank Act* interest.

[71] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs to the Credit Union throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Balfour Moss, Regina.

Solicitors for the respondent: Layh & Associates, Langenburg, Saskatchewan.

5. Conclusion

[70] En résumé, la *LB*, correctement interprétée, donne à une sûreté antérieure non parfaite relevant de la *PPSA* priorité sur une garantie subséquente régie par la *LB*, et aucune disposition de la *PPSA* ne subordonne une sûreté non parfaite visée par cette loi à une garantie consentie en application de la *Loi sur les banques*.

[71] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter l'appel avec dépens en faveur de la Coopérative de crédit devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Balfour Moss, Regina.

Procureurs de l'intimée : Layh & Associates, Langenburg, Saskatchewan.

Royal Bank of Canada *Appellant*

v.

Radius Credit Union Limited *Respondent*

INDEXED AS: ROYAL BANK OF CANADA v. RADIUS CREDIT UNION LTD.

2010 SCC 48

File No.: 33152.

2010: April 19; 2010: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Commercial law — Priorities — Unregistered provincial security interest taken in subsequently acquired property — Bank Act security subsequently taken in same property without notice of existing security — Collateral acquired by debtor after execution of both security agreements — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

At issue is a priority dispute between a prior unregistered security interest taken under Saskatchewan's *Personal Property Security Act, 1993* ("PPSA") and a subsequent security interest taken and registered under the *Bank Act*. The dispute is in respect of property acquired by the debtor *after* the execution of both security agreements.

The debtor borrowed money from Radius Credit Union and, on January 24, 1992, executed a General Security Agreement ("GSA") giving it a security interest in all of his current and after-acquired property. The Credit Union did not register a financing statement in the Personal Property Registry or otherwise perfect its security interest until September 24, 1998. After executing the GSA with the Credit Union, the debtor turned to the Royal Bank for additional financing. The Bank registered its Notice of Intention to take *Bank Act* security on January 22, 1996, and first took *Bank Act*

Banque Royale du Canada *Appelante*

c.

Radius Credit Union Limited *Intimée*

RÉPERTORIÉ : BANQUE ROYALE DU CANADA c. RADIUS CREDIT UNION LTD.

2010 CSC 48

N° du greffe : 33152.

2010 : 19 avril; 2010 : 5 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Droit commercial — Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur des biens à venir — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquentement sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Biens acquis par le débiteur après la conclusion des deux contrats de sûreté — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

Le pourvoi porte sur un conflit de priorité entre une sûreté antérieure non enregistrée prise en vertu de la *Personal Property Security Act, 1993* de la Saskatchewan (« PPSA ») et une garantie subséquente sur les mêmes biens prise et enregistrée sous le régime de la *Loi sur les banques*. Le litige concerne des biens acquis par le débiteur *après* la conclusion des deux contrats de sûreté.

Le débiteur a emprunté de l'argent auprès de Radius Credit Union et, le 24 janvier 1992, il a conclu un contrat de sûreté générale (« CSG ») lui accordant une sûreté sur tous ses biens actuels et à venir. Radius Credit Union n'a enregistré aucun état de financement au bureau d'enregistrement des sûretés relatives aux biens personnels ni autrement parfait sa sûreté avant le 24 septembre 1998. Après avoir conclu le CSG avec Radius Credit Union, le débiteur s'est adressé à la Banque Royale afin d'obtenir du financement additionnel. La Banque a enregistré un préavis, le 22 janvier 1996, en vue d'obtenir une

security on June 10, 1997. Its *Bank Act* security interest also covered both present and after-acquired property. When the debtor defaulted, the Bank seized and sold some of the collateral covered by both its *Bank Act* interest and the Credit Union's security interest.

The Credit Union brought an application before the Court of Queen's Bench pursuant to s. 66 of the *PPSA* for a declaration that it had a priority claim over the proceeds of the disposition of that property. Applying the same reasoning as in the companion case *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, the applications judge found the Bank's interest had priority because the Credit Union had not perfected its security interest through registration under the *PPSA* before the Bank took and registered its *Bank Act* security; he did not address the issue arising from the fact that the competing interests in this case arose in respect of after-acquired property. The Saskatchewan Court of Appeal reversed the applications judge's decision finding that the analysis must proceed along different lines than pursued in *Bank of Montreal*. Because both security interests attached simultaneously at the time the debtor purchased the collateral in question, the *Bank Act* does not provide a rule to address this priority dispute. Applying common law principles of property law, the Court of Appeal concluded that the priority rule to apply is "first in time is first in right" and that, notwithstanding the Credit Union's failure to perfect its security interest under the *PPSA*, this rule should apply according to the date of execution of the respective security agreements.

Held: The appeal should be dismissed.

There is no basis upon which the Court could create a first-to-register priority rule as proposed by the Bank without doing violence to the terms of the *Bank Act* in its current manifestation. Such a rule would have to be enacted by Parliament, if it saw fit to do so. On this point, the Court agrees with the analysis of the Court of Appeal.

The Court of Appeal was also correct in concluding that the dispute must be resolved in favour of the Credit Union. However, the priority dispute in this appeal falls to be determined on the same basis as the companion case. The fact that the collateral in question consists of after-acquired property does not change the framework of analysis. As the *Bank Act* contains no express priority provision applicable to this particular dispute, it is necessary to first look at the nature of the security

garantie sous le régime de la *Loi sur les banques*, ce qu'elle a fait le 10 juin 1997. La garantie accordée à la Banque sous le régime de la *Loi sur les banques* visait aussi à la fois les biens actuels et les biens à venir du débiteur. Par suite du défaut du débiteur, la Banque a saisi et vendu certains des biens affectés à la fois à la garantie régie par la *Loi sur les banques* et à la sûreté de Radius Credit Union.

Radius Credit Union a demandé à la Cour du Banc de la Reine, en vertu de l'art. 66 de la *PPSA*, de déclarer qu'elle avait une créance prioritaire sur le produit de la vente des biens. Appliquant le même raisonnement que dans l'affaire connexe *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, le juge des requêtes a estimé que la garantie de la Banque primait étant donné que Radius Credit Union n'avait pas parfait sa sûreté en l'enregistrant sous le régime de la *PPSA* avant que la Banque n'obtienne et n'enregistre sa garantie sous le régime de la *Loi sur les banques*; il n'a pas examiné la question liée au fait que les droits concurrents en l'espèce visaient des biens à venir. La Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé la décision du juge des requêtes, estimant qu'une analyse différente de celle adoptée dans *Banque de Montréal* s'imposait. Comme les deux sûretés ont grevé simultanément les biens au moment où le débiteur les a acquis, la *Loi sur les banques* ne comporte aucune règle permettant de résoudre le conflit de priorité. S'appuyant sur les principes de common law en droit des biens, la Cour d'appel a conclu que la règle de priorité applicable est celle voulant que « l'antériorité emporte priorité » et que, malgré le défaut de Radius Credit Union de parfaire sa sûreté sous le régime de la *PPSA*, il faut appliquer cette règle en tenant compte de la date à laquelle chacun des contrats de sûreté a été conclu.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Rien ne permet à la Cour d'adopter une règle conférant priorité au premier enregistrement, comme le propose la Banque, sans faire une entorse à la *Loi sur les banques* dans sa forme actuelle. C'est au législateur qu'il reviendrait d'édicter pareille règle, s'il le jugeait à propos. La Cour est d'accord avec l'analyse de la Cour d'appel sur ce point.

La Cour d'appel a aussi conclu à juste titre que le conflit doit être résolu en faveur de Radius Credit Union. Il doit toutefois être tranché sur la base des motifs exposés dans l'arrêt connexe. Le fait que les biens donnés en garantie étaient des biens à venir ne modifie pas le cadre de l'analyse. Comme la *Loi sur les banques* ne contient aucune règle de priorité expresse applicable au conflit particulier en cause, il faut d'abord considérer la nature de la garantie accordée à la Banque en vertu

interest conveyed to the Bank under the *Bank Act* and, in order to resolve the priority dispute, compare it to the prior competing *PPSA* interest to consider whether the Credit Union acquired any interest under its prior security agreement that would derogate from the debtor's title.

Under s. 427(2) of the *Bank Act*, the Bank acquired an inchoate proprietary interest in the assigned after-acquired property of the debtor from the time of execution and delivery of its security agreement on June 10, 1997. While the statutory interest created under the *Bank Act* is necessarily inchoate until the debtor acquires rights in the property, the time of attachment does not change the nature of the interest conveyed and, consequently, is not significant here. As the combined effect of ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act* is that the Bank can acquire no greater interest in the collateral than the debtor has at the relevant time, the question which arises is whether the nature of the interest already conveyed to the Credit Union under the *PPSA* derogated from the debtor's title.

The provinces cannot legislate in order to oust the bank's rights; however, they can alter the law as it relates to property and civil rights. Saskatchewan did so when it enacted the *PPSA*. While the *PPSA* does not contain any provisions which identify the nature of a *PPSA* security interest in proprietary terms, the effect of the legislation is to create a statutory interest in after-acquired property which is analogous to an inchoate proprietary interest. Much as under the *Bank Act*, the statutory interest created under the *PPSA* is necessarily inchoate until the debtor acquires rights in the property. However, the time of attachment does not change the nature of the interest conveyed. At the time of execution of its security agreement on January 24, 1992, the Credit Union acquired an interest in the assigned after-acquired property, which effectively derogated from the title the debtor had available to assign to the Bank. Consequently, the Bank took its security interest subject to the *PPSA* security interest held by the Credit Union.

Cases Cited

Applied: *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3, aff'g (*sub nom. Innovation Credit Union v. Bank of Montreal*) 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160, rev'g 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; **referred to:** *Rogerson Lumber Co. v. Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671; *Bank of Montreal v. Hall*,

de la *Loi sur les banques* et, pour résoudre le conflit de priorité, comparer cette garantie à la sûreté antérieure concurrente consentie sous le régime de la *PPSA* afin de déterminer si Radius Credit Union a acquis un intérêt qui a altéré le titre du débiteur.

Selon le par. 427(2) de la *Loi sur les banques*, la Banque a acquis un intérêt propriétaire virtuel sur les biens à venir du débiteur à compter de la conclusion et de la remise du contrat de sûreté le 10 juin 1997. Bien que l'intérêt créé en vertu de la *Loi sur les banques* soit nécessairement de nature virtuelle jusqu'à ce que le débiteur acquière un droit sur les biens, le moment où les biens sont grevés ne modifie pas la nature de l'intérêt transmis et, par conséquent, n'est pas important en l'occurrence. Étant donné que, vu l'effet combiné des par. 427(2) et 435(2) de la *Loi sur les banques*, la Banque ne peut acquérir sur les biens un intérêt supérieur à celui que détenait le débiteur au moment pertinent, il faut déterminer si la nature de l'intérêt déjà dévolu à Radius Credit Union sous le régime de la *PPSA* a altéré le titre du débiteur.

Les provinces ne peuvent légiférer de façon à écarter les droits de la banque, mais elles peuvent modifier les règles de droit applicables en matière de propriété et de droits civils. La Saskatchewan l'a fait en édictant la *PPSA*. Bien qu'aucune disposition de la *PPSA* ne précise la nature d'une sûreté créée au titre de cette loi sous l'angle de la propriété, la *PPSA* a pour effet de créer un intérêt légal dans les biens à venir qui correspond à un intérêt propriétaire virtuel. Tout comme sous le régime de la *Loi sur les banques*, l'intérêt créé en vertu de la *PPSA* est nécessairement de nature virtuelle jusqu'à ce que le débiteur acquière des droits sur les biens. Cependant, le moment où les biens sont grevés ne modifie pas la nature de l'intérêt dévolu. Au moment où elle a conclu son contrat de sûreté le 24 janvier 1992, Radius Credit Union a acquis, dans les biens à venir affectés à la garantie, un intérêt qui a effectivement altéré le titre que le débiteur pouvait céder à la Banque. Par conséquent, la garantie que la Banque a acquise était subordonnée à la sûreté détenue par Radius Credit Union sous le régime de la *PPSA*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3; conf. (*sub nom. Innovation Credit Union c. Bank of Montreal*) 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160, inf. 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; **arrêts mentionnés :** *Rogerson Lumber Co. c. Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671; *Banque de Montréal*

[1990] 1 S.C.R. 121; *Abraham v. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 65; *Holroyd v. Marshall* (1862), 10 H.L. Cas. 191; *Tailby v. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523; *In re Lind*, [1915] 2 Ch. D. 345; *Banque nationale du Canada v. William Neilson Ltd.*, [1991] R.J.Q. 712.

Statutes and Regulations Cited

Bank Act, S.C. 1890, c. 31, s. 73.
Bank Act, S.C. 1944, c. 30, ss. 86(2), 88(2).
Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427, 428, 435.
Bank Act Amendment Act, 1900, S.C. 1900, c. 26, s. 17.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, c. P-4.05.
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 4(k), 10, 12, 13, 35(1)(c), 66.

Authors Cited

Cuming, Ronald C. C. “Fitting a Square (Federal) Peg in a Round (Provincial) Hole: Rationalizing Section 427 *Bank Act* With Provincial Property Security Law” (2010), 73 *Sask. L. Rev.* 1.
 Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. “Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 267.
 Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto: Irwin Law, 2005.
Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage, 11th ed., Wayne Clark, ed. London: Butterworths, 2002.
Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed., Louise Gullifer, ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Moull, William D. “Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Sherstobitoff, Jackson and Smith J.J.A.), 2009 SKCA 36, 324 Sask. R. 191, 451 W.A.C. 191, 306 D.L.R. (4th) 444, [2009] 8 W.W.R. 60, 51 C.B.R. (5th) 197, 14 P.P.S.A.C. (3d) 124, [2009] S.J. No. 148 (QL), 2009 CarswellSask 157, reversing a decision of Zarzeczny J., 2007 SKQB 472, 39 C.B.R. (5th) 273, 12 P.P.S.A.C. (3d) 276, [2007] S.J. No. 680 (QL), 2007 CarswellSask 749. Appeal dismissed.

Michael W. Milani, Q.C., and *Erin M. S. Kleisinger*, for the appellant.

Donald H. Layh, Q.C., and *Shawn M. Patenaude*, for the respondent.

c. Hall, [1990] 1 R.C.S. 121; *Abraham c. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 65; *Holroyd c. Marshall* (1862), 10 H.L. Cas. 191; *Tailby c. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523; *In re Lind*, [1915] 2 Ch. D. 345; *Banque nationale du Canada c. William Neilson Ltd.*, [1991] R.J.Q. 712.

Lois et règlements cités

Acte des banques, S.C. 1890, ch. 31, art. 73.
Acte modificatif de l’Acte des banques, 1900, S.C. 1900, ch. 26, art. 17.
Loi des banques, S.C. 1944, ch. 30, art. 86(2), 88(2).
Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427, 428, 435.
Personal Property Security Act, S.A. 1988, ch. P-4.05.
Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 4(k), 10, 12, 13, 35(1)(c), 66.

Doctrine citée

Cuming, Ronald C. C. « Fitting a Square (Federal) Peg in a Round (Provincial) Hole : Rationalizing Section 427 *Bank Act* With Provincial Property Security Law » (2010), 73 *Sask. L. Rev.* 1.
 Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law » (1986), 65 *R. du B. can.* 267.
 Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. *Personal Property Security Law*. Toronto : Irwin Law, 2005.
Fisher and Lightwood’s Law of Mortgage, 11th ed., Wayne Clark, ed. London : Butterworths, 2002.
Goode on Legal Problems of Credit and Security, 4th ed., Louise Gullifer, ed. London : Sweet & Maxwell, 2008.
 Moull, William D. « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Sherstobitoff, Jackson et Smith), 2009 SKCA 36, 324 Sask. R. 191, 451 W.A.C. 191, 306 D.L.R. (4th) 444, [2009] 8 W.W.R. 60, 51 C.B.R. (5th) 197, 14 P.P.S.A.C. (3d) 124, [2009] S.J. No. 148 (QL), 2009 CarswellSask 157, qui a infirmé une décision du juge Zarzeczny, 2007 SKQB 472, 39 C.B.R. (5th) 273, 12 P.P.S.A.C. (3d) 276, [2007] S.J. No. 680 (QL), 2007 CarswellSask 749. Pourvoi rejeté.

Michael W. Milani, c.r., et *Erin M. S. Kleisinger*, pour l’appellante.

Donald H. Layh, c.r., et *Shawn M. Patenaude*, pour l’intimée.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] This case, like its companion case *Bank of Montreal v. Innovation Credit Union*, 2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3, concerns competing security interests taken pursuant to the provisions of the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and Saskatchewan's *The Personal Property Security Act, 1993*, S.S. 1993, c. P-6.2 (“PPSA”). As in the companion case, the priority dispute in this case is between a prior unregistered security interest taken under the *PPSA* and a subsequent security interest taken and registered under the *Bank Act*. However, in the present case the dispute is in respect of property acquired by the debtor *after* the execution of both security agreements.

[2] The applications judge viewed this case as raising the same issue as that raised in *Bank of Montreal*. In that case, he concluded that the priority rule specified by s. 428 of the *Bank Act*, which gives a *Bank Act* security interest priority over subsequently acquired rights in respect of the property, also gives the bank priority over subsequently acquired *priority* rights (*sub nom. Innovation Credit Union v. Bank of Montreal*, 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227). In a brief judgment, the applications judge held that the Royal Bank's interest under the *Bank Act* takes priority over Radius Credit Union's unperfected interest under the *PPSA* (2007 SKQB 472, 39 C.B.R. (5th) 273).

[3] The Court of Appeal for Saskatchewan allowed the appeal, finding that the analysis must proceed along different lines than pursued in *Bank of Montreal*. Since the dispute was over after-acquired property, it was necessary to first determine at what time each creditor acquired its respective interest. After determining that both security interests attached simultaneously at the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Le présent pourvoi, à l'instar du pourvoi connexe *Banque de Montréal c. Innovation Credit Union*, 2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3, vise des sûretés concurrentes constituées sous le régime de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46 (« *LB* »), et de *The Personal Property Security Act, 1993* de la Saskatchewan, S.S. 1993, ch. P-6.2 (« *PPSA* »). Comme dans le pourvoi connexe, le conflit de priorité en l'espèce vise une sûreté antérieure non enregistrée obtenue en vertu de la *PPSA* et une garantie subséquente obtenue et enregistrée sous le régime de la *LB*. Toutefois, dans le présent pourvoi, le conflit concerne des biens acquis par le débiteur *après* la conclusion des deux contrats de sûreté.

[2] Le juge des requêtes a estimé que la question soulevée par la présente affaire était identique à celle qui se posait dans *Banque de Montréal*, où il a conclu que la règle énoncée à l'art. 428 de la *LB*, prévoyant qu'une garantie constituée sous le régime de cette loi prime les droits subséquemment acquis sur les biens donnés en garantie, confère également à la banque priorité de rang sur les droits de *priority* subséquemment acquis (*sub nom. Innovation Credit Union c. Bank of Montreal*, 2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227). Dans un court jugement, le juge des requêtes a conclu que la garantie obtenue par la Banque Royale (« Banque ») en vertu de la *LB* primait la sûreté non parfaite constituée en faveur de Radius Credit Union (la « Coopérative de crédit ») sous le régime de la *PPSA* (2007 SKQB 472, 39 C.B.R. (5th) 273).

[3] La Cour d'appel de la Saskatchewan a accueilli l'appel, estimant qu'il fallait considérer la question sous un angle différent de celui qui avait été adopté dans *Banque de Montréal*. Comme le conflit concernait des biens acquis après la conclusion des contrats de sûreté, il fallait déterminer d'abord à quel moment les créancières avaient acquis leurs intérêts respectifs. Après avoir conclu que les deux

time the debtor purchased the collateral in question, the Court of Appeal held that the *Bank Act* does not provide a rule to address this priority dispute. Applying common law principles of property law, the Court of Appeal concluded that the priority rule to apply is “first in time is first in right” and that, notwithstanding the Credit Union’s failure to perfect its security interest under the *PPSA*, this rule should apply according to the date of execution of the respective security agreements (2009 SKCA 36, 324 Sask. R. 191).

[4] The Royal Bank now appeals with leave to this Court, arguing that the conclusion reached by the Court of Appeal is neither commercially reasonable nor required by law. The Royal Bank essentially joins forces with the appellant in *Bank of Montreal* in advocating the adoption of a first-to-register priority rule.

[5] I would dismiss the appeal. For the reasons stated in *Bank of Montreal*, I see no basis upon which the Court could create a first-to-register priority rule as proposed without doing violence to the terms of the *Bank Act* in its current manifestation. On this point, I agree with the Court of Appeal. Such a rule would have to be enacted by Parliament, if it saw fit to do so.

[6] I also agree with the Court of Appeal that the dispute must be resolved in favour of the Credit Union. However, I reach this conclusion for different reasons. In my view, the priority dispute in this appeal falls to be determined on the same basis as the companion case. As I will explain, the fact that the collateral in question consists of after-acquired property does not change the nature of the competing interests at stake in this appeal. In each case, the competing Credit Union acquired a statutory and therefore legally cognizable interest in the assigned property *at the time of execution* of its security agreement. By the combined effect of ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act*, the Bank *subsequently* acquired no greater interest than the debtor himself had at the time *of execution and*

sûretés ont grevé simultanément les biens donnés en garantie, au moment où le débiteur les a acquis, la Cour d’appel a conclu que la *LB* ne comporte aucune règle permettant de résoudre le conflit de priorité. S’appuyant sur les principes de common law en droit des biens, la Cour d’appel a conclu que la règle de priorité applicable est celle voulant que « l’antériorité emporte priorité » et que, malgré le défaut de la Coopérative de crédit de parfaire sa sûreté sous le régime de la *PPSA*, il faut appliquer cette règle en tenant compte de la date à laquelle chacun des contrats de sûreté a été conclu (2009 SKCA 36, 324 Sask. R. 191).

[4] La Banque, autorisée à se pourvoir devant notre Cour, fait valoir que la conclusion de la Cour d’appel n’est ni raisonnable sur le plan commercial ni requise par la loi. Essentiellement, la Banque appuie l’argument que l’appelante avance dans *Banque de Montréal* en faveur de l’adoption d’une règle conférant priorité au premier enregistrement.

[5] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Pour les motifs énoncés dans *Banque de Montréal*, je ne vois pas comment notre Cour pourrait adopter une règle conférant priorité au premier enregistrement, comme le propose l’appelante, sans faire une entorse à la *LB* dans sa version actuelle. Je suis d’accord sur ce point avec la Cour d’appel. C’est au législateur qu’il reviendrait d’édicter pareille règle, s’il le jugeait à propos.

[6] J’estime aussi, comme la Cour d’appel, que le conflit doit être résolu en faveur de la Coopérative de crédit. Toutefois, j’arrive à cette conclusion pour des motifs différents. Je suis d’avis que le conflit de priorité en l’espèce doit être tranché sur la base des motifs exposés dans l’arrêt connexe. Comme je vais l’expliquer plus loin, le fait que les biens donnés en garantie étaient des biens à venir ne modifie pas la nature des droits concurrents en jeu dans le présent pourvoi. Dans les deux dossiers, la Coopérative de crédit a acquis, *au moment de la conclusion de son contrat de sûreté*, un intérêt d’origine législative, et donc un intérêt reconnu en droit, sur les biens cédés. Étant donné l’effet combiné des par. 427(2) et 435(2) de la *LB*, la Banque n’a pas acquis *subséquentement* un intérêt supérieur à celui que détenait lui-même le

delivery of its security interest. Consequently, the Bank took its security interest subject to the *PPSA* security interest held by the Credit Union.

2. The Facts and Proceedings Below

[7] Wayne Hingtgen, a Saskatchewan farmer, borrowed money from Radius Credit Union Limited (“Credit Union”). In order to secure the debt, Hingtgen executed a General Security Agreement (“GSA”) on January 24, 1992, giving the Credit Union a security interest in all of Hingtgen’s current and after-acquired property. The Credit Union did not register a financing statement in the Personal Property Registry or otherwise perfect its security interest, until September 24, 1998.

[8] After the GSA with the Credit Union was executed, Hingtgen turned to the Royal Bank (“Bank”) for additional financing. The Bank first registered its Notice of Intention to take *Bank Act* security on January 22, 1996, and it first took *Bank Act* security on June 10, 1997. As with the Credit Union’s *PPSA* security interest, the Bank’s *Bank Act* interest covered both present and after-acquired property.

[9] Ultimately, Hingtgen defaulted on his loans and the Bank seized and sold some of the collateral that was covered by both its *Bank Act* interest as well as the Credit Union’s security interest. This sale yielded \$65,125 in proceeds. Importantly, the collateral that was seized and sold was property that Hingtgen did not acquire until after both the Credit Union and the Bank had taken security interests. The Credit Union brought an application before the Saskatchewan Court of Queen’s Bench pursuant to s. 66 of the *PPSA* seeking a declaration that it had a priority claim over the proceeds of the disposition of that property.

[10] Zarzeczny J., the applications judge, viewed this case as being “on all fours” with the legal issue

débiteur au moment de la conclusion et de la remise du contrat de garantie. Par conséquent, la garantie détenue par la Banque était subordonnée à la sûreté détenue par la Coopérative de crédit sous le régime de la *PPSA*.

2. Les faits et les décisions des juridictions inférieures

[7] Wayne Hingtgen, un agriculteur de la Saskatchewan, a effectué un emprunt auprès de la Coopérative de crédit. Pour garantir cette dette, M. Hingtgen a conclu un contrat de sûreté générale (« CSG ») le 24 janvier 1992, par lequel il accordait à la Coopérative de crédit une sûreté sur tous ses biens actuels et à venir. La Coopérative de crédit n’a enregistré aucun état de financement au bureau d’enregistrement des sûretés relatives aux biens personnels ni autrement parfait sa sûreté avant le 24 septembre 1998.

[8] Après la conclusion du CSG avec la Coopérative de crédit, M. Hingtgen s’est adressé à la Banque afin d’obtenir du financement additionnel. La Banque a d’abord enregistré un préavis, le 22 janvier 1996, en vue d’obtenir une garantie sous le régime de la *LB*, ce qu’elle a fait le 10 juin 1997. Tout comme la sûreté obtenue par la Coopérative de crédit sous le régime de la *PPSA*, la garantie accordée à la Banque sous le régime de la *LB* visait à la fois les biens actuels et les biens à venir de M. Hingtgen.

[9] M. Hingtgen a manqué à ses obligations relativement aux emprunts et la Banque a saisi et vendu certains des biens affectés à la fois à la garantie régie par la *LB* et à la sûreté de la Coopérative de crédit. Le produit de la vente s’élevait à 65 125 \$. Fait important, les biens saisis et vendus avaient été acquis par M. Hingtgen après que la Coopérative de crédit et la Banque avaient obtenu leurs sûretés. La Coopérative de crédit a demandé à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, en vertu de l’art. 66 de la *PPSA*, de déclarer qu’elle avait une créance prioritaire sur le produit de la vente des biens.

[10] Le juge Zarzeczny, qui siégeait comme juge des requêtes, a estimé que la question de droit en

in *Bank of Montreal* (para. 7). In that case, he held that s. 428 of the *Bank Act*, which gives a *Bank Act* security interest priority over subsequently acquired rights in respect of the property, also gives the bank priority over subsequently acquired *priority* rights. He thus held in a brief judgment that, as in *Bank of Montreal*, the Bank's interest had priority because the Credit Union had not perfected its security interest through registration under the *PPSA* before the Bank took and registered its *Bank Act* security. The applications judge did not address the issue arising from the fact that the competing interests in this case arose in respect of after-acquired property.

[11] The Saskatchewan Court of Appeal reversed the applications judge's decision. Jackson J.A., writing for the court, viewed this case as requiring a different analysis than that adopted in *Bank of Montreal*. In *Bank of Montreal*, where Innovation Credit Union's interest attached prior to the Bank of Montreal's interest, ss. 427(2) and 435(2) of the *Bank Act*, according to which the bank acquires no greater interest than the debtor had at the time the *Bank Act* security was taken, was dispositive of the priority issue (*sub nom. Innovation Credit Union v. Bank of Montreal*, 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160). Here, because the collateral at issue consisted of after-acquired property, both the Credit Union's interest and the Bank's interest attached simultaneously at the time that Hingtgen actually purchased the property. Since the *Bank Act* contained no priority rule to resolve this dispute, it was necessary to resort to applicable common law, rules of equity, and statutory law to fill the gap. While the time of perfection, or the lack of perfection, under the *PPSA* determined which of two competing security interests takes priority under that Act, it was of no consequence on the question of the validity or the enforceability of the interest. Based on applicable principles of property law, Jackson J.A. held that the appropriate rule was to accord priority to the security interest created pursuant to the first agreement to be executed.

litige était [TRADUCTION] « en tous points identique » à celle qui était soulevée dans *Banque de Montréal* (par. 7), affaire dans laquelle il a statué que l'art. 428 de la *LB*, selon lequel une garantie constituée sous son régime prime les droits acquis subséquentement à l'égard des biens donnés en garantie, accorde également à la banque priorité de rang à l'égard des droits *de priorité* acquis subséquentement. Dans un bref jugement, il a donc statué que, comme dans l'affaire *Banque de Montréal*, la garantie de la Banque primait étant donné que la Coopérative de crédit n'avait pas parfait sa sûreté en l'enregistreur sous le régime de la *PPSA* avant que la Banque n'obtienne et n'enregistre sa garantie sous le régime de la *LB*. Le juge des requêtes n'a pas examiné la question liée au fait que les droits concurrents en l'espèce visaient des biens acquis après la conclusion des contrats de sûreté.

[11] La Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé la décision du juge des requêtes. La juge Jackson, qui s'exprimait au nom de la cour, a estimé qu'une analyse différente de celle adoptée dans *Banque de Montréal* s'imposait. Dans l'affaire *Banque de Montréal*, où la sûreté de Innovation Credit Union avait grevé les biens avant celle de la Banque de Montréal, les par. 427(2) et 435(2) de la *LB*, en vertu desquels la banque n'acquiert pas un intérêt supérieur à celui que détient le débiteur au moment où il lui accorde une garantie sous le régime de la *LB*, permettaient de trancher la question du rang des sûretés (*sub nom. Innovation Credit Union c. Bank of Montreal*, 2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160). Dans la présente espèce, étant donné que les biens en cause étaient des biens à venir, la sûreté de la Coopérative de crédit et la garantie de la Banque ont grevé les biens simultanément au moment où M. Hingtgen les a effectivement acquis. Comme la *LB* ne contenait aucune règle de priorité permettant de résoudre le conflit, il fallait s'en remettre à la common law, aux règles d'équité et aux lois applicables pour combler cette lacune. Sous le régime de la *PPSA*, le moment où une sûreté a été parfaite, ou le défaut de la parfaire, détermine laquelle de deux sûretés concurrentes prend rang avant l'autre en vertu de cette loi, mais ce facteur n'influe aucunement sur la validité ou l'opposabilité des sûretés. S'appuyant sur les principes applicables du droit

On that basis, she awarded priority to the Credit Union.

3. Analysis

[12] As in *Bank of Montreal*, nothing turns on the particular wording of either respective security agreement in this appeal and it is not necessary to set out the relevant parts of the security agreements. The priority dispute essentially raises a question of statutory interpretation.

[13] As explained in *Bank of Montreal*, the focal point for resolving a priority dispute involving a *Bank Act* security and provincial personal property security act security interests is the *Bank Act* itself. Because provinces cannot enact provisions that would affect the priority of a validly created federal security interest, the conceptual framework for resolving disputes between *PPSA* security interests and *Bank Act* security interests is necessarily that supplied by the *Bank Act*. While the internal priority rules of the *PPSA* cannot be invoked to resolve the dispute, the provisions of the *PPSA* cannot be ignored as provincial property law plays a complementary role in defining the rights granted under the *Bank Act*. As the *Bank Act* contains relatively few provisions which explicitly address whether a *Bank Act* security has priority over other interests in the same property, most priority disputes are resolved by considering whether, on the basis of applicable principles of property law, the proprietary rights granted to the bank under that Act have precedence over competing interests.

[14] In applying the framework of analysis set out more fully in *Bank of Montreal*, it is necessary to first look at the nature of the security interest conveyed to the Bank under the *Bank Act* and, in order to resolve the priority dispute, compare it to the prior competing *PPSA* interest to consider

des biens, la juge Jackson a statué qu'il y avait lieu d'accorder priorité à la sûreté créée par le premier contrat conclu. Pour ces motifs, elle a jugé que la sûreté de la Coopérative de crédit avait priorité de rang.

3. Analyse

[12] Comme dans *Banque de Montréal*, le sort du pourvoi ne tient en rien au libellé des contrats de sûreté, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'en reproduire les extraits pertinents. Le conflit de priorité soulève essentiellement une question d'interprétation législative.

[13] Comme il est expliqué dans *Banque de Montréal*, la clé d'un conflit de priorité entre une garantie régie par la *LB* et une sûreté régie par une loi provinciale sur les sûretés mobilières se trouve dans la *LB* elle-même. Étant donné que les provinces ne peuvent pas édicter de dispositions qui auraient une incidence sur la priorité d'une sûreté créée valablement sous le régime d'une loi fédérale, c'est nécessairement la *LB* qui doit servir de cadre conceptuel pour le règlement des conflits entre une sûreté relevant d'une loi provinciale et une garantie régie par la *LB*. Toutefois, bien qu'on ne puisse résoudre le conflit en appliquant les règles de priorité internes établies par la *PPSA*, on ne peut faire abstraction des dispositions qu'elle comporte, car le droit des biens provincial joue un rôle complémentaire lorsqu'il s'agit de définir les droits conférés sous le régime de la *LB*. Comme la *LB* contient relativement peu de dispositions visant explicitement la question de savoir si une garantie constituée sous son régime prend rang avant d'autres sûretés sur les mêmes biens, la plupart des conflits de priorité sont résolus en fonction de la question de savoir si, selon les principes pertinents du droit des biens, les droits propriétaires accordés à une banque sous le régime de la *LB* l'emportent sur les sûretés concurrentes.

[14] Selon le cadre d'analyse exposé de manière plus détaillée dans *Banque de Montréal*, il faut d'abord considérer la nature de la garantie accordée à la Banque en vertu de la *LB* et, pour résoudre le conflit de priorité, comparer cette garantie à la sûreté antérieure concurrente consentie

whether the Credit Union acquired any interest that would derogate from the debtor's title.

3.1 *The Security Interest Conveyed Under the Bank Act*

[15] In order to determine the nature of the security interest conveyed under the *Bank Act* we must construe the relevant provisions of the statute. It may be useful to situate the particular provisions at issue in this appeal within the general structure of the regime governing *Bank Act* security. The regime may be summarized as follows:

1. Section 427(1) authorizes banks to lend money to a variety of borrowers for a range of purposes and to take security in specified classes of property when making such loans.
2. Section 427(2) states that the “[d]elivery of a document giving security on property to a bank . . . vests in the bank” certain “rights and powers” in respect of the property described in the document. Of course, the time at which a creditor acquires its security interest in the collateral is of critical importance in any priority dispute. As we shall see, there is some uncertainty on the question of when the Bank acquired its interest in this appeal. As the debtor only acquired rights in the collateral at a time subsequent to the “delivery” of the security document to the Bank, an issue arises as to what, if any, proprietary interest was acquired by the Bank under s. 427(2) at the time it took its *Bank Act* security interest.
3. The nature of the “rights and powers” which vest in the bank are defined further under s. 427(2) depending on the nature of the collateral. More specifically as it relates to this appeal, s. 427(2)(c) grants the bank taking a *Bank Act* security “the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described”.

sous le régime de la *PPSA* afin de déterminer si la Coopérative de crédit a acquis un intérêt qui a altéré le titre du débiteur.

3.1 *La garantie accordée sous le régime de la Loi sur les banques*

[15] Pour déterminer la nature de la garantie accordée sous le régime de la *LB*, il faut interpréter les dispositions pertinentes de cette loi. Il peut être utile de situer les dispositions en cause en l'espèce dans la structure générale du régime applicable à une garantie relevant de la *LB*, que l'on peut résumer ainsi :

1. Le paragraphe 427(1) autorise les banques à consentir des prêts à divers emprunteurs à différentes fins et à prendre une garantie sur des catégories particulières de biens lorsqu'elles consentent ces prêts.
2. Le paragraphe 427(2) prévoit que la « remise à la banque d'un document lui accordant [. . .] une garantie sur des biens [. . .] confère à la banque » certains « droits et pouvoirs » en ce qui concerne les biens décrits dans le document. Bien sûr, le moment où le créancier acquiert sa garantie sur les biens est d'une importance cruciale dans le contexte d'un conflit de priorité. Comme nous le verrons, en l'espèce, une incertitude subsiste quant au moment où la Banque a acquis son intérêt dans les biens. Étant donné que le débiteur n'a acquis ses droits sur les biens donnés en garantie qu'après la « remise » à la Banque du document lui accordant la garantie, la question se pose de savoir quel est l'intérêt propriétaire que la Banque a acquis, le cas échéant, en vertu du par. 427(2) au moment où la garantie lui a été consentie sous le régime de la *LB*.
3. Les « droits et pouvoirs » conférés à la banque sont définis au par. 427(2) en fonction de la nature des biens affectés à la garantie. Plus particulièrement, dans le contexte du présent pourvoi, l'al. 427(2)c confère à la banque qui obtient une garantie en vertu de la *LB* « les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens ».

In turn, s. 435(2) specifies that the effect of acquiring a warehouse receipt or bill of lading is to vest in the bank, “from the date of the acquisition”, all the right and title of the owner of the property. Just as in *Bank of Montreal*, ss. 427(2)(c) and 435(2) are of critical importance on the issue that occupies us in this appeal as, by their terms, the bank acquires all interest in the collateral, but no greater, than the debtor has at the relevant time.

4. Section 427(4) states that, unless the bank registers a notice of intention with the appropriate authority, its security interest will be void as against third parties. This notice of intention may be registered up to three years before the security is actually given. It is common ground that the notice of intention was duly registered by the Bank in this case.
5. Section 427(3) provides the bank with an efficient mechanism of accessing its collateral by allowing the bank to seize property in the event of the debtor’s non-payment of a loan to the bank, which is what the Bank did here.
6. The *Bank Act* contains few provisions that explicitly address the question of priority over competing interests in the same property. Of potential relevance to this appeal is s. 428 which gives priority to the bank “over all rights subsequently acquired in, on or in respect of that property”.

[16] I now turn to ss. 427(2) and 435(2). The relevant wording of the provisions is as follows:

427. . . .

(2) Delivery of a document giving security on property to a bank under the authority of this section vests in the bank in respect of the property therein described

(a) of which the person giving security is the owner at the time of the delivery of the document, or

(b) of which that person becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not the property is in existence at the time of the delivery,

Le paragraphe 435(2) précise quant à lui que tout récépissé ou connaissance confère à la banque, « à compter de la date de l’acquisition » du récépissé ou connaissance, les droit et titre de propriété du propriétaire des biens. Comme dans *Banque de Montréal*, l’al. 427(2)c) et le par. 435(2) revêtent une importance cruciale pour la question dont nous sommes saisis en l’espèce, car, selon ces dispositions, la banque acquiert tous les intérêts, mais seulement les intérêts, que le débiteur détenait lui-même sur les biens grevés à l’époque pertinente.

4. Le paragraphe 427(4) indique que la garantie de la banque ne sera opposable aux tiers que si la banque enregistre un préavis auprès de l’autorité compétente. On peut enregistrer le préavis jusqu’à trois ans avant que la garantie ne soit consentie. Il est admis que le préavis a été dûment enregistré par la Banque en l’espèce.
5. Le paragraphe 427(3) crée un mécanisme efficace permettant à la banque d’accéder aux biens grevés en lui permettant de les saisir lorsque le débiteur manque à son obligation de rembourser le prêt, ce que la Banque a fait en l’espèce.
6. La *LB* contient peu de dispositions traitant explicitement de l’ordre de priorité entre des sûretés concurrentes grevant les mêmes biens. L’article 428, qui accorde à la banque la priorité de rang sur « tous les droits subséquentement acquis sur ces biens », pourrait être pertinent en l’espèce.

[16] Je vais maintenant examiner les par. 427(2) et 435(2), dont voici les extraits pertinents :

427. . . .

(2) La remise à la banque d’un document lui accordant, en vertu du présent article, une garantie sur des biens dont le donneur de garantie :

a) soit est propriétaire au moment de la remise du document,

b) soit devient propriétaire avant l’abandon de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non au moment de cette remise,

the following rights and powers, namely,

(c) . . . the same rights and powers as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading in which that property was described . . .

435. (1) A bank may acquire and hold any warehouse receipt or bill of lading as security for the payment of any debt incurred in its favour, or as security for any liability incurred by it for any person, in the course of its banking business.

(2) Any warehouse receipt or bill of lading acquired by a bank under subsection (1) vests in the bank, from the date of the acquisition thereof,

(a) all the right and title to the warehouse receipt or bill of lading and to the goods, wares and merchandise covered thereby of the previous holder or owner thereof; and

(b) all the right and title to the goods, wares and merchandise mentioned therein of the person from whom the goods, wares and merchandise were received or acquired by the bank, if the warehouse receipt or bill of lading is made directly in favour of the bank, instead of to the previous holder or owner of the goods, wares and merchandise.

[17] In this case, Mr. Hingtgen did not hold any right in the collateral in question at the time the security document was delivered to the Bank. It is only subsequently, at the time he purchased each item of property, that he acquired any rights in the assigned property. Therefore, it is correct to say that the Bank's proprietary interest in after-acquired property can only "attach" to the property when the debtor acquires it. Before that time, there is evidently no collateral upon which it could attach. This conclusion finds support in the majority of the Canadian jurisprudence and virtually all academic commentary: see e.g. *Rogerson Lumber Co. v. Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671 (Ont. C.A.), per Arnup J.A.; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at p. 134, citing W. D. Moull, "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251; *Abraham v. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 65 (Ont. C.A.), at paras. 19-20; R. C. C. Cuming and R. J. Wood, "Compatibility of Federal and Provincial Personal

confère à la banque, en ce qui concerne les biens visés, les droits et pouvoirs suivants :

c) . . . les mêmes droits que si la banque avait acquis un récépissé d'entrepôt ou un connaissance visant ces biens . . .

435. (1) La banque peut acquérir et détenir tout récépissé d'entrepôt ou connaissance à titre de garantie soit du paiement de toute dette contractée envers elle, soit de toute obligation contractée par elle pour le compte d'une personne, dans le cadre de ses opérations bancaires.

(2) Tout récépissé d'entrepôt ou connaissance confère à la banque qui l'a acquis, en vertu du paragraphe (1), à compter de la date de l'acquisition :

a) les droit et titre de propriété que le précédent détenteur ou propriétaire avait sur le récépissé d'entrepôt ou le connaissance et sur des effets, denrées ou marchandises qu'il vise;

b) les droit et titre qu'avait la personne, qui les a cédés à la banque, sur les effets, denrées ou marchandises qui y sont mentionnés, si le récépissé d'entrepôt ou le connaissance est fait directement en faveur de la banque, au lieu de l'être en faveur de leur précédent détenteur ou propriétaire.

[17] En l'espèce, M. Hingtgen ne détenait aucun droit sur les biens donnés en garantie lors de la remise à la Banque du document lui accordant sa garantie. Ce n'est que par la suite, au moment où il a acquis chacun des biens en question, qu'il a acquis des droits sur les biens donnés en garantie. Par conséquent, il est exact de dire que l'intérêt propriétaire de la Banque dans les biens à venir ne peut les « grever » qu'au moment où le débiteur les acquiert. Avant ce moment il n'existe, de toute évidence, aucun bien pouvant être grevé. Cette conclusion trouve appui dans la majeure partie de la jurisprudence canadienne et dans la quasi-totalité des commentaires de la doctrine : voir à titre d'exemple *Rogerson Lumber Co. c. Four Seasons Chalet Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 671 (C.A. Ont.), le juge Arnup; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, p. 134, citant W. D. Moull, « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242, p. 251; *Abraham c. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)* (1998), 158 D.L.R. (4th) 65 (C.A. Ont.), par. 19-20;

Property Security Law” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 267, at p. 276.

[18] The proprietary interest which attaches to the after-acquired collateral at the time of its purchase by Hingtgen, however, does not constitute the full extent of the interest granted to the Bank under the *Bank Act*. As the underlined words of the above-noted provisions make plain, the rights and powers conveyed under the security agreement vest in the Bank *on delivery* of the security document (s. 427(2)), *from the date of the acquisition thereof* (s. 435(2)). As discussed in the companion *Bank of Montreal* appeal, the nature of the interest acquired by the bank was explained in *Bank of Montreal v. Hall*, in these terms:

The nature of the rights and powers vested in the bank by the delivery of the document giving the security interest has been the object of some debate. . . . I find the most precise description of this interest to be that given by Professor Moull in his article “Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act” (1986), 65 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 251. Professor Moull, correctly in my view, stresses that the effect of the interest is to vest title to the property in question in the bank when the security interest is taken out. [Emphasis added; pp. 133-34.]

As Professor Moull explained at p. 251:

The result, then, is that a bank taking security under section 178 effectively acquires legal title to the borrower’s interest in the present and after-acquired property assigned to it by the borrower. The bank’s interest attaches to the assigned property when the security is given or the property is acquired by the borrower and remains attached until released by the bank, despite changes in the attributes or composition of the assigned property. The borrower retains an equitable right of redemption, of course, but the bank effectively acquires legal title to whatever rights the borrower holds in the assigned property from time to time.

[19] At first glance, it may appear inconsistent to say, on the one hand, that the bank’s proprietary interest in after-acquired property does not attach until the property is actually acquired by the debtor

R. C. C. Cuming et R. J. Wood, « Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law » (1986), 65 *R. du B. can.* 267, p. 276.

[18] Toutefois, l’intérêt dévolu à la Banque sous le régime de la *LB* ne se limite pas au droit propriétaire qui a grevé les biens à venir au moment de leur acquisition par M. Hingtgen. Comme il ressort clairement des passages soulignés des dispositions susmentionnées, *la remise* du document lui accordant une garantie *confère* à la Banque les droits et pouvoirs découlant de ce document (par. 427(2)), *à compter de la date de l’acquisition* du document (par. 435(2)). Comme il est précisé dans le pourvoi connexe *Banque de Montréal*, la nature du droit qu’acquiert la banque a été définie comme suit dans *Banque de Montréal c. Hall* :

La nature des droits conférés à la banque par la remise du document accordant la sûreté a fait l’objet de certaines discussions. [. . .] J’estime que la description la plus précise de cette sûreté est celle que donne le professeur Moull dans son article intitulé « Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act » (1986), 65 *R. du B. can.* 242, à la p. 251. Le professeur Moull souligne, à juste titre à mon avis, que l’effet de la sûreté est de conférer à la banque le titre de propriété sur le bien en question lorsque la sûreté est [consentie]. [Je souligne; p. 133-134.]

Voici l’explication donnée par le professeur Moull, à la p. 251 :

[TRADUCTION] Il en résulte donc que la banque qui prend une sûreté en vertu de l’art. 178 acquiert effectivement le titre en common law sur l’intérêt de l’emprunteur dans les biens présents et à venir offerts en garantie. Le droit de la banque grève ces biens dès que la sûreté est consentie ou dès que l’emprunteur les acquiert et les biens demeurent grevés jusqu’à ce que la banque accorde mainlevée, sans égard aux changements survenus dans leurs attributs ou leurs éléments. L’emprunteur conserve évidemment un droit de rachat en equity, mais la banque acquiert effectivement le titre en common law sur tous les droits que l’emprunteur détient, à un moment ou à un autre, sur les biens offerts en garantie.

[19] À première vue, il peut paraître contradictoire de dire, d’une part, que le droit propriétaire de la banque sur les biens à venir ne greève pas les biens avant que le débiteur ne les acquière et, d’autre

and, on the other, that the bank's interest in the assigned property vests at the time of execution of the security agreement. However, this peculiarity was not totally foreign to the law at the time the *Bank Act* was enacted. A similar concept was recognized by courts of equity. As I will explain, the *Bank Act* effectively creates an inchoate proprietary interest in the after-acquired property from the time of delivery of the security agreement, a notion that had been recognized in equity.

[20] At common law, it was not possible for an individual to grant an interest in property that he or she did not at that time own. However, it has long been held that equity will recognize and enforce interests which are granted in after-acquired property: see *Holroyd v. Marshall* (1862), 10 H.L. Cas. 191; *Tailby v. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523 (H.L.). The grantee's equitable interest in the property does not arise at the time the contract is executed. Rather, once the grantor acquires the property, the grantee immediately acquires an equitable interest in that property: see *Holroyd; Fisher and Lightwood's Law of Mortgage* (11th ed. 2002), W. Clark, ed., at p. 133. As between competing equitable interests in after-acquired property, priority has generally been given to the first agreement to be executed: see *In re Lind*, [1915] 2 Ch. D. 345 (C.A.); R. C. C. Cuming, C. Walsh and R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), at p. 312. As explained by Professor Goode, equity in effect recognizes a type of inchoate proprietary interest in after-acquired property from the moment the agreement is executed:

For example, a debtor executes a charge in favour of X over future property on April 1 and acquires a new asset on August 1. The charge attaches on August 1. There appears to be no problem. But suppose that on May 1 the debtor had executed a second charge, in favour of Y, over the same classes of future assets. Who wins, X or Y? The answer is simple enough: X wins, as he is the first in time. The problem is to know how this result is arrived at, because, of course, the security interest does not attach until the debtor has acquired the asset, so that the competing interests of X and Y attach simultaneously. How, then, does X get priority?

part, que l'intérêt de la banque sur les biens donnés en garantie lui est dévolu au moment de la conclusion du contrat de sûreté. Toutefois, cette particularité n'est pas totalement étrangère au droit existant à l'époque où la *LB* a été édictée. Les tribunaux d'équité reconnaissent en effet un concept similaire. Comme je l'expliquerai, la *LB* crée effectivement un intérêt propriétaire virtuel sur les biens à venir à compter de la remise du contrat de garantie, une notion déjà reconnue en equity.

[20] Selon les règles de la common law, une personne ne pouvait accorder un intérêt sur un bien dont elle n'était pas déjà propriétaire. Toutefois, il est établi depuis longtemps que l'équité reconnaît et donnera effet aux intérêts concédés dans des biens à venir : voir *Holroyd c. Marshall* (1862), 10 H.L. Cas. 191; *Tailby c. Official Receiver* (1888), 13 App. Cas. 523 (H.L.). L'intérêt en equity du concessionnaire ne prend pas naissance au moment de la conclusion du contrat. C'est plutôt lorsque le concédant acquiert le bien que le concessionnaire acquiert du même coup un intérêt en equity dans le bien en cause : voir *Holroyd; Fisher and Lightwood's Law of Mortgage* (11^e éd. 2002), W. Clark, éd., p. 133. Dans le cas d'intérêts concurrents en equity sur des biens acquis après la signature des contrats de sûreté, la priorité a généralement été accordée au premier contrat conclu : voir *In re Lind*, [1915] 2 Ch. D. 345 (C.A.); R. C. C. Cuming, C. Walsh et R. J. Wood, *Personal Property Security Law* (2005), p. 312. Comme l'explique le professeur Goode, l'équité reconnaît effectivement l'existence d'un certain droit propriétaire virtuel sur les biens à venir à compter de la conclusion du contrat :

[TRADUCTION] Par exemple, un débiteur signe, le 1^{er} avril, un contrat de sûreté réelle en faveur de X sur des biens futurs et acquiert un nouveau bien le 1^{er} août. La sûreté grève le bien le 1^{er} août. Cela ne paraît présenter aucun problème. Mais supposons que, le 1^{er} mai, le débiteur ait signé un deuxième contrat de sûreté réelle en faveur de Y, sur les mêmes catégories de biens futurs. Qui l'emporte, X ou Y? La réponse est relativement simple : C'est X qui l'emporte, car il est le premier en date. La difficulté est de savoir comment on en arrive à ce résultat, puisque, bien sûr, la sûreté ne grève pas les biens avant que le débiteur les acquière, de sorte que les droits concurrents de X et Y les grèvent simultanément. Alors, comment dans ce cas X a-t-il priorité de rang?

Here we have a striking example of the intellectual subtlety of the law. In a number of cases the courts have ruled that whilst, in a sense, an agreement for security over after-acquired property cannot attach to that property prior to acquisition, yet the agreement constitutes a present security. In other words, it creates an inchoate security interest which is waiting for the asset to be acquired so that it can fasten on to the asset but which, upon acquisition of the asset, takes effect as from the date of the security agreement. Acquisition of the asset produces the situation in which the security is deemed to have continuously attached to the asset from the time of execution of the security agreement.

(*Goode on Legal Problems of Credit and Security* (4th ed. 2008), Louise Gullifer, ed., at p. 74)

[21] Thus, in creating an interest which comes into existence immediately upon the delivery of a security document, but only attaches to the collateral at the time the debtor actually has an interest in the property, the *Bank Act* simply gives statutory recognition to this notion of “inchoate interest from the date of execution” that had long been recognized by courts of equity. In my view, this interpretation is the only one that gives effect to all the words contained in ss. 427(2) and 435(2).

[22] This interpretation, while not explained in these terms, was effectively adopted by the Quebec Court of Appeal in *Banque nationale du Canada v. William Neilson Ltd.*, [1991] R.J.Q. 712. Rousseau-Houle J.A., writing for the majority (the dissenting opinion not on this point), described the nature of the bank’s interest under equivalent provisions of the *Bank Act* in these terms:

[TRANSLATION] The bank’s rights depend on when the security was given. . . .

The Bank may exercise its right under this section only if the person who gave the security has become the owner. This is the effect of section 178 [now s. 427].

. . .

These provisions necessarily lead to the conclusion that the Bank’s rights in the property it was given in security were acquired as of the date of the agreement, provided that the transferor was then or subsequently became the owner of the property in question. In this case, the Bank is deemed to have held its rights since

Nous avons ici un exemple frappant de la subtilité intellectuelle de la common law. Dans nombre d’affaires, les tribunaux ont statué que si, dans un sens, un contrat de sûreté sur des biens à venir ne peut grever les biens avant leur acquisition, il crée néanmoins une sûreté immédiate. En d’autres termes, il crée une sûreté virtuelle qui ne grève le bien qu’au moment de l’acquisition de celui-ci, mais qui, une fois le bien acquis, prend effet à la date de conclusion du contrat. L’acquisition du bien crée la situation dans laquelle la sûreté est réputée l’avoir grevé de façon continue depuis la signature du contrat.

(*Goode on Legal Problems of Credit and Security*, (4^e éd. 2008), Louise Gullifer, éd., p. 74)

[21] Par conséquent, en créant un intérêt qui prend naissance immédiatement sur remise du document accordant la garantie, mais qui ne grève le bien visé qu’au moment où le débiteur acquiert effectivement un intérêt sur ce bien, la *LB* ne fait que reconnaître par voie législative la notion d’« intérêt virtuel à compter de la conclusion du contrat » reconnue de longue date par les cours d’équité. Il s’agit selon moi de la seule interprétation permettant de donner effet à tous les termes figurant aux par. 427(2) et 435(2).

[22] Cette interprétation, bien qu’expliquée différemment, a été retenue par la Cour d’appel du Québec dans *Banque nationale du Canada c. William Neilson Ltd.*, [1991] R.J.Q. 712. La juge Rousseau-Houle, s’exprimant au nom de la majorité (l’opinion dissidente ne concernait pas ce point), décrit comme suit la nature de l’intérêt de la banque en vertu de dispositions équivalentes de la *LB* :

Les droits de la banque dépendent du moment où la garantie est consentie. . . .

Pour que la Banque puisse exercer le droit que lui confère cet article, il faut que celui qui a donné la garantie soit lui-même devenu propriétaire. Cela résulte de l’article 178 [maintenant l’art. 427].

. . .

De ces articles on doit conclure que les droits de la Banque sur les biens qui lui sont donnés en garantie sont acquis depuis la date de la convention dans la mesure où le cédant était alors ou est devenu propriétaire de ces biens. Dans ce cas, la Banque est réputée détenir ses droits depuis la date de la convention sans

the date of the agreement, regardless of the fact that the transferor acquired the property at different times. However, the Bank's rights may be asserted as against third parties only if a notice of intention was registered not more than three years immediately before the security was given . . . [Emphasis added; pp. 721-22.]

[23] This interpretation also finds support in this Court's decision in *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411. As explained in the companion appeal, it became necessary for the Court in that case to determine the nature of the Royal Bank's security interest under the *Bank Act* and the nature of its security interest under the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05. Each security agreement covered both the present and after-acquired property of the debtor. The Court concluded that the security interest conveyed to the Bank under each statute was in the nature of a *fixed* charge over both the present *and future assets* of the debtor, which interest took effect *from the time the security agreement was entered into*. Gonthier J., dissenting but not on this point, acknowledged that the concept of a fixed charge over property that did not yet exist was a novel one, explaining as follows:

It would seem appropriate at this point, before leaving the present discussion, to comment briefly upon this novel and perhaps abstract notion of possessing a fixed charge over all of the present and future inventory of a debtor. To begin with, I note that traditional definitions of the fixed charge, as for example the one I previously quoted above from *Illingworth [v. Houldsworth]*, [1904] A.C. 355, emphasize the ability to "settle and fasten" upon ascertainable and defined property as being an integral attribute to this particular form of charge. This type of attachment to tangible and ascertainable property, of course, is impossible to achieve in the case of an assignment of inventory, where that collateral is changing constantly. In short, the traditional concept of the fixed charge seems to be at odds with the notion of having a proprietary right over collateral such as after-acquired inventory which, by definition, is not yet in existence at the time the security agreement is executed.

In my view, however, a fixed charge over all present and future inventory represents a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets. To this extent, as stated above, this form of security

égard aux différentes époques d'acquisition des biens par le cédant. Les droits de la Banque ne seront toutefois opposables aux tiers qu'à la condition qu'un préavis ait été enregistré dans les trois années qui précèdent la date de la garantie . . . [Je souligne; p. 721-722.]

[23] Cette interprétation trouve également appui dans l'arrêt de notre Cour *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411. Pour les motifs exposés dans le pourvoi connexe, il devenait nécessaire pour la Cour de définir dans cette affaire la nature de la garantie de la Banque Royale sous le régime de la *LB* ainsi que la nature de sa sûreté sous le régime de la *Personal Property Security Act* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. P-4.05. Chacun des contrats de sûreté visait à la fois les biens actuels et les biens à venir du débiteur. Notre Cour a conclu que la sûreté consentie à la Banque en vertu de chacune des lois était de la nature d'une charge *fixe* sur les biens actuels *et sur les biens à venir* du débiteur et que cette charge prenait effet à *compter de la conclusion du contrat de sûreté*. Le juge Gonthier, dissident sur un autre point, a reconnu en ces termes que la charge fixe sur un bien qui n'existait pas encore était une notion inédite :

À ce stade, il semblerait approprié, avant de clore cette partie de l'analyse, de commenter brièvement cette notion nouvelle et peut-être abstraite de la possession d'un privilège fixe sur tous les biens actuels et futurs de l'inventaire d'un débiteur. Pour commencer, je souligne que les définitions traditionnelles du privilège fixe comme, par exemple, celle tirée de l'arrêt *Illingworth [c. Houldsworth]*, [1904] A.C. 355, que j'ai citée plus haut, insistent sur le fait que la capacité de « se fixer » sur des biens déterminables et définis est un attribut essentiel de cette forme particulière de privilège. Cette façon de grever des biens tangibles et déterminables est évidemment impossible dans le cas d'une cession de biens figurant dans un inventaire, où les biens donnés en garantie changent constamment. Bref, le concept traditionnel du privilège fixe semble incompatible avec l'idée de possession d'un droit de propriété sur des biens donnés en garantie tels que les biens d'inventaire acquis après coup qui, par définition, n'existent pas encore au moment où la convention de garantie est conclue.

Je suis cependant d'avis qu'un privilège fixe sur tous les biens présents et futurs d'un inventaire représente un droit de propriété sur un ensemble dynamique d'éléments d'actif présents et futurs. Dans cette mesure, comme je

interest challenges our traditional conception of a fixed charge; to the same extent, in my opinion, our conception of this form of charge must change to meet the modern realities of commercial law, and in particular the legislative provisions which have been brought to bear in this appeal. [First emphasis added; second emphasis in original; paras. 62-63.]

[24] In a recent article, Professor Cuming suggests, on a review of the historical wording of the precursor sections to s. 427(2), that there was no legislative intention to confer to the bank any proprietary interest in after-acquired collateral at the date of execution of the security agreement. Rather, the bank would acquire a proprietary interest only when the debtor himself acquires such interest in the collateral, in other words, at the time of attachment (R. C. C. Cuming, “Fitting a Square (Federal) Peg in a Round (Provincial) Hole: Rationalizing Section 427 *Bank Act* With Provincial Property Security Law” (2010), 73 *Sask. L. Rev.* 1, at pp. 16-19). I do not share Professor Cuming’s concern on this point. In my view, the history of the provision does not detract from the conclusion that an inchoate proprietary interest in after-acquired collateral vests in the bank from the moment of delivery of the security document. I will briefly review this history.

[25] In 1900, an amendment was made to s. 74(2) of *The Bank Act* to allow substituted collateral to be “covered by such security as if originally covered thereby”: *The Bank Act Amendment Act, 1900*, S.C. 1900, c. 26, s. 17. Thus, under the 1900 version of the Act, substituted collateral was treated as if an inchoate proprietary interest had been granted on the date the security agreement was executed. While the language of s. 74(2) was not literally replicated in the 1944 version of the *Bank Act*, s. 88(2) (the precursor to s. 427(2)) was to the same effect. It introduced the notion that the *delivery* of the document “vests and shall vest in the bank . . . the same rights and powers in respect of such property as if the bank had acquired a warehouse receipt or bill of lading” describing the property: *The Bank Act*, S.C. 1944, c. 30, s. 88(2). Explicitly,

l’ai déjà dit, cette forme de garantie met en question notre conception traditionnelle d’un privilège fixe; de même, j’estime que notre conception de cette forme de privilège doit évoluer en fonction des réalités contemporaines du droit commercial et, en particulier, des dispositions législatives qui ont été invoquées en l’espèce. [Je souligne le premier passage; deuxième passage souligné dans l’original; par. 62-63.]

[24] Dans un article récent, le professeur Cuming se fonde sur l’historique du libellé des dispositions que le par. 427(2) a remplacées pour affirmer que le législateur n’avait pas l’intention de conférer à la banque, à la date de la conclusion du contrat de garantie, quelque intérêt propriétaire que ce soit sur les biens à venir affectés à la garantie. En fait, la banque n’acquerrait selon lui un intérêt propriétaire qu’au moment où le débiteur acquiert lui-même un tel intérêt sur les biens affectés à la garantie, autrement dit, au moment où ces derniers deviennent grevés (R. C. C. Cuming, « Fitting a Square (Federal) Peg in a Round (Provincial) Hole : Rationalizing Section 427 *Bank Act* With Provincial Property Security Law » (2010), 73 *Sask. L. Rev.* 1, p. 16-19). Je ne partage pas les préoccupations du professeur Cuming sur ce point. Selon moi, l’historique législatif n’empêche pas de conclure qu’un intérêt propriétaire virtuel sur les biens à venir affectés à la garantie est dévolu à la banque lors de la remise du document lui accordant la garantie. Je vais analyser brièvement cet historique.

[25] En 1900, on a modifié le par. 74(2) de l’*Acte des banques* pour permettre que les biens substitués soient « couverts par cette garantie tout comme si elle les eût couverts en premier lieu » : *Acte modificatif de l’Acte des banques, 1900*, S.C. 1900, ch. 26, art. 17. Par conséquent, selon la version de la loi de 1900, les biens substitués étaient traités comme si un intérêt propriétaire virtuel avait été accordé à la date de la conclusion du contrat de sûreté. Le texte du par. 74(2) n’a pas été repris exactement dans la version de 1944 de la *Loi sur les banques*, mais le par. 88(2) (l’ancêtre du par. 427(2)) allait dans le même sens. Il a introduit la règle selon laquelle la *remise* du document à la banque « attribue et doit attribuer à la banque [. . .] les mêmes droits et pouvoirs, [relativement aux biens], que si la banque eût acquis un récépissé d’entrepôt ou connaissance

s. 88(2) applied to after-acquired property, or as the words of the statute then stated, property “of which such person [giving the security] becomes the owner at any time thereafter before the release of the security by the bank, whether or not such property is in existence at the time”. This provision, together with s. 86(2) of the same Act, a provision that existed in a similar form since at least 1890 (*The Bank Act*, S.C. 1890, c. 31, s. 73), explained that the effect of a bank’s acquiring a warehouse receipt or bill of lading was that “all the right and title” to the goods covered by the security “shall vest in the bank, from the date of the acquisition thereof”. In my view, these historical provisions have precisely the same effect as the current ss. 427(2) and 435(2), respectively.

[26] Consequently, one can only read in ss. 427(2) and 435(2) the intention to statutorily vest in the bank a proprietary, albeit inchoate, interest in the after-acquired property enforceable against third parties from the time of execution of the security agreement, provided proper notice of intention was registered as required by the statute.

[27] I therefore conclude that from the time the Bank first took *Bank Act* security on June 10, 1997, it acquired an inchoate proprietary interest in the assigned after-acquired property in the nature of a fixed charge, which interest subsequently attached to the various items of collateral at the time they were each purchased by Hingtgen.

[28] I now turn to the Credit Union’s competing PPSA interest.

3.2 *The Credit Union’s Security Interest Under the PPSA*

[29] It is not disputed that, at the time Hingtgen gave the Bank its security agreement in 1997, the Credit Union had a valid security agreement executed on January 24, 1992, in respect of the same collateral. It is common ground that, pursuant

dans lequel ces biens étaient décrits » : *Loi des banques*, S.C. 1944, ch. 30, par. 88(2). Le paragraphe 88(2) s’appliquait explicitement aux biens à venir ou, comme l’énonçait le texte de la loi à l’époque, les biens « dont [la personne donnant la garantie] devient propriétaire en tout temps par la suite avant le dégagement de la garantie par la banque, que ces biens existent ou non à l’époque de cette remise ». À cette disposition s’ajoutait le par. 86(2) de la même loi, qui existait sous une forme semblable depuis au moins 1890 (*Acte des banques*, S.C. 1890, ch. 31, art. 73). Le paragraphe 86(2) expliquait que l’acquisition par une banque d’un récépissé d’entrepôt ou d’un connaissance avait pour effet de conférer à celle-ci, « à compter de la date de son acquisition, [. . .] [t]ous les droits et titres » sur les biens affectés à la garantie. J’estime que ces anciennes dispositions ont exactement le même effet que les par. 427(2) et 435(2) aujourd’hui en vigueur.

[26] En conséquence, une seule interprétation peut être donnée aux par. 427(2) et 435(2) : le législateur avait l’intention de conférer à la banque, sur les biens à venir, un intérêt propriétaire, quoique virtuel, opposable aux tiers à compter de la conclusion du contrat de sûreté, pourvu qu’un préavis valable ait été enregistré comme l’exige la loi.

[27] Je conclus donc que la Banque, à compter du moment où elle a obtenu une garantie sous le régime de la *LB* le 10 juin 1997, a acquis, sur les biens à venir affectés à la garantie, un intérêt propriétaire virtuel de la nature d’une charge fixe et que cet intérêt a par la suite grevé les différents biens affectés à la garantie au moment de leur acquisition respective par M. Hingtgen.

[28] Je passe maintenant à l’examen de la sûreté concurrente obtenue par la Coopérative de crédit en vertu de la PPSA.

3.2 *La sûreté de la Coopérative de crédit constituée en vertu de la PPSA*

[29] Il n’est pas contesté qu’au moment où M. Hingtgen a conclu le contrat de garantie avec la Banque en 1997, la Coopérative de crédit détenait déjà un contrat de sûreté valide visant les mêmes biens, qui avait été signé le 24 janvier 1992. Il est

to ss. 12 and 13 of the *PPSA*, the security interest created under the *PPSA* agreement attached to the after-acquired collateral at the time Hingtgen purchased the property. Because attachment had not yet occurred at the time Mr. Hingtgen gave the Bank its *Bank Act* security interest, the critical question becomes whether the Credit Union acquired any interest in the assigned property at that time which would derogate from Mr. Hingtgen's title. If so, by the combined effect of ss. 427(2) and 435(2), the Bank can only acquire its interest subject to the prior encumbrance.

[30] Of particular relevance on this point is the fact that the Credit Union's security agreement did not only constitute a valid contract as between creditor and debtor, but also, under s. 10 of the *PPSA*, was enforceable as against third parties. The relevant parts of s. 10 read as follows:

10(1) Subject to subsection (2) and section 12.1, a security interest is enforceable against a third party only where:

. . .

(d) the debtor has signed a security agreement that contains:

. . .

(iii) a statement that a security interest is taken in all of the debtor's present and after-acquired personal property; . . .

[31] The fact that s. 10 of the *PPSA* provides that a security interest is enforceable against third parties upon the signing of a security agreement (provided it contains a proper description of the collateral) must mean that, at the moment of execution, some statutory interest is acquired by the creditor. Otherwise, there would be nothing to enforce. As for the nature of this interest, I return to this Court's holding in *Sparrow Electric* that all security interests under the Alberta *PPSA* were akin to a fixed charge and as such, correlative to

en outre admis que, par application des art. 12 et 13 de la *PPSA*, la sûreté constituée par ce contrat sous le régime de la *PPSA* a grevé les biens à venir en cause au moment de leur acquisition par M. Hingtgen. Étant donné que les biens n'étaient pas encore grevés au moment où M. Hingtgen a consenti à la Banque une garantie au titre de la *LB*, la question cruciale qui se pose est celle de savoir si, à cette époque, la Coopérative de crédit avait acquis, dans les biens affectés à la garantie, un intérêt quelconque qui aurait altéré le titre de M. Hingtgen. Dans l'affirmative, étant donné l'effet combiné des par. 427(2) et 435(2), la garantie que la Banque a acquise était nécessairement subordonnée à la charge antérieure.

[30] À cet égard, il importe de signaler que le contrat conclu avec la Coopérative de crédit non seulement constituait un contrat valide entre la créancière et son débiteur, mais était opposable aux tiers, selon l'art. 10 de la *PPSA*. Je reproduis ci-dessous les extraits pertinents de cet article :

[TRADUCTION]

10(1) Sous réserve du paragraphe (2) et de l'article 12.1, la sûreté n'est opposable aux tiers que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

. . .

d) le débiteur a signé un contrat de sûreté qui contient, selon le cas :

. . .

(iii) une déclaration portant qu'une sûreté greève tous les biens personnels actuels du débiteur ainsi que tous les biens personnels qu'il acquerra après la conclusion du contrat; . . .

[31] Comme l'article 10 de la *PPSA* prévoit qu'une sûreté est opposable aux tiers à la signature d'un contrat de sûreté (pourvu que celui-ci contienne une description adéquate du bien donné en garantie), il faut comprendre qu'au moment où le contrat est conclu, le créancier acquiert un intérêt légal quelconque. Sinon, il ne pourrait rien opposer aux tiers. Quant à la nature de cet intérêt, je reviens sur la conclusion de notre Cour dans *Sparrow Electric* selon laquelle toutes les sûretés constituées en vertu de la loi albertaine correspondant à la *PPSA* sont

“a proprietary interest over a dynamic collective of present and future assets” (para. 63 (emphasis in original deleted)). As to when this interest takes effect, Gonthier J. stated the following:

Generally speaking, therefore, absent an express intention to the contrary, a security interest in all present and after-acquired personal property will attach when that agreement is executed by the parties. . . .

Applying this principle to the case at bar, the GSA held by the respondent bank must certainly be characterized as a fixed and specific charge. It attached at the time the agreement was executed . . . [Emphasis added; paras. 54-56.]

While Gonthier J. spoke in terms of *attachment* here, it is clear in the context of his analysis that he was referring to the time when the fixed charge over all present and future assets took effect and that this occurred upon execution of the agreement. While the statutory interest created in after-acquired property is necessarily inchoate in nature until the debtor acquires rights in the property, that does not change the fact that, *as of the date of execution*, the creditor — in this case the Credit Union — acquired an interest in the after-acquired property which derogated from the debtor’s title.

[32] The time of attachment does not change the nature of the interest conveyed to the Credit Union and, consequently, is not significant here. For sure, the PPSA has chosen the date of *attachment*, rather than the date of execution of the agreement, as the pivotal date for resolving a priority dispute as between some competing PPSA interests. Notably, s. 35(1)(c) provides that

35(1) Where this Act provides no other method for determining priority between security interests:

analogues à des charges fixes et correspondent par conséquent à « un droit de propriété sur un ensemble dynamique d’éléments d’actif présents et futurs » (par. 63 (soulignement omis)). Pour ce qui est de savoir à quel moment cet intérêt prend effet, le juge Gonthier dit ce qui suit :

De façon générale, par conséquent, en l’absence d’intention contraire explicite, une garantie accordée sur tous les biens meubles actuels et sur ceux acquis après la date de la convention grèvera ces biens dès la conclusion de la convention par les parties. . .

Si on applique ce principe à la présente affaire, la CGG de la banque intimée doit certainement être qualifiée de privilège fixe et spécifique. Elle a grevé les biens en cause dès la conclusion de la convention . . . [Je souligne; par. 54-56.]

Bien que le juge Gonthier ait eu recours au terme *grever* dans ses motifs, il est clair que, dans le contexte de son analyse, il était question du moment de la prise d’effet de la charge fixe sur tous les biens actuels et à venir et que ce moment correspond à celui de la conclusion du contrat. Bien que l’intérêt légal créé dans les biens à venir soit nécessairement de nature virtuelle jusqu’à ce que le débiteur acquière un droit sur le bien, il demeure que *dès la date de la conclusion du contrat*, la créancière — la Coopérative de crédit dans la présente affaire — a acquis dans les biens à venir un intérêt qui a altéré le titre du débiteur.

[32] Le moment où les biens sont grevés ne modifie pas la nature de l’intérêt transmis à la Coopérative de crédit et, par conséquent, n’est pas important en l’occurrence. À n’en pas douter, la PPSA a établi que la date déterminante pour la résolution d’un conflit de priorité entre certaines sûretés concurrentes régies par cette loi est celle à laquelle la sûreté *grève* les biens, et non celle de la conclusion du contrat. Plus particulièrement, l’al. 35(1)c) prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION]

35(1) Lorsque la présente loi ne prévoit aucune autre méthode pour déterminer l’ordre de priorité des sûretés sur le même bien grevé,

(c) priority between conflicting unperfected security interests is determined by the order of attachment of the security interests.

However, it does not follow from this that the date of attachment has any effect on a priority dispute between *PPSA* and *Bank Act* security interests. Indeed, not only does s. 4(k) of the *PPSA* exclude from its application a *Bank Act* security interest, the Province of Saskatchewan could not enact a provision that would affect the priority of a federally created security interest.

[33] However, as explained in *Bank of Montreal*, while the provinces cannot legislate in order to oust the bank's rights, they can alter the law as it relates to property and civil rights in each province. This is what Saskatchewan did in enacting the *PPSA*. The Legislature created a statutory interest in after-acquired property, an interest which is correlative to an inchoate proprietary interest. It also provided that this statutory interest is enforceable against third parties and that it comes into existence on the signing of the security agreement. In creating this interest, the Province acted within the scope of its constitutional authority. Thus, in a priority dispute such as this one where the priority rules under the *PPSA* can find no application, the date of execution of the agreement is the relevant date, as it is at that time that the statutory interest is created. The date of attachment is of no consequence.

[34] I therefore conclude that, at the time of execution of its security agreement, the Credit Union acquired a statutory interest in the nature of a fixed charge over the debtor's assigned after-acquired property, which effectively derogated from the title Mr. Hingtgen had available to assign to the Bank. This interest was in existence at the time the Bank took its *Bank Act* security interest, although it attached to the collateral in question only subsequently.

3.3 *Resolving the Priority Dispute*

[35] For the reasons explained more fully in *Bank of Montreal*, by the combined effect of

c) la priorité entre différentes sûretés non parfaites est déterminée en fonction du moment où la sûreté grève le bien.

Cela ne signifie toutefois pas que la date à laquelle les biens sont grevés a une incidence sur un conflit de priorité entre une sûreté régie par la *PPSA* et une garantie régie par la *LB*. En fait, non seulement l'al. 4k) de la *PPSA* soustrait une garantie régie par la *LB* de l'application de la *PPSA*, mais la province de la Saskatchewan ne pouvait pas adopter une disposition qui influencerait sur la priorité d'une sûreté créée par une loi fédérale.

[33] Toutefois, comme il est expliqué dans *Banque de Montréal*, bien que les législatures provinciales ne puissent écarter les droits de la banque, elles peuvent modifier les règles de droit applicables dans leur province respective en matière de propriété et de droits civils. C'est ce que la Saskatchewan a fait en édictant la *PPSA*. La législature a créé un intérêt légal dans les biens à venir qui correspond à un intérêt propriétaire virtuel. Elle a aussi établi que cet intérêt légal est opposable aux tiers et qu'il prend naissance à la signature du contrat de sûreté. La province a agi dans les limites de sa compétence constitutionnelle lorsqu'elle a créé cet intérêt. Par conséquent, dans un conflit de priorité comme celui qui nous occupe, où les règles de priorité de la *PPSA* ne trouvent pas application, la date de la conclusion du contrat est la date à retenir, car c'est à ce moment-là que l'intérêt légal prend naissance. La date à laquelle les biens sont grevés ne change rien.

[34] Je conclus donc que la Coopérative de crédit a acquis, au moment de la conclusion de son contrat de sûreté, un intérêt légal de la nature d'une charge fixe sur les biens à venir affectés à la garantie par le débiteur, intérêt qui a altéré le titre que M. Hingtgen pouvait donner en garantie à la Banque. Cet intérêt existait lorsque la Banque a obtenu sa garantie en vertu de la *LB*, bien qu'il n'ait grevé que plus tard les biens affectés à la garantie.

3.3 *Résolution du conflit de priorité*

[35] Pour les motifs exposés plus en détail dans *Banque de Montréal*, étant donné l'effet combiné

ss. 427(2) and 435(2), the Bank can receive no greater interest in the property than the debtor himself has. At the time the Bank took its *Bank Act* security interest, the Credit Union already held a proprietary interest in the same collateral in the nature of a fixed charge. The failure to register does not take anything away from the nature and validity of the Credit Union's prior interest.

[36] I therefore conclude that the Bank's security interest is subject to the Credit Union's rights under the *PPSA*.

4. Conclusion

[37] I would dismiss the appeal with costs throughout.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

Solicitors for the respondent: Layh & Associates, Langenburg, Saskatchewan.

des par. 427(2) et 435(2), la Banque ne peut se voir conférer dans les biens un intérêt supérieur à celui que le débiteur détient lui-même. Au moment où la Banque a obtenu sa garantie en vertu de la *LB*, la Coopérative de crédit détenait déjà un intérêt propriétaire de la nature d'une charge fixe sur les mêmes biens. Le défaut d'enregistrement n'a aucune incidence sur la nature et la validité de l'intérêt antérieur de la Coopérative de crédit.

[36] Je conclus donc que la garantie de la Banque est subordonnée aux droits conférés à la Coopérative de crédit par la *PPSA*.

4. Conclusion

[37] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : McDougall Gauley, Regina.

Procureurs de l'intimée : Layh & Associates, Langenburg, Saskatchewan.

Jaroslav Lutoslawski *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent***INDEXED AS: R. v. LUTOSLAWSKI****2010 SCC 49**

File No.: 33723.

2010: November 5.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Powers of Court of Appeal — Trial judge misdirecting himself on question of law — Court of Appeal did not err in substituting conviction instead of ordering a new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

Cases Cited

Applied: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345.

Statutes and Regulations Cited

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

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Blair and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161, 258 C.C.C. (3d) 1, [2010] O.J. No. 1094 (QL), 2010 CarswellOnt 1544, setting aside the accused's acquittal on charges of sexual assault and entering a conviction. Appeal dismissed.

Anil K. Kapoor and Senem Ozkin, for the appellant.

Christine Tier, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] BINNIE J. — The only issue on this appeal is whether the Court of Appeal for Ontario erred

Jaroslav Lutoslawski *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée***RÉPERTORIÉ : R. c. LUTOSLAWSKI****2010 CSC 49**

N° du greffe : 33723.

2010 : 5 novembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Droit criminel — Pouvoirs de la Cour d'appel — Le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées sur une question de droit — La Cour d'appel n'a pas fait erreur en consignait un verdict de culpabilité au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4)(b)(ii).

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345.

Lois et règlements cités

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

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Blair et Watt), 2010 ONCA 207, 260 O.A.C. 161, 258 C.C.C. (3d) 1, [2010] O.J. No. 1094 (QL), 2010 CarswellOnt 1544, qui a infirmé l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations d'agression sexuelle et consigné un verdict de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Anil K. Kapoor et Senem Ozkin, pour l'appelant.

Christine Tier, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] LE JUGE BINNIE — La seule question en litige dans le présent pourvoi consiste à décider si

in substituting a conviction instead of ordering a new trial on three counts of sexual assault. It was established in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, that “[t]he test to be applied in determining whether the impugned conduct has the requisite sexual nature is an objective one: ‘Viewed in the light of all the circumstances, is the sexual or carnal context of the assault visible to a reasonable observer?’” (p. 302). As found by the Court of Appeal, the trial judge misdirected himself on this question of law. Sexual assault does not require proof of an improper or ulterior purpose. The Crown at trial proved beyond a reasonable doubt that the touching of the complainants occurred in circumstances of a sexual nature such as to compromise the sexual integrity of the complainants. Section 686(4)(b)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, permits an appellate court on appeal from a judge alone to “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”. Here the Crown established that an error of law was committed at trial, and that but for that error the appellant would necessarily have been convicted: *R. v. Cassidy*, [1989] 2 S.C.R. 345. Accordingly, despite the able submissions of Mr. Kapoor, we are all of the view that the Court of Appeal reached the proper conclusion. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Kapoor Barristers, Toronto.

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

la Cour d’appel de l’Ontario a fait erreur en consignant un verdict de culpabilité au lieu d’ordonner la tenue d’un nouveau procès à l’égard de trois chefs d’accusation d’agression sexuelle. Depuis l’arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, « [l]e critère qui doit être appliqué pour déterminer si la conduite reprochée comporte la nature sexuelle requise est objectif : “Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle percevoir le contexte sexuel ou charnel de l’agression?” » (p. 302). Comme a conclu la Cour d’appel, le juge du procès s’est fondé sur des considérations erronées sur cette question de droit. Pour faire la preuve d’une agression sexuelle, il n’est pas nécessaire de démontrer un but illégitime ou inadmissible. Au procès, le ministère public a établi hors de tout doute raisonnable que les attouchements ont été commis sur les plaignantes dans des circonstances de nature sexuelle de manière à porter atteinte à l’intégrité sexuelle de ces dernières. Le sous-alinéa 686(4)(b)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, habilite la cour d’appel saisie de l’appel d’une décision d’un juge siégeant seul à « consigner un verdict de culpabilité à l’égard de l’infraction dont, à son avis, l’accusé aurait dû être déclaré coupable ». En l’espèce, le ministère public a prouvé qu’il y avait eu au procès une erreur de droit sans laquelle l’appelant aurait forcément été déclaré coupable : *R. c. Cassidy*, [1989] 2 R.C.S. 345. Par conséquent, malgré l’excellente argumentation de M^e Kapoor, nous sommes tous d’avis que la Cour d’appel est arrivée à la bonne conclusion. L’appel est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l’appelant : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Ontario, Toronto.

Aliu Imoro *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. IMORO

2010 SCC 50

File No.: 33649.

2010: November 8.

Present: LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Defences — Entrapment — Conduct of police officer not constituting entrapment.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Blair and Watt J.J.A.), 2010 ONCA 122, 264 O.A.C. 362, 251 C.C.C. (3d) 131, 207 C.R.R. (2d) 146, 72 C.R. (6th) 292, [2010] O.J. No. 586 (QL), 2010 CarswellOnt 771, setting aside the accused's acquittals and substituting convictions. Appeal dismissed.

Benjamin Moss, for the appellant.

Nicholas E. Devlin and *Lisa Csele*, for the respondent.

Leanne Salel and *Robert W. Hubbard*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered orally by

[1] **LEBEL J.** — Like the Court of Appeal for Ontario, we are all of the view that there was no entrapment. On the facts of this case, the brief

Aliu Imoro *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. IMORO

2010 CSC 50

N° du greffe : 33649.

2010 : 8 novembre.

Présents : Les juges LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation policière — La conduite du policier ne constitue pas de la provocation policière.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Blair et Watt), 2010 ONCA 122, 264 O.A.C. 362, 251 C.C.C. (3d) 131, 207 C.R.R. (2d) 146, 72 C.R. (6th) 292, [2010] O.J. No. 586 (QL), 2010 CarswellOnt 771, qui a écarté les acquittements prononcés en faveur de l'accusé et leur a substitué des déclarations de culpabilité. Pourvoi rejeté.

Benjamin Moss, pour l'appelant.

Nicholas E. Devlin et *Lisa Csele*, pour l'intimée.

Leanne Salel et *Robert W. Hubbard*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

[1] **LE JUGE LEBEL** — À l'instar de la Cour d'appel de l'Ontario, nous sommes tous d'avis qu'il n'y a pas eu de provocation policière. Au vu des faits

conversation between the police officer and the appellant near his apartment could not ground a finding of entrapment. The appellant himself allowed the police officer to witness a criminal drug transaction. The appellant was not induced to commit a crime, but was actually engaged in his criminal activities. By reason of our conclusion on entrapment, we need not express any opinion on the procedural issues raised by the parties in the courts below. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Benjamin Moss, Toronto.

Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Canada, Toronto.

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

de l'espèce, la brève conversation que le policier a eue avec l'appelant près de l'appartement de ce dernier ne permettait pas de conclure à la provocation policière. L'appelant a lui-même laissé le policier assister à la vente d'une substance illicite. Il n'a pas été incité à commettre un acte criminel, car il s'adonnait en fait à ses activités criminelles. Étant donné notre conclusion au sujet de la provocation policière, point n'est besoin de nous prononcer sur les questions de procédure soulevées par les parties devant les juridictions inférieures. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelant : Benjamin Moss, Toronto.

Procureur de l'intimée : Service des poursuites pénales du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Marcel de Montigny, personally and in his capacity as heir and liquidator of the succession of Liliane de Montigny, and in his capacity as heir of the successions of Claudia and Béatrice Brossard, Sandra de Montigny, personally and in her capacity as heir and liquidator of the succession of Liliane de Montigny, and Karen de Montigny, personally and in her capacity as heir and liquidator of the succession of Liliane de Montigny *Appellants*

v.

Succession of the late Martin Brossard, represented by Roger Brossard, its liquidator *Respondent*

and

Attorney General of Quebec *Intervener*

INDEXED AS: DE MONTIGNY v. BROSSARD (SUCCESSION)

2010 SCC 51

File No.: 32860.

2010: April 14; 2010: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Damages — Quantum — Moral prejudice — Spouse killing former spouse and their two children before committing suicide — Relatives of victims bringing civil liability action against murderer's succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims' successions — Trial judge allowing personal damages claim for solatium doloris and loss of moral support and dismissing action by successions — Whether compensation for solatium doloris and loss of support adequate.

Marcel de Montigny, personnellement et ès qualités d'héritier et de liquidateur de la succession de Liliane de Montigny, et ès qualités d'héritier des successions de Claudia et Béatrice Brossard, Sandra de Montigny, personnellement et ès qualités d'héritière et de liquidatrice de la succession de Liliane de Montigny, et Karen de Montigny, personnellement et ès qualités d'héritière et de liquidatrice de la succession de Liliane de Montigny *Appellants*

c.

Succession de feu Martin Brossard, représentée par Roger Brossard, son liquidateur *Intimée*

et

Procureur général du Québec *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : DE MONTIGNY c. BROSSARD (SUCCESSION)

2010 CSC 51

N^o du greffe : 32860.

2010 : 14 avril; 2010 : 10 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Dommages-intérêts — Quantum — Préjudice moral — Conjoint tuant son ex-conjointe, ainsi que leurs deux enfants, avant de se suicider — Membres de la famille des défuntés intentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntés une action en responsabilité civile contre la succession du meurtrier — Juge de première instance accueillant le recours personnel en dommages-intérêts pour solatium doloris et perte de soutien moral et rejetant le recours successoral — Les indemnités pour solatium doloris et perte de soutien moral sont-elles adéquates?

Human rights — Compensation — Punitive damages — Autonomous nature — Death of perpetrator of illegal and intentional acts — Relatives of victims claiming punitive damages from murderer's succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims' successions — Whether absence of award of compensatory damages bars claim for punitive damages — Whether death of perpetrator of intentional wrong precludes award of punitive damages against his succession — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49 — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1621.

In April 2002, B strangled his former spouse, drowned the couple's two children, and then committed suicide. M, S and K later instituted an action in civil liability, on their own behalf and as heirs and liquidators of the victims' successions, claiming compensatory and punitive damages from B's succession. The trial judge denied the claim by the successions for two reasons. First of all, he concluded that compensation claimed for pain, suffering and loss of expectation of life could be transmitted to heirs only where the evidence showed that a sufficient period of time had elapsed between the wrongful act and the death and that the victim had actually felt pain. The fact that the deaths of the victims in this case were almost instantaneous meant that damages could not be awarded under this head. Because the trial judge took the view that punitive damages are incidental to compensatory damages, he concluded that a right to punitive damages did not become part of the victims' patrimony that would be transmitted to their heirs. The judge added that the deterrent aspect of punitive damages no longer applied in any event because B was deceased. However, the judge allowed the personal action of M, S and K and awarded them damages for *solatium doloris* and loss of moral support. The Court of Appeal upheld the trial decision.

Held: The appeal should be allowed in part.

There is no reason to intervene to vary the amounts awarded to M, S and K personally as compensation for the moral prejudice they suffered as a result of B's actions, because the trial judge did not commit any palpable and overriding error in determining the quantum of compensatory damages. In this case, the amounts awarded by the trial judge are well within the range of acceptable compensation and seem reasonable, even if the compensation levels for this type of prejudice remain conservative. The fact that the trial judge did not consider psychological prejudice separately from

Droits de la personne — Réparation — Dommages-intérêts punitifs — Caractère autonome — Décès de l'auteur d'actes illicites et intentionnels — Membres de la famille des défuntés présentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntés une demande de dommages-intérêts punitifs contre la succession du meurtrier — L'absence d'octroi de dommages-intérêts compensatoires rend-elle irrecevable une demande de dommages-intérêts punitifs? — Le décès de l'auteur d'actes fautifs intentionnels empêche-t-il la condamnation de sa succession à des dommages-intérêts punitifs? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49 — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1621.

En avril 2002, B étrangle son ex-conjointe, noie les deux enfants du couple, et se suicide. M, S et K intentent par la suite en leurs noms personnels ainsi qu'en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défuntés, une action en responsabilité civile réclamant à la succession de B des dommages-intérêts compensatoires et punitifs. Le juge de première instance rejette le recours successoral pour deux motifs. D'abord, il conclut que l'indemnité réclamée pour douleurs, souffrances et perte d'espérance de vie ne se transmet aux héritiers que lorsque la preuve établit l'écoulement d'un temps suffisant entre l'acte fautif et le décès et démontre que la victime a réellement souffert. Or, la nature quasi instantanée du décès des victimes en l'espèce empêche l'octroi de dommages-intérêts sous ce chef. Parce qu'il estime que les dommages-intérêts punitifs sont accessoires aux dommages-intérêts compensatoires, le juge de première instance conclut qu'aucun droit à ces dommages-intérêts n'est entré dans le patrimoine des défuntés à être transmis à leurs héritiers. Le juge ajoute que l'aspect dissuasif de ces dommages-intérêts ne se pose plus de toute façon puisque B est décédé. Toutefois, le juge accueille le recours personnel de M, S et K et leur accorde des dommages-intérêts pour *solatium doloris* et perte de soutien moral. La Cour d'appel confirme la décision de première instance.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Il n'y a pas lieu d'intervenir afin de modifier les sommes accordées à M, S et K à titre personnel en compensation du préjudice moral qu'ils ont subi en raison des actes de B, car le juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans la détermination du quantum des dommages compensatoires. En l'espèce, les montants octroyés par le juge de première instance se situent bien à l'intérieur de la fourchette des indemnités acceptables en la matière et semblent raisonnables, même si les niveaux d'indemnisation de ce type de préjudice demeurent modérés. Le

the other aspects of the moral prejudice suffered by M, S and K is not in itself a reviewable error in principle. Here, the judge properly considered the psychological prejudice suffered by M, S and K in determining the compensation he awarded them.

However, the claim for punitive damages under s. 49, para. 2 of the Quebec *Charter* made by M, S and K in their capacity as heirs and liquidators of the successions was admissible, even in the absence, in this case, of an award of compensatory damages. In this regard, the majority opinion in *Béliveau St-Jacques* has been given too broad a scope. That opinion excluded an action under s. 49, para. 2 of the *Charter* only in cases involving public compensation systems. Outside that context, there is no reason not to recognize the autonomous nature of punitive damages. The *Charter's* quasi-constitutional status means that it prevails over general legal rules in the Quebec normative order. If the autonomy of the right to such damages conferred by the *Charter* is denied by imposing on those asserting it the additional burden of first proving that they are entitled to bring an action that they may not necessarily wish or be able to bring, this amounts to making the implementation of the *Charter* rights and freedoms subject to the rules applicable to civil law actions. There is no justification for maintaining this obstacle.

Similarly, it is too narrow a view of the role of punitive damages to say that there is no point in awarding them where the person who committed an unlawful act is deceased. That view does not take account of the social utility of this form of judicial intervention. Article 1621 *C.C.Q.* recognizes the preventive purpose of punitive damages. Because of the exceptional nature of these damages, the courts have been using them only for punishment and deterrence (both specific and general) of conduct that is considered socially unacceptable. However, since denunciation contributes to the preventive objective of art. 1621 *C.C.Q.* just as much as punishment and deterrence, there is no reason to refuse to recognize denunciation as an objective of punitive damages in Quebec civil law, especially where the issue is respect for the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*.

In this case, awarding punitive damages seems entirely appropriate in the circumstances to denounce the acts in question and affirm the importance of the right to life. The murders committed by B were for the victims an unlawful interference with a right protected

fait que le juge de première instance n'ait pas considéré le préjudice psychologique de façon distincte des autres éléments du préjudice moral subi par M, S et K ne constitue pas en soi une erreur de principe révisable. En l'espèce, le juge a adéquatement considéré le préjudice psychologique subi par M, S et K dans la détermination des indemnités qu'il leur a accordées.

Cependant, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée en vertu de l'art. 49, al. 2 de la *Charte* québécoise par M, S et K en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions était admissible et ce, même en l'absence, en l'espèce, de condamnation à leur payer des dommages-intérêts compensatoires à ce titre. À cet égard, une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*, laquelle écarte le recours de l'art. 49, al. 2 de la *Charte* dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs. En raison de son statut quasi constitutionnel, la *Charte* a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à ces dommages conféré par la *Charte* en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle.

De même, la conception du rôle des dommages punitifs selon laquelle il est inutile d'en octroyer lorsque l'auteur d'un acte illicite est décédé s'avère trop étroite et ne tient pas compte de l'utilité sociale que revêt cette forme d'intervention judiciaire. L'article 1621 *C.c.Q.* reconnaît aux dommages-intérêts punitifs une fonction préventive. En raison du caractère exceptionnel de ces dommages-intérêts, les tribunaux ont limité leur emploi à la punition et à la dissuasion (particulière et générale) de comportements jugés socialement inacceptables. Toutefois, puisqu'il contribue autant que la punition et la dissuasion à l'objectif préventif que vise l'art. 1621 *C.c.Q.*, aucune raison ne justifie le refus de reconnaître en droit civil québécois l'objectif de dénonciation des dommages-intérêts punitifs, surtout lorsque l'enjeu est le respect des droits et libertés que garantit la *Charte*.

En l'espèce, l'imposition de dommages-intérêts punitifs semble tout à fait indiquée dans les circonstances pour remplir la fonction de dénonciation des actes en cause et affirmer l'importance du droit à la vie. Les meurtres commis par B constituent pour ses

by the *Charter* and were also a civil fault within the meaning of the law of civil liability. The interference was intentional because B intended to deprive his victims of life at the time he acted. Since B's succession is insolvent, a symbolic lump sum of \$10,000, payable to the three successions and to be shared among them equally, is sufficient to achieve the objective of denunciation. Since the Quebec law of succession allows the right of action for punitive damages under the *Charter* to be transmitted to a person's heirs, M, S and K could bring this action by the successions on behalf of the victims. However, because there is no reason to believe that B intended to interfere with the psychological inviolability of M, S and K or even that he actually thought about the consequences of his actions for them, their personal action for punitive damages cannot succeed.

Cases Cited

Distinguished: *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; **referred to:** *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201; *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 S.C.R. 472; *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *Wilkes v. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting industrial accidents and occupational diseases, R.S.Q., c. A-3.001, s. 438.
Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code, S.Q. 1992, c. 57, s. 423.
Act respecting the Régie du logement, R.S.Q., c. R-8.1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, Preamble, ss. 1, 49.
Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, arts. 625, 1610, 1618, 1621.
Consumer Protection Act, R.S.Q., c. P-40.1.
Tree Protection Act, R.S.Q., c. P-37.

victimes une atteinte illicite à un droit protégé par la *Charte* et étaient aussi une faute civile au sens du droit de la responsabilité civile. L'atteinte était intentionnelle car B avait l'intention de porter atteinte à la vie de ses victimes au moment de commettre ses actes. Puisque la succession de B est insolvable, une somme globale symbolique de 10 000 \$, payable aux trois successions qui se la partageront également, suffit pour atteindre l'objectif de dénonciation visé. Puisque le droit successoral du Québec prévoit la transmissibilité du droit d'action en dommages-intérêts punitifs sous le régime de la *Charte* aux héritiers, M, S et K pouvaient exercer ce recours successoral au nom des défunt(e)s. Toutefois, parce que rien n'indique que B avait l'intention de porter atteinte à l'intégrité psychologique de M, S et K, ni même qu'il ait réellement pensé aux conséquences qu'auraient pour eux les gestes qu'il a commis, leur recours personnel en dommages-intérêts punitifs doit échouer.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employés et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; **arrêts mentionnés:** *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201; *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472; *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Wilkes c. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1, 49.
Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 625, 1610, 1618, 1621.
Loi sur l'application de la réforme du Code civil, L.Q. 1992, ch. 57, art. 423.
Loi sur la protection des arbres, L.R.Q., ch. P-37.
Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., ch. P-40.1.
Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., ch. R-8.1.
Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, L.R.Q., ch. A-3.001, art. 438.

Authors Cited

- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
- Beaulne, Jacques. *Droit des successions*, 4^e éd., d'après l'œuvre de Germain Brière. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Dallaire, Claude. « L'évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996: dix ans de cheminement », dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 240. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 185.
- Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991.
- Pratte, Pierre. « Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998), 58 *R. du B.* 287.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Pelletier, Bich and Côté J.J.A.), 2008 QCCA 1577, [2008] R.J.Q. 2015, [2008] J.Q. n° 8007 (QL), 2008 CarswellQue 7957, affirming in part a judgment of Trudel J., 2006 QCCS 1677, [2006] R.J.Q. 1371, 40 C.C.L.T. (3d) 109, [2006] Q.J. No. 2848 (QL), 2006 CarswellQue 14487. Appeal allowed in part.

Jean-Félix Racicot, for the appellants.

No one appeared for the respondent.

Jean-Yves Bernard, for the intervener.

Sébastien Grammond, as *amicus curiae*.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] **LEBEL J.** — This appeal has as its backdrop a family tragedy. On the morning of April 22, 2002, Martin Brossard entered the home of his former spouse, Liliane de Montigny, strangled her and then drowned the couple's two children, Claudia and Béatrice, in the bathtub of the home they had all once shared. He then hanged himself, leaving a note that clearly explained the reasons for his actions.

Doctrine citée

- Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 7^e éd., vol. I. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2007.
- Beaulne, Jacques. *Droit des successions*, 4^e éd., d'après l'œuvre de Germain Brière. Montréal: Wilson & Lafleur, 2010.
- Dallaire, Claude. « L'évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996: dix ans de cheminement », dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel*, vol. 240. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006, 185.
- Gardner, Daniel. *Le préjudice corporel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2009.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Exemplary Damages*. Toronto: The Commission, 1991.
- Pratte, Pierre. « Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998), 58 *R. du B.* 287.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Pelletier, Bich et Côté), 2008 QCCA 1577, [2008] R.J.Q. 2015, [2008] J.Q. n° 8007 (QL), 2008 CarswellQue 7957, qui a confirmé en partie un jugement du juge Trudel, 2006 QCCS 1677, [2006] R.J.Q. 1371, 40 C.C.L.T. (3d) 109, [2006] J.Q. n° 2848 (QL), 2006 CarswellQue 2552. Pourvoi accueilli en partie.

Jean-Félix Racicot, pour les appelants.

Personne n'a comparu pour l'intimée.

Jean-Yves Bernard, pour l'intervenant.

Sébastien Grammond, en qualité d'*amicus curiae*.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] **LE JUGE LEBEL** — Le présent pourvoi a un drame familial pour trame de fond. Au matin du 22 avril 2002, Martin Brossard pénètre chez son ex-conjointe, Liliane de Montigny, et l'étrangle avant de noyer les deux enfants du couple, Claudia et Béatrice, dans le bain de la résidence qu'il partageait jadis avec toute sa petite famille. Il se pend ensuite, en laissant derrière lui une note qui explique sans équivoque les motifs de sa conduite.

[2] Since the tragedy, Marcel de Montigny, who is Liliane's father and the grandfather of Claudia and Béatrice, and Sandra and Karen de Montigny, who are Liliane's sisters and the children's aunts, have been engaged in civil proceedings against the murderer's succession. As heirs and liquidators of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice, and also on their own behalf, they are claiming compensatory and punitive damages from Martin Brossard's succession.

[3] Despite its difficult context, this case provides the Court with an opportunity to reconsider the question of whether the punitive damages that may be awarded under s. 49, para. 2 of the *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Charter*"), are autonomous in nature. This Court must consider the relevance of such damages in cases where, as here, the person who committed the act in question can no longer be punished for his or her conduct.

I. Origin of the Case

[4] Liliane de Montigny and Martin Brossard were together for about 15 years, from 1986 to 2001, although they separated a few times during that period. They had two children: Claudia, who was born in December 1997, and Beatrice, who was born in October 2000. In December 1999, they purchased land in Brossard, a suburb south of Montréal. They had a house built on the land and took possession of it in June 2000. They separated just over a year later, in November 2001. Liliane stayed in the family home with the children, while Martin went back to live with his parents. They agreed to share custody of the children.

[5] On the morning of April 22, 2002, it was agreed that Martin would pick up the children at Liliane's house, take them out for breakfast and drive them to daycare. The children's caregiver was concerned when they did not arrive at the expected time. After trying in vain to reach Liliane and Martin, she went to the couple's home and knocked on the door, but no one answered. She looked through the stained-glass window of the front door

[2] Depuis le drame, M. Marcel de Montigny, père de Liliane et grand-père des petites Claudia et Béatrice, et M^{mes} Sandra et Karen de Montigny, sœurs de Liliane et tantes des enfants, poursuivent la succession du meurtrier devant la justice civile. En leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions de Liliane, Claudia et Béatrice, ainsi qu'en leurs noms personnels, ils réclament à la succession de Martin Brossard des dommages compensatoires et punitifs.

[3] Malgré le contexte difficile dans lequel elle s'inscrit, cette affaire donne l'occasion à notre Cour de réexaminer la question du caractère autonome des dommages-intérêts punitifs dont l'art. 49, al. 2 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte* »), permet l'attribution. Il faudra considérer la pertinence de ce type de dommages-intérêts dans des cas où, comme en l'espèce, l'auteur de l'acte ne peut plus être puni pour sa conduite.

I. Origine du litige

[4] Liliane de Montigny et Martin Brossard se sont fréquentés pendant une période d'environ 15 ans, soit de 1986 à 2001. De leur union, ponctuée de quelques séparations, sont nées deux enfants, Claudia (en décembre 1997), et Béatrice (en octobre 2000). En décembre 1999, le couple achète un terrain à Brossard, en banlieue sud de Montréal, où il fait ériger une maison dont il prend possession en juin 2000. Un peu plus d'un an plus tard, soit en novembre 2001, les conjoints se séparent. Liliane reste alors avec les enfants dans la résidence familiale, tandis que Martin retourne vivre chez ses parents. D'un commun accord, ils partagent la garde des enfants.

[5] Le matin du 22 avril 2002, il était convenu que Martin prendrait les enfants chez Liliane pour les amener déjeuner et les conduire à la garderie. Inquiète de ne pas les voir arriver à l'heure prévue, la gardienne des enfants, après avoir tenté en vain de rejoindre Liliane et Martin, se rend à la résidence du couple et frappe à la porte, sans obtenir de réponse. Regardant par le vitrail de la porte d'entrée, elle aperçoit le corps de Martin, pendu

and saw Martin's body hanging in the living room. She immediately called for help.

[6] When the police arrived, they found not only Martin's body but also the lifeless bodies of Liliane, Claudia and Béatrice. Liliane was lying on her back in the master bedroom and had marks on her neck. The autopsy report indicated that she had been strangled, possibly with the belt from her bathrobe. The two children were lying face down in the empty bathtub in the upstairs bathroom. The autopsy reports concluded that they had both died from drowning. The cause of Martin's death was asphyxiation by hanging. In its report to the coroner, the police investigation division concluded that there had been a triple murder followed by a suicide. That conclusion was consistent with the note left by Martin expressing despair over his breakup with Liliane.

[7] On July 3, 2002, Marcel, Sandra and Karen de Montigny appeared before a notary to make a declaration of inheritance in Liliane's succession and designated themselves as liquidators of the succession. The heirs did not designate a liquidator for the successions of Claudia and Béatrice. On October 3, 2002, they commenced the action that is the subject of this appeal in the Quebec Superior Court.

II. Judicial History

A. *Quebec Superior Court, 2006 QCCS 1677 (CanLII)*

[8] In the Quebec Superior Court, the plaintiffs brought an action in damages against Martin Brossard's succession. The action had two parts, namely a claim by the successions and a direct claim.

[9] There were two aspects to the action by the successions. First, the three plaintiffs, in their capacity as heirs and liquidators, claimed compensation for the damage allegedly suffered by Liliane's succession. Second, Marcel de Montigny did the same for the successions of Claudia

dans le salon. Elle appelle immédiatement les secours.

[6] Sur place, les policiers découvrent, en plus de celui de Martin, les corps inanimés de Liliane, Claudia et Béatrice. Liliane est étendue sur le dos, dans la chambre principale, et porte des marques au cou. Le rapport d'autopsie révèle qu'elle a été étranglée, possiblement à l'aide du cordon de sa robe de chambre. Les deux enfants, quant à elles, gisent sur le ventre dans la baignoire vide de la salle de bain de l'étage. Les rapports d'autopsie concluent dans les deux cas à un décès par noyade. La cause du décès de Martin est l'asphyxie par pendaison. Dans son rapport au coroner, la division des enquêtes du Service de police conclut à trois meurtres suivis d'un suicide. Ces conclusions concordent avec la note laissée par Martin, dans laquelle il exprime son désespoir à la suite de sa rupture avec Liliane.

[7] Le 3 juillet 2002, M. Marcel de Montigny ainsi que M^{mes} Sandra et Karen de Montigny comparaissent devant notaire pour faire une déclaration d'hérédité de la succession de Liliane et se désignent comme liquidateurs successoraux. Quant aux successions de Claudia et Béatrice, les héritiers n'ont désigné aucun liquidateur. Le 3 octobre 2002, ils entament devant la Cour supérieure du Québec l'action qui fait l'objet du présent pourvoi.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2006 QCCS 1677, [2006] R.J.Q. 1371*

[8] Devant la Cour supérieure du Québec, les demandeurs intentent une action en dommages-intérêts contre la succession de Martin Brossard. Cette action comprend un recours successoral et un recours direct.

[9] Le recours successoral se divise en deux volets. Dans le premier, les trois demandeurs, en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs, demandent réparation pour les dommages qu'aurait subis la succession de Liliane. Dans le second, M. Marcel de Montigny en fait autant pour les successions de

and Béatrice. The case was heard by Clément Trudel J.

[10] On the first aspect, Trudel J. concluded that he could not award the compensation claimed for Liliane's pain, suffering and loss of expectation of life. That head of damages is transmitted to heirs only where the evidence shows that a sufficient period of time elapsed between the wrongful act and the death and that the victim actually felt pain. However, it appeared that Liliane, who became unconscious a few seconds after being attacked by Martin, had not regained consciousness before she died. Because her death was almost instantaneous, Trudel J. refused to award damages under this head to the succession. He also denied the claim for reimbursement of her funeral expenses.

[11] Still dealing with the first aspect of the claim by the successions, Trudel J. next considered the demand for exemplary or punitive damages (which are equivalent terms according to the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*, S.Q. 1992, c. 57, s. 423). He noted that the Quebec legislature has recognized the possibility of awarding such damages in certain statutes, including the *Charter*. However, he inferred from this Court's decisions on the matter, particularly *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345 ("*Béliveau St-Jacques*"), that this type of damages can only be incidental to an award of compensatory damages for moral or material prejudice. Since he had found that he could not award compensatory damages for Liliane's death, Trudel J. concluded that a right to exemplary damages could not have become part of Liliane's patrimony or been transmitted to her heirs. He added that the deterrent aspect of punitive damages no longer applied in any event because Martin was deceased.

[12] Trudel J. applied the same reasoning to Marcel de Montigny's claims on behalf of the successions of young Claudia and Béatrice, which

Claudia et de Béatrice. Le juge Clément Trudel entend l'affaire.

[10] Au sujet du premier volet, le juge Trudel conclut qu'il ne peut accorder l'indemnité réclamée pour les douleurs, souffrances et perte d'espérance de vie de Liliane. Ce chef de dommages ne se transmet aux héritiers que lorsque la preuve établit l'écoulement d'un temps suffisant entre l'acte fautif et le décès et démontre que la victime a réellement souffert. Or, il appert que Liliane, tombée dans un état d'inconscience quelques secondes après avoir été assaillie par Martin, n'a jamais repris conscience avant de mourir. En raison de la nature quasi instantanée du décès, le juge Trudel refuse d'accorder à la succession des dommages-intérêts sous ce chef. Il rejette aussi la demande de remboursement de ses frais funéraires.

[11] Toujours dans le cadre du premier volet du recours successoral, le juge Trudel se penche ensuite sur la demande de dommages exemplaires ou punitifs (les deux termes étant équivalents selon la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, ch. 57, art. 423). Il note que le législateur québécois a reconnu la possibilité d'octroyer de tels dommages-intérêts dans certaines lois, dont la *Charte*. Il déduit toutefois de la jurisprudence de cette Cour sur la question, et notamment de l'arrêt *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345 ("*Béliveau St-Jacques*"), que cette forme de dommages-intérêts ne peut être qu'accessoire à l'attribution des dommages-intérêts compensatoires pour un préjudice moral ou matériel. Puisqu'il a décidé qu'il ne pouvait pas accorder de dommages-intérêts compensatoires pour le décès de Liliane, le juge Trudel conclut qu'aucun droit à des dommages exemplaires n'a pu entrer dans le patrimoine de celle-ci et être transmis à ses héritiers. Il ajoute que l'aspect dissuasif de ces dommages-intérêts punitifs ne se pose plus de toute façon puisque Martin est décédé.

[12] Le juge Trudel applique le même raisonnement aux réclamations de M. Marcel de Montigny au nom des successions des petites Claudia et

were the second aspect he considered. Since death by drowning is also almost instantaneous, neither compensatory nor exemplary damages could have become part of the young girls' patrimony. He therefore denied these heads of damages for the same reasons as with Liliane's succession. However, he awarded the successions half of the funeral expenses incurred as a result of the children's deaths.

[13] Trudel J. also considered the direct claim, in which Liliane's father and sisters sought damages from Martin Brossard's succession for *solatium doloris* and loss of moral support. After examining the evidence concerning the relationships among the members of the de Montigny family and the personal consequences of the tragedy for each of them, Trudel J. awarded Marcel de Montigny \$30,000 for the loss of Liliane and \$6,000 for the loss of each of his granddaughters. He awarded Sandra and Karen de Montigny \$10,000 for the death of their sister Liliane and \$2,000 for the death of each of their nieces. However, he denied the claim of Jacques-Yves Gadbois, Sandra de Montigny's spouse, on the basis that he had not been part of the family for long enough to have formed an attachment that could justify awarding him moral damages.

B. *Quebec Court of Appeal, 2008 QCCA 1577, [2008] R.J.Q. 2015 (Pelletier, Bich and Côté J.J.A.)*

[14] Four aspects of Trudel J.'s decision were appealed to the Quebec Court of Appeal. The appellants' appeal against the Brossard succession related first to the quantum of compensation awarded to them personally for pain and loss of moral support. It also concerned the refusal to award compensation to the successions for the victims' suffering and loss of expectation of life as well as the denial of exemplary damages. Finally, the appellants claimed full compensation for the funeral expenses incurred by the successions.

Béatrice, qui font l'objet du second volet de l'examen. Puisque la noyade entraîne elle aussi une mort quasi instantanée, ni dommages-intérêts compensatoires, ni dommages exemplaires n'ont pu entrer dans le patrimoine des petites. Pour les mêmes raisons que pour la succession de Liliane, il rejette donc ces chefs de dommages-intérêts. Il alloue toutefois aux successions la moitié des frais funéraires engagés à la suite du décès des enfants.

[13] Le juge Trudel examine également le recours direct par lequel le père et les sœurs de Liliane réclament de la succession de Martin Brossard des dommages-intérêts pour *solatium doloris* et perte de soutien moral. Après examen de la preuve relative aux relations entre les membres de la famille de Montigny et aux conséquences personnelles de la tragédie sur chacun d'eux, le juge Trudel accorde à M. Marcel de Montigny des sommes de 30 000 \$ pour la perte de Liliane et de 6 000 \$ pour la perte de chacune de ses petites-filles, et à M^{mes} Sandra et Karen de Montigny des sommes de 10 000 \$ pour le décès de leur sœur Liliane et de 2 000 \$ pour celui de chacune de leurs nièces. Il rejette toutefois la réclamation de M. Jacques-Yves Gadbois, conjoint de Sandra de Montigny, puisque celui-ci faisait partie de la famille depuis trop peu de temps pour avoir tissé des liens d'affection capables de justifier l'octroi de dommages moraux.

B. *Cour d'appel du Québec, 2008 QCCA 1577, [2008] R.J.Q. 2015 (les juges Pelletier, Bich et Côté)*

[14] Quatre aspects de la décision du juge Trudel font l'objet d'un appel devant la Cour d'appel du Québec. Le pourvoi des appelants contre la succession Brossard vise d'abord le montant des indemnités qui leur ont été accordées à titre personnel pour la douleur et la perte de soutien moral. Il soulève également le refus d'une indemnité aux successions pour la souffrance et la perte d'espérance de vie des victimes et le refus de dommages exemplaires. Les appelants réclament finalement une pleine indemnisation des frais funéraires engagés par les successions.

[15] On the issue of the amount of compensation awarded to the plaintiffs for *solatium doloris* and loss of *consortium* and *servitium* (“loss of moral support”), Pelletier J.A., for a unanimous Court of Appeal, found that Trudel J. had properly applied the principles established by this Court in *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268 (“*Augustus*”). Moreover, his assessment of the evidence did not warrant any intervention by the Court of Appeal. Pelletier J.A. added that the amounts awarded were comparable to those awarded in other cases that bore some similarity to the present one.

[16] The Court of Appeal found that the trial judge had not erred concerning the victims’ right to be compensated for pain and suffering and loss of expectation of life. Since it was impossible to determine the sequence of events, it could not be concluded that one of the victims could have suffered as a result of being aware of another victim’s murder. As well, the courts had long refused to accept such claims where the victim dies almost instantaneously or where the quantity of the time elapsed between the causal act and death does not allow for a reasonable inference that the victim suffered any prejudice separate from the death itself, as in this case.

[17] Next, the Court of Appeal held that Trudel J. had correctly refused to award exemplary damages to the victims’ successions. However, at the hearing, the appellants had been given leave to amend their motion in order to claim exemplary damages in their personal capacity as “indirect victims”. While this eliminated the objection based on the immediate victims’ lack of recourse, the fact that exemplary damages can have no deterrent effect where the wrongdoer is deceased was an issue, as it had been at trial. According to Pelletier J.A., this factor justified denying the claim for exemplary damages:

[TRANSLATION] . . . assuming that a message must be sent to anyone who might be tempted to do something similar to what Martin Brossard did . . . such a warning would have no real impact. . . . The level of despair required to contemplate such extreme action means that

[15] Sur la question du montant des indemnités octroyées aux demandeurs pour *solatium doloris* et perte de *consortium* et de *servitium* (« perte de soutien moral »), le juge Pelletier, au nom d’une cour unanime, considère que le juge Trudel a adéquatement appliqué les principes établis par notre Cour dans l’arrêt *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268 (« *Augustus* »). Par ailleurs, son appréciation de la preuve ne justifie aucune intervention de la Cour d’appel. Il ajoute que les montants octroyés soutiennent la comparaison avec ceux accordés dans d’autres affaires présentant certains traits communs avec le présent dossier.

[16] À propos du droit des victimes à une indemnité pour souffrances, douleurs et perte d’espérance de vie, la Cour d’appel conclut que le premier juge n’a commis aucune erreur. L’impossibilité d’établir la séquence des événements empêche de conclure qu’une des victimes aurait pu souffrir de la prise de conscience du meurtre d’une autre. De plus, les tribunaux refusent depuis longtemps de faire droit à de telles réclamations lorsque la victime décède presque instantanément ou lorsque le délai entre le geste causal et la mort est trop court pour que l’on puisse raisonnablement inférer qu’elle a subi un préjudice distinct du décès lui-même, comme c’est le cas en l’espèce.

[17] Ensuite, la Cour d’appel déclare bien fondée la décision du juge Trudel de refuser aux successions des victimes l’octroi de dommages exemplaires. Toutefois, à l’audience, les appelants ont été autorisés à modifier leur requête introductive d’instance afin de réclamer ces dommages-intérêts personnellement à titre de « victimes par ricochet ». Si disparaissait alors l’objection découlant de l’inexistence du recours des victimes immédiates, se posait toutefois, comme en première instance, le problème de l’absence d’effet dissuasif des dommages exemplaires lorsque l’auteur de la faute est décédé. Selon le juge Pelletier, ce facteur justifiait le rejet de la demande de dommages exemplaires :

. . . en supposant qu’il faille adresser un message à toute personne qui serait tentée de poser des gestes analogues à ceux commis par Martin Brossard, [. . .] une pareille mise en garde serait sans portée véritable. [. . .] Le degré de désespoir requis pour envisager une telle extrémité

it is illusory to think that any deterrent effect can result from an award of punitive damages. [para. 37]

[18] With regard to funeral expenses, the Court of Appeal intervened to allow the claims of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice. That aspect of the decision is not in issue before this Court.

III. The Appeal to This Court

Appointment of the Amicus Curiae

[19] After leave to appeal was granted in this matter, the appeal was set down for hearing in the fall 2009 session. However, the succession of the late Martin Brossard gave notice of its withdrawal and this Court appointed an *amicus curiae*, Sébastien Grammond. I note that Mr. Grammond made a considerable contribution to the proceedings through his factum and his input during the hearing.

IV. Analysis

A. *Issues*

[20] There are two issues in this appeal:

1. Whether the trial judge and the Court of Appeal committed a palpable and overriding error in determining adequate compensation for *solutium doloris* and loss of moral support;
2. Whether the death of a person who commits intentional acts for which the victims could be awarded exemplary damages precludes an award of exemplary damages against the person's succession. Whether the admissibility of such a remedy then depends on the existence of another head of damages.

B. *Positions of the Parties*

(1) Appellants' Position

[21] On the first issue, the appellants argue, in light of the case law and on the basis of the quality

rend illusoire la perspective qu'on puisse obtenir un quelconque effet dissuasif par une condamnation à des dommages punitifs. [par. 37]

[18] Quant aux frais funéraires, la Cour d'appel intervient afin d'admettre la réclamation des successions de Liliane, Claudia et Béatrice. Cet aspect de la décision n'est pas en litige devant notre Cour.

III. L'appel devant cette Cour

Nomination de l'amicus curiae

[19] Après l'autorisation d'appel dans ce dossier, la mise au rôle du pourvoi est fixée à la session d'automne 2009. Cependant, la succession de feu Martin Brossard donne avis de son retrait, et un *amicus curiae*, M^e Sébastien Grammond, est nommé par notre Cour. Je souligne d'ailleurs la contribution considérable de M^e Grammond aux débats par son mémoire et par ses interventions à l'audience.

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[20] Deux questions font l'objet de cet appel :

1. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont-ils commis une erreur manifeste et dominante dans la détermination de l'indemnité adéquate pour le *solutium doloris* et perte de soutien moral?
2. Le décès de l'auteur d'actes intentionnels susceptibles d'entraîner l'attribution de dommages exemplaires à ses victimes est-il une fin de non-recevoir à la condamnation de sa succession à des dommages exemplaires? La recevabilité d'une telle conclusion dépend-elle alors de l'existence d'un autre chef de dommages?

B. *Position des parties*

(1) Position des appelants

[21] Sur la première question, les appelants plaident, à la lumière de la jurisprudence et en raison

of their relationships with Liliane, Claudia and Béatrice, the circumstances of the deaths and the consequences of the tragedy for their own lives, that the quantum of damages awarded to them does not constitute full and acceptable compensation for the prejudice they suffered. They add that the Quebec courts seem to view the amount awarded by this Court in *Augustus*, the leading case on compensatory damages, as a cap on compensation, and they submit that that amount, expressed in today's dollars, should be much higher than at the time it was established. They therefore ask this Court to substantially increase the compensation awarded to them under this head by the courts below.

[22] On the second issue, the appellants argue that the admissibility of a claim for exemplary damages does not depend on the existence of another head of damages. They argue that an exemplary damages remedy exists autonomously and in parallel where a *Charter* right is intentionally violated. They add that the objectives of such damages are not limited to punishing or curbing an existing situation but also include deterring and denouncing acts of the same nature. In light of the facts of this case, particularly the motives for Martin Brossard's crime, the victims' situation and international recognition of the need to protect women and children, the appellants submit that exemplary damages must be awarded to send a clear message to society. The quantum of such damages will have to be determined based on the factors set out in art. 1621 of the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 ("*C.C.Q.*"), namely the gravity of the fault, the defendant's patrimonial situation, the extent of the reparation for which the debtor is already liable and the fact that the payment of compensation is assumed by a third person.

(2) Position of the *Amicus Curiae*

[23] On the first issue, the *amicus curiae* is in favour of full compensation for the prejudice suffered by the surviving members of the de Montigny family, including psychological

de la qualité de leurs relations avec les défuntés, des circonstances des décès et des conséquences du drame sur leurs vies, que les montants des dommages-intérêts qui leur ont été octroyés ne constituent pas une réparation intégrale et acceptable du préjudice subi. Ils ajoutent que le montant accordé par la Cour dans l'arrêt de base en matière de dommages compensatoires, l'arrêt *Augustus*, semble être considéré par les cours de la province de Québec comme un plafond d'indemnité dont le montant, actualisé en dollars d'aujourd'hui, devrait être beaucoup plus important qu'à l'époque où il a été établi. Ils demandent donc à notre Cour d'augmenter substantiellement les indemnités qui leur ont été octroyées par les instances inférieures sous ce chef.

[22] En ce qui a trait à la deuxième question, les appelants soutiennent que la recevabilité d'une demande de dommages exemplaires ne dépend pas de l'existence d'un autre chef de dommages. Selon leur plaidoirie, le recours en dommages exemplaires existe en parallèle, de manière autonome, en cas de violation intentionnelle d'un droit garanti par la *Charte*. Ils ajoutent que les objectifs visés par ces dommages ne se limitent pas à punir ou à réprouver une situation existante, mais à dissuader et dénoncer des gestes de même nature. Compte tenu des faits de l'espèce, et particulièrement des motifs du crime de Martin Brossard, de la situation des victimes et de la reconnaissance internationale du besoin de protection des femmes et des enfants, ils soutiennent qu'un message clair doit être envoyé à ce sujet à la société par l'attribution de dommages exemplaires. Le quantum de ceux-ci devra être déterminé selon les facteurs énumérés à l'art. 1621 du *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« *C.c.Q.* »), soit la gravité de la faute, la situation patrimoniale du défendeur, l'importance de la réparation à laquelle le débiteur a déjà été tenu et la prise en charge par un tiers de l'indemnité.

(2) Position de l'*amicus curiae*

[23] Sur la première question, l'*amicus curiae* s'exprime en faveur de la pleine compensation du préjudice subi par les membres survivants de la famille de Montigny, incluant le préjudice

prejudice. In his view, by accepting only the concepts of *solatium doloris* and loss of moral support, the trial judge and the Court of Appeal failed to compensate for that specific type of prejudice and thus violated the principle of full compensation that underlies civil liability. He suggests that this Court reassess the moral prejudice by taking full account of the psychological prejudice.

[24] On the second issue, which relates to punitive damages, the *amicus curiae* suggests that the objectives of such damages are the same in Quebec civil law as in the common law, namely punishment, deterrence and denunciation. For such damages to be awarded, there must have been intentional interference with the victim's rights within the meaning of s. 49, para. 2 of the *Charter*. In other words, the person who committed the interference must have acted "with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause" (*Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211 ("*St-Ferdinand*"), at para. 121). In the present case, there is no evidence of intentional interference with the appellants' inviolability. According to the *amicus curiae*, the interference resulted only from Martin Brossard's recklessness, and it was held in *Augustus* that recklessness does not amount to intentional fault. Therefore, in his opinion, the appellants cannot claim punitive damages from Martin Brossard's succession either personally or as indirect victims.

[25] However, the *amicus curiae* adds that the successions of Liliane, Claudia and Béatrice can obtain such damages. The *Charter* does not exclude the general principle set out in art. 625, para. 3 and art. 1610 *C.C.Q.* that the right to punitive damages for interference with personality rights is a right that may be transmitted to a person's heirs. The *amicus curiae* acknowledges that *Béliveau St-Jacques* was thought to have established a policy rule whereby the remedy of punitive damages is incidental to an award of compensatory damages. However, according to the *amicus curiae*, the solution adopted in *Béliveau St-Jacques* can be explained

psychologique. En ne retenant que les concepts de *solatium doloris* et de perte de soutien moral, le premier juge et la Cour d'appel auraient, à son avis, omis de compenser ce préjudice particulier et, ce faisant, violé le principe de la réparation intégrale à la base de la responsabilité civile. Il suggère à notre Cour de procéder à une nouvelle évaluation du préjudice moral en tenant cette fois pleinement compte du préjudice psychologique.

[24] Passant à l'étude des dommages punitifs, qui font l'objet de la deuxième question en litige, l'*amicus curiae* avance qu'ils poursuivent en droit civil québécois les mêmes objectifs qu'en common law, soit châtier, dissuader et réprover. Pour qu'ils soient attribués, il doit y avoir eu une atteinte intentionnelle aux droits de la victime au sens où l'entend l'art. 49, al. 2 de la *Charte*, c'est-à-dire que l'auteur de cette atteinte doit avoir agi « en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera » (*Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211 (« *St-Ferdinand* »), par. 121). En l'espèce, il n'existe aucune preuve du caractère intentionnel de l'atteinte à l'intégrité des appelants. Pour l'*amicus curiae*, cette atteinte ne résulte que de l'insouciance de Martin Brossard, et l'insouciance, en vertu de l'arrêt *Augustus*, ne constitue pas une faute intentionnelle. Les appelants ne peuvent donc, selon lui, réclamer ni personnellement, ni en vertu de leur statut de victimes par ricochet, des dommages-intérêts punitifs de la succession de Martin Brossard.

[25] L'*amicus curiae* ajoute toutefois que les successions de Liliane, Claudia et Béatrice peuvent obtenir de tels dommages-intérêts. La *Charte* n'écarte pas le principe général, édicté aux art. 625, al. 3 et 1610 *C.c.Q.*, selon lequel le droit d'une personne à des dommages-intérêts punitifs pour une atteinte à ses droits à la personnalité constitue un droit transmissible aux héritiers. Il reconnaît que l'on crut retrouver, dans l'arrêt *Béliveau St-Jacques*, une règle de principe qui traitait le recours en dommages punitifs comme un accessoire d'une condamnation à des dommages-intérêts compensatoires. Or, d'après l'*amicus curiae*, la

by the specific facts of that case, particularly the importance of protecting [TRANSLATION] “the integrity of major government compensation systems” (Daniel Gardner, *Le préjudice corporel* (3rd ed. 2009), at p. 161). Since that special concern is not present here in the instant case, no civil law principle would prevent awarding punitive damages even in the absence of an award of compensatory damages.

[26] Finally, the *amicus curiae* submits that an obligation to pay punitive damages became part of Martin Brossard’s patrimony at the time he killed his victims and was transmitted to his heirs with the rest of his patrimony (art. 625 C.C.Q.). Even if it is impossible to punish the murderer, and even if an award of punitive damages against the murderer’s succession is unlikely to deter people from committing similar acts, it is important for this Court to denounce and indicate society’s disapproval of his crime. For that purpose, the *amicus curiae* suggests \$1,000 as a symbolic amount.

C. *Compensation for Solatium Doloris and Loss of Moral Support*

[27] This appeal reminds us once more of the delicate nature of judges’ work. In civil liability cases, judges sometimes have the difficult task of quantifying the value of concepts as intangible as a person’s life, physical inviolability or suffering. In this area, where, by definition, the exercise of reasoned discretion remains the rule, the judge must also give as much priority as possible to following established judicial practice while adapting it to the specific circumstances of each case. Because of the essential factual assessment required by this task, an appellate court must take a highly deferential approach to varying the quantum of compensatory damages awarded by the trial judge. The “palpable and overriding error” standard applies to findings and inferences of fact concerning the assessment of such damages (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10 and 25; *H.L. v.*

solution adoptée dans cet arrêt s’explique par les faits particuliers de l’espèce, et notamment par l’importance de protéger « l’intégrité des grands régimes étatiques d’indemnisation » (Daniel Gardner, *Le préjudice corporel*, (3^e éd. 2009), p. 161). Puisque cette préoccupation particulière est absente du présent dossier, aucun principe de droit civil ne s’oppose à l’octroi de dommages-intérêts punitifs même en l’absence de dommages-intérêts compensatoires.

[26] Finalement, l’*amicus curiae* explique que l’obligation de verser des dommages-intérêts punitifs est entrée dans le patrimoine de Martin Brossard au moment où il a assassiné ses victimes, et a été transmise à ses héritiers avec le reste de son patrimoine (art. 625 C.c.Q.). Même s’il est impossible de punir ou de châtier le meurtrier, et qu’il soit peu probable que la population soit dissuadée de commettre des gestes tels que ceux qu’il a commis par l’octroi de dommages-intérêts punitifs payables par sa succession, l’*amicus curiae* indique qu’il est important que cette Cour dénonce son crime et marque la réprobation de la société à son égard. À cette fin, il suggère une condamnation à une somme symbolique de 1 000 \$.

C. *L’indemnité pour solatium doloris et perte de soutien moral*

[27] Ce pourvoi nous rappelle une fois de plus la nature délicate du travail du juge qui, en matière de responsabilité civile, se voit parfois confier la tâche difficile de quantifier la valeur de concepts aussi intangibles que la vie, l’intégrité physique ou les souffrances d’une personne. En cette matière où l’exercice d’une discrétion raisonnée, par définition, demeure la règle, le juge doit aussi privilégier, autant que possible, le respect de la pratique jurisprudentielle établie tout en l’adaptant aux circonstances particulières de chaque espèce. En raison de l’appréciation factuelle essentielle que suppose cette tâche, une cour d’appel doit faire preuve de beaucoup de retenue avant de modifier le quantum des dommages compensatoires accordés par le juge du procès. La norme de l’« erreur manifeste et dominante » s’applique aux conclusions et inférences de fait relatives à la fixation

Canada (Attorney General), 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 53).

[28] We have seen that the appellants claimed compensatory damages in the Quebec Superior Court in their dual capacity as heirs of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice and as direct victims of moral prejudice. Trudel J. dismissed the action by the successions on the basis of *Driver v. Coca-Cola Ltd.*, [1961] S.C.R. 201, which set out the principle that a claim for damages for pain and suffering is transmitted to a person's heirs only if two conditions are met, namely, first, that a sufficiently long time have elapsed between the wrongful act and the death and, second, that the victim have actually felt pain (see also *Pantel v. Air Canada*, [1975] 1 S.C.R. 472, at pp. 478-79; *Augustus*, at para. 56). The experts who testified at trial stated that death by strangulation or drowning is almost instantaneous. They said that, in both cases, loss of consciousness occurs after about 10 to 15 seconds and death within a few minutes. Since the right to life terminates at the time of death (*Augustus*, at para. 62), the trial judge correctly denied this claim. This aspect of the judgment is not under appeal in this Court.

[29] However, the appellants are disputing the amounts awarded to them as compensation for the moral prejudice they suffered. In their opinion, those amounts are so far removed from full compensation for that prejudice that their determination was in itself a palpable and overriding error justifying appellate intervention. In support of their arguments, the appellants rely on examples drawn from Quebec cases in which the facts, while not completely identical to those of the instant case, are similar enough to form a basis for comparison. They submit that the Quebec courts still seem to wrongly view the amount awarded by this Court in *Augustus* as a cap on compensation. Moreover, that

de ces dommages (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10 et 25; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 53).

[28] Nous avons vu que les appelants ont saisi la Cour supérieure du Québec d'une demande de dommages-intérêts compensatoires en leur double qualité d'héritiers des successions de Liliane, Claudia et Béatrice, et de victimes directes de préjudices moraux. Le juge Trudel a rejeté le recours successoral sur la base de l'arrêt *Driver c. Coca-Cola Ltd.*, [1961] R.C.S. 201. Celui-ci énonce le principe selon lequel le chef de dommages pour douleurs et souffrances ne se transmet aux héritiers que si deux conditions sont remplies, soit, dans un premier temps, qu'il y ait écoulement d'une période suffisamment longue entre l'acte fautif et le décès et, dans un deuxième temps, que la victime ait réellement souffert (voir également *Pantel c. Air Canada*, [1975] 1 R.C.S. 472, p. 478-479; *Augustus*, par. 56). Les experts entendus au procès ont témoigné de la nature quasi instantanée des décès par strangulation et par noyade. Selon eux, la perte de conscience survient, dans les deux cas, après une période d'environ 10 à 15 secondes, et la mort en quelques minutes. Puisque le droit à la vie prend fin avec la mort de la victime (*Augustus*, par. 62), c'est à bon droit que le juge du procès a rejeté ce poste de réclamation. Les appelants ne font d'ailleurs pas appel de cet aspect du jugement devant notre Cour.

[29] Ces derniers contestent toutefois les sommes qui leur ont été accordées à titre de compensation pour le préjudice moral qu'ils ont subi. Ces sommes sont, à leur avis, si éloignées d'une réparation intégrale de ces préjudices que leur fixation constitue en elle-même une erreur manifeste et dominante justifiant l'intervention des tribunaux d'appel. Les appelants invoquent, au soutien de leurs arguments, certains exemples tirés de la jurisprudence québécoise qui, sans présenter des faits tout à fait identiques à ceux de l'espèce, comportent néanmoins des similarités propres à soutenir la comparaison. Selon leurs prétentions, la somme accordée par notre Cour dans l'arrêt *Augustus* semble encore

cap would be much higher once adjusted. I shall deal with this argument first.

[30] In *Augustus*, the victim, a 19-year-old youth, escaped from the custody of the police officer who had arrested him on a warrant. The ensuing chase ended with the young man being shot in the head and killed. The appellant in that case, who was the victim's mother, claimed, *inter alia*, compensatory damages from the respondents as *solatium doloris*. L'Heureux-Dubé J., for this Court, held that \$25,000 might be fair and reasonable in the circumstances but nonetheless referred the parties back to the Court of Appeal so it could determine the quantum of this head of compensation after hearing the parties on this point (para. 51).

[31] While the Quebec courts have since used the sum of \$25,000 awarded by L'Heureux-Dubé J. as a reference point for determining the amount to be awarded as compensation for moral prejudice, it has never been considered a cap in the same way as the \$100,000 awarded by Dickson J. in *Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 229, at p. 265, for non-pecuniary losses suffered by the immediate victim of injury. In *Augustus*, L'Heureux-Dubé J. instead emphasized full compensation for moral prejudice, the value of which is calculated based on a set of factors that cover all the circumstances of the case. The adoption of such an approach is not foreign to the nature of the prejudice. While it is impossible to predict with any certainty the value of the future non-pecuniary damage that may be suffered by the immediate victim of bodily injury, this exercise becomes easier when the extent of the moral prejudice suffered by the victim's loved ones is being considered after the fact. The mere fact that there is no cap does not mean that no restrictions apply when such damages are being assessed. As L'Heureux-Dubé J. noted, this is an area in which moderation and predictability must always be fostered (*Augustus*, at para. 48).

considérée, à tort, comme un plafond d'indemnisation par la jurisprudence québécoise. Ce plafond, une fois actualisé, serait d'ailleurs beaucoup plus élevé. Je traiterai d'abord de cet argument.

[30] Dans *Augustus*, la victime, un jeune homme de 19 ans, s'était soustrait à la garde du policier qui l'avait arrêté en vertu d'un mandat. La poursuite qui s'était ensuivie se termina par le décès du jeune homme, abattu d'une balle à la tête. L'appelante dans cette affaire, la mère de la victime, réclamait notamment des intimés des dommages compensatoires à titre de *solatium doloris*. La juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour, jugea qu'un montant de 25 000 \$ pouvait être une somme juste et raisonnable dans les circonstances, mais renvoya néanmoins les parties devant la Cour d'appel pour que le quantum afférent à ce chef d'indemnité soit fixé après audition des parties sur ce point (par. 51).

[31] Même si la somme de 25 000 \$ accordée par la juge L'Heureux-Dubé a depuis servi de point de repère dans la détermination des sommes accordées en compensation d'un préjudice moral dans la jurisprudence québécoise, elle n'a jamais été considérée comme un plafond au même titre que les 100 000 \$ accordés par le juge Dickson dans l'arrêt *Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 229, p. 265, pour les pertes non pécuniaires subies par la victime immédiate d'un préjudice. Dans *Augustus*, la juge L'Heureux-Dubé met plutôt l'accent sur l'indemnisation intégrale du préjudice moral, dont la valeur est calculée à partir d'un ensemble de facteurs couvrant toutes les circonstances de l'espèce. L'adoption d'une telle approche n'est pas étrangère à la nature même du préjudice. S'il s'avère impossible de prévoir avec certitude la valeur des dommages non pécuniaires futurs que risque de subir la victime immédiate d'un préjudice corporel, cet exercice devient plus facile lorsque l'on considère rétroactivement l'importance du préjudice moral causé à ses proches. L'absence d'un tel plafond ne signifie pas pour autant que la fixation du montant de ces dommages-intérêts n'est assujettie à aucune contrainte. Comme le rappelle la juge L'Heureux-Dubé, il s'agit d'un domaine où modération et prévisibilité doivent être favorisées (*Augustus*, par. 48).

[32] A review of Quebec case law subsequent to *Augustus* shows that this call for moderation and predictability has been heard quite well, even though the approach based on a consideration of all the circumstances of the case necessarily implies some variability in the amounts awarded. Professor Gardner, at pp. 668-71, looks at the compensation awarded from 1997 to 2009 for non-pecuniary losses resulting from death. His study indicates that the amounts awarded by Trudel J. at trial are well within the range of acceptable compensation. That range (in 2009 dollars) is \$12,400 to \$79,700 for a parent who has lost a child aged 18 to 34 and \$5,800 to \$34,200 for the loss of a sibling. As regards a grandparent, uncle or aunt of a child under the age of 18, the decision under appeal serves as a precedent, since no similar cases are identified by Professor Gardner. Based on this information, the compensation awarded in this case seems reasonable, even if the compensation levels for this type of prejudice remain conservative.

[33] The *amicus curiae* submits that Trudel J.'s error lies instead in his failure to view psychological prejudice as a form of compensable prejudice distinct from *solatium doloris* and loss of moral support, even though, like them, it is included in what is referred to as "moral prejudice". This argument is unfounded. It can be seen from Trudel J.'s reasons that he looked at all the factors that have to be considered in determining the appropriate compensation.

[34] The varying and complex nature of human feelings makes it pointless to try to artificially categorize the various aspects of moral prejudice. What is truly important is that the moral prejudice actually suffered be compensated as precisely and fully as possible. To this end, L'Heureux-Dubé J. in *Augustus* established a non-exhaustive list of factors to be considered in examining such a claim for compensation, namely the circumstances of the

[32] Une étude de la jurisprudence québécoise postérieure à l'arrêt *Augustus* démontre que cet appel à la modération et à la prévisibilité a été relativement bien entendu, même si l'approche basée sur la considération de toutes les circonstances de l'espèce suppose nécessairement une certaine variabilité des quantums accordés. Dans son ouvrage, aux p. 668 à 671, le professeur Gardner recense les indemnités octroyées de 1997 à 2009 pour les pertes non pécuniaires résultant d'un décès. Cette étude démontre que les montants octroyés en première instance par le juge Trudel se situent bien à l'intérieur de la fourchette des indemnités acceptables en la matière. Cette fourchette s'étend (en valeur de 2009), dans le cas d'un parent pour la perte de son enfant âgé de 18 à 34 ans, de 12 400 \$ à 79 700 \$ et, dans le cas d'un frère ou d'une sœur, de 5 800 \$ à 34 200 \$. Quant au grand-parent ou à l'oncle ou la tante d'un enfant âgé de moins de 18 ans, le jugement dont appel fait en lui-même figure de précédent, puisque le professeur Gardner ne recense aucun cas similaire. Selon ces données, les indemnités accordées en l'espèce semblent raisonnables, et ce, même si les niveaux d'indemnisation de ce type de préjudice demeurent modérés.

[33] L'*amicus curiae* soutient que l'erreur commise par le juge Trudel consiste plutôt dans l'omission de considérer le préjudice psychologique en tant que préjudice indemnisable distinct du *solatium doloris* et de la perte de soutien moral, bien qu'il soit compris, comme eux, dans le vocable de « préjudice moral ». Cet argument n'est pas fondé. En effet, une analyse des motifs du juge Trudel démontre que celui-ci a pris en compte tous les éléments nécessaires à la détermination de l'indemnité en question.

[34] La nature variée et complexe des sentiments humains rend futile tout exercice de catégorisation artificielle des différentes facettes du préjudice moral. Ce qui importe véritablement est que la réparation du préjudice moral effectivement subi soit aussi exacte et complète que possible. Dans cette optique, le juge L'Heureux-Dubé a établi, dans l'arrêt *Augustus*, une liste non exhaustive de facteurs à considérer dans l'examen d'une telle demande

death, the ages of the deceased and the parent, the nature and quality of the relationship between the deceased and the parent, the parent's personality and ability to manage the emotional consequences of the death, and the effect of the death on the parent's life in light, *inter alia*, of the presence of other children or the possibility of having others (*Augustus*, at para. 50). Consideration of all these factors provides the judge with an overview of the emotional impact of the victim's death on each of the victim's loved ones so that full compensation can be provided for the resulting moral prejudice, including psychological prejudice, to the extent that this type of loss is compensable given its nature and complexity.

[35] Contrary to the opinion of the *amicus curiae*, the fact that the trial judge did not consider psychological prejudice separately from the other aspects of the moral prejudice suffered by the appellants is not in itself an error in principle that calls for intervention by this Court. Such intervention is justified only where the trial judge's analysis of the facts of the case is wrong or defective in light of the factors set out in *Augustus*, which is not the case here. In addition to the tragic circumstances of the deaths and the family dynamics in the de Montigny family both before and after the tragedy, Trudel J.'s analysis took into account the immediate and subsequent emotional and psychological repercussions of the events on the lives of Mr. de Montigny, Sandra and Karen. He noted, for example, that Sandra and Karen had [TRANSLATION] "succeeded quite well in managing the emotional consequences of the deaths, surviving the loss, and assimilating it" (para. 111), whereas their father "had a hard time coping with the situation and moving on. . . . Although more private, [his pain] was nonetheless as intense, painful and traumatic as theirs. It will undoubtedly be hard for him to resign himself to the loss of his daughter and two granddaughters" (para. 112). These comments, though concise, satisfy me that Trudel J. properly considered the psychological prejudice suffered by the appellants in determining the compensation he awarded them.

d'indemnisation. Ces facteurs sont les circonstances du décès, l'âge de la victime et du parent, la nature et la qualité de la relation entre la victime et le parent, la personnalité du parent et sa capacité à gérer les conséquences émotives du décès, ainsi que l'effet du décès sur la vie du parent à la lumière, entre autres, de la présence d'autres enfants ou de la possibilité d'en avoir d'autres (*Augustus*, par. 50). L'examen de l'ensemble de ces facteurs donne au juge une vue d'ensemble de l'impact émotionnel du décès de la victime sur chacun de ses proches pour permettre l'indemnisation intégrale du préjudice moral, incluant le préjudice psychologique, qui en a résulté, et ce, dans la mesure où s'y prêtent la nature et la complexité de ce type de dommages-intérêts.

[35] Contrairement à l'opinion de l'*amicus curiae*, le fait que le juge du procès n'ait pas considéré le préjudice psychologique de façon distincte des autres éléments du préjudice moral subi par les appelants ne constitue pas en soi une erreur de principe donnant ouverture à une intervention de notre Cour. Une telle intervention n'est possible que si son analyse des faits de l'espèce est erronée ou déficiente au regard des facteurs énumérés dans *Augustus*, ce qui n'est pas le cas ici. Outre les circonstances tragiques des décès et la dynamique familiale chez les de Montigny avant et après le drame, le juge Trudel a, en effet, pris en compte dans son analyse les répercussions émotionnelles et psychologiques, immédiates et subséquentes, des événements sur la vie de M. de Montigny père et de celles de Sandra et de Karen. Il note, par exemple, que ces dernières ont « relativement bien réussi à gérer les conséquences émotives des décès, à vivre la rupture et à l'intégrer » (par. 111), alors que leur père « a de la difficulté à assumer cette épreuve et à la surmonter. [. . .] Bien que plus secrète, [sa peine] n'en était pas moins intense, moins douloureuse, aussi traumatisante que la leur. Il aura sans doute de la difficulté à faire le deuil de sa fille et de ses deux petites-filles » (par. 112). En dépit de leur concision, ces observations me convainquent que le juge Trudel a adéquatement considéré le préjudice psychologique subi par les appelants dans la détermination des indemnités qu'il leur a accordées.

[36] Accordingly, in the absence of any palpable and overriding error, I find that there is no reason for this Court to intervene to vary the amounts awarded to the appellants as compensation for the moral prejudice they suffered as a result of Martin Brossard's actions. While those amounts may seem relatively low given the tragic circumstances that led to them being awarded, it should be borne in mind that the process of quantifying this type of prejudice to arrive at an abstract monetary value remains governed by the evidence submitted and by judicial practice in this area. As Pelletier J.A. noted, appellate judges may not vary an amount awarded for moral prejudice at trial merely because they themselves would have awarded a higher amount. Despite all the sympathy one may feel for the de Montigny family, the applicable legal rules require that this first ground of appeal be dismissed.

D. Award of Exemplary Damages Where the Perpetrator of the Intentional Wrong Is Deceased

[37] The appellants are also challenging the dismissal of the claim for exemplary damages they brought against Martin Brossard's succession, first in their capacity as heirs of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice and then, on appeal, in their personal capacity. As already discussed, there were two reasons why that claim was dismissed. First, relying on a line of judicial and scholarly authority that refuses to recognize the autonomous nature of exemplary damages, the judges below found that the fact that compensatory damages could not be awarded to the victims' successions in this case was an insurmountable obstacle to the admissibility of a claim for exemplary damages under s. 49 of the *Charter*. As well, both the Superior Court and the Court of Appeal stressed that the punitive and deterrent effects of exemplary damages would be absent in this case because the wrongdoer had killed himself immediately after committing his acts. We shall now see that neither of these reasons stands up to analysis and that this aspect of the appellants' appeal is well founded.

[36] En l'absence d'erreur manifeste et dominante, j'estime donc qu'il n'y a pas lieu pour notre Cour d'intervenir afin de modifier les sommes accordées aux appelants en compensation du préjudice moral qu'ils ont subi en raison des actes de Martin Brossard. Si ces sommes peuvent sembler relativement faibles par rapport aux circonstances tragiques ayant mené à leur octroi, il convient de rappeler que l'exercice de quantification de ce type de préjudice, pour le transformer en une valeur pécuniaire abstraite, demeure guidé par la preuve soumise et encadré par la pratique jurisprudentielle en la matière. Comme l'a rappelé le juge Pelletier de la Cour d'appel, un juge d'appel ne peut modifier une somme accordée à ce titre en première instance pour la simple raison qu'il aurait lui-même octroyé une somme plus élevée. Malgré toute la sympathie que l'on puisse éprouver pour la famille de Montigny, les règles de droit applicables exigent que soit rejeté ce premier moyen d'appel.

D. L'octroi de dommages exemplaires dans le cas du décès de l'auteur d'actes fautifs intentionnels

[37] Les appelants contestent également le rejet du recours en dommages exemplaires qu'ils ont exercé contre la succession de Martin Brossard, d'abord en leur qualité d'héritiers des successions de Liliane, Claudia et Béatrice, puis, en appel, à titre personnel. Deux raisons, rappelons-le, expliquent ce rejet. D'abord, en s'appuyant sur un courant jurisprudentiel et doctrinal refusant de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires, les juges des instances inférieures ont considéré, en l'espèce, l'impossibilité d'octroyer des dommages-intérêts compensatoires aux successions des victimes comme un obstacle infranchissable à l'admissibilité d'une demande de dommages exemplaires en vertu de l'art. 49 de la *Charte*. Par ailleurs, autant la Cour supérieure que la Cour d'appel ont souligné l'absence, en l'espèce, des effets punitif et dissuasif visés par ces dommages puisque le fautif s'est donné la mort immédiatement après la commission de ses actes. Nous verrons maintenant que ni l'une, ni l'autre de ces raisons ne résiste à l'analyse, et que ce volet du pourvoi des appelants est bien fondé.

(1) Autonomous Nature of Exemplary Damages

[38] Ever since this Court rendered its three decisions on compensatory and exemplary damages under the *Charter* (*Augustus, St-Ferdinand, Béliveau St-Jacques*), there has been an ongoing controversy about whether the latter are autonomous of the former (for a summary of the debate, see Claude Dallaire, “L’évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996: dix ans de cheminement”, in *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (2006), vol. 240, 185). The arguments on each side basically mirror those of the majority and minority judges in *Béliveau St-Jacques*, in which the central issue was whether the victim of an industrial accident who had received compensation under the *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, R.S.Q., c. A-3.001 (“AIAOD”), could also bring a civil liability action against the person who had caused prejudice to the victim.

[39] To determine whether an action for exemplary damages under s. 49, para. 2 of the *Charter* was a civil liability action within the meaning of s. 438 of the AIAOD, Gonthier J., for the majority, considered the nature of and basis for such an action. He concluded from his analysis that the action remained subject to the general principles of civil liability and therefore incidental in nature. Its recognition presupposed the admissibility and success of an action for compensatory damages. In a frequently quoted passage, he provided the following explanation:

Such an action can only be incidental to a principal action seeking compensation for moral or material prejudice. The second paragraph of s. 49 clearly states that in case of unlawful and intentional interference with a protected right, “the tribunal may, in addition, condemn the person guilty of it to exemplary damages” (emphasis added). This wording clearly shows that, even if it were admitted that an award of exemplary damages is not dependent upon a prior award of compensatory damages, the court must at least have found that there was an unlawful interference with a guaranteed right.

(1) Le caractère autonome des dommages exemplaires

[38] Depuis les trois décisions qu’a rendues notre Cour en matière de dommages compensatoires et exemplaires sous le régime de la *Charte* (*Augustus, St-Ferdinand, Béliveau St-Jacques*), une controverse sévit quant au caractère autonome des seconds par rapport aux premiers (voir, pour un sommaire du débat, Claude Dallaire, « L’évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996 : dix ans de cheminement », dans *Développements récents en droit administratif et constitutionnel* (2006), vol. 240, 185). Les arguments des tenants de chaque position épousent essentiellement ceux des juges majoritaires et minoritaires dans l’affaire *Béliveau St-Jacques*, où la question centrale consistait à décider si la victime d’un accident de travail ayant reçu une compensation en vertu de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, L.R.Q., ch. A-3.001 (« LATMP »), pouvait, en plus, exercer un recours en responsabilité civile contre l’auteur de son préjudice.

[39] Appelé à déterminer si le recours en dommages exemplaires prévu à l’art. 49, al. 2 de la *Charte* constituait un recours en responsabilité civile au sens de l’art. 438 de la LATMP, le juge Gonthier, pour la majorité, en examina la nature et les fondements. À partir de cette analyse, il conclut que ce recours demeurerait assujéti aux principes du régime général de responsabilité civile. En conséquence, il conservait un caractère accessoire. Sa reconnaissance supposait la recevabilité et la réussite d’un recours en dommages compensatoires. Dans un passage fréquemment cité, il explique :

Un tel recours ne pourra en effet qu’être l’accessoire d’un recours principal visant à obtenir compensation du préjudice moral ou matériel. L’article 49, al. 2 précise bien qu’en cas d’atteinte illicite et intentionnelle à un droit protégé, « le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages exemplaires » (je souligne). Cette formulation démontre clairement que, même si l’on admettait que l’attribution de dommages exemplaires ne dépend pas de l’attribution préalable de dommages compensatoires, le tribunal devra à tout le moins avoir conclu à la présence d’une atteinte illicite à un

Some wrongful conduct that gives rise to civil liability will therefore be identified and further consideration given to the intention of the person responsible. It is the combination of unlawfulness and intentionality that underlies the decision to award exemplary damages. The necessary connection with the wrongful conduct that gives rise to civil liability leads one to associate the remedy of exemplary damages with the principles of civil liability. [Emphasis in original; para. 127.]

[40] Gonthier J.'s position on this question was criticized by L'Heureux-Dubé J., who, in dissent, vigorously defended the position that exemplary damages are autonomous. In her view, "the *Charter* differs from the general law with respect to exemplary damages in that it establishes a remedy that is autonomous and distinct from compensatory remedies" (para. 26 (emphasis in original)). In her opinion, the textual argument drawn from the interpretation of the words "in addition" in s. 49, para. 2, on which Gonthier J. had relied in part to find that exemplary damages could not be dissociated from compensatory damages, would mean that "a court can not only award compensatory damages but can 'in addition', or equally, as well, moreover, also . . . , grant a request for exemplary damages" (para. 62 (emphasis in original)). According to L'Heureux-Dubé J., the latter type of damages is therefore not dependent on the former. However, this autonomy is partially limited by the requirement that evidence of all the constituent elements (fault, prejudice, causal connection) of liability within the meaning of the *Civil Code of Québec* be presented in accordance with general legal principles.

[41] Some authors believe that the specific context of *Béliveau St-Jacques*, which had to do with the public compensation system for employment injuries, and the language used by Gonthier J. in the above passage make this aspect of the judgment a [TRANSLATION] "cautious *obiter dictum*" (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7th ed. 2007), vol. I, at p. 397). These factors are said to explain the subsequent vacillation in the Quebec courts with regard to the autonomous nature of exemplary damages (for a list of contradictory

droit garanti. Il y aura donc identification d'un comportement fautif constitutif de responsabilité civile, et en sus, étude plus approfondie de l'intention du responsable. C'est la combinaison de l'illicéité et de l'intentionnalité qui sous-tend la décision d'accorder des dommages exemplaires. Le lien nécessaire avec le comportement fautif constitutif de responsabilité civile permet d'associer aux principes de la responsabilité civile le recours en dommages exemplaires. [Soulignement dans l'original; par. 127.]

[40] La position du juge Gonthier sur cette question a été critiquée par la juge L'Heureux-Dubé qui, en dissidence, a défendu avec vigueur la thèse du caractère autonome des dommages exemplaires. À son avis, « la *Charte* se démarque du droit commun [en ce qui concerne les dommages exemplaires] en créant un redressement autonome et distinct de la réparation de nature compensatoire » (par. 26 (soulignement dans l'original)). Selon son opinion, l'argument de texte tiré de l'interprétation de l'expression « en outre », contenue à l'art. 49, al. 2 et sur laquelle s'est en partie basé le juge Gonthier pour conclure à l'indissociabilité des dommages exemplaires et compensatoires, signifierait que le « tribunal peut non seulement accorder des dommages compensatoires, mais "en outre", soit également, en plus de cela, de surcroît, d'autre part, aussi [. . .], faire droit à une demande de dommages exemplaires » (par. 62 (soulignement dans l'original)). D'après la juge L'Heureux-Dubé, les seconds ne dépendent donc pas des premiers. Cette autonomie du recours est toutefois partiellement restreinte par l'exigence de présenter une preuve conforme aux principes de droit commun de tous les éléments constitutifs (faute, préjudice, lien de causalité) de la responsabilité au sens du *Code civil du Québec*.

[41] Le contexte particulier dans lequel s'inscrit l'affaire *Béliveau St-Jacques*, soit celui du régime public d'indemnisation pour lésions professionnelles, de même que le langage employé par le juge Gonthier dans l'extrait précité donnent, selon certains auteurs, le caractère d'« *obiter prudent* » à cet aspect du jugement (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (7^e éd. 2007), vol. I, p. 397). Ces facteurs expliqueraient les hésitations de la jurisprudence québécoise subséquente à l'égard du caractère autonome des dommages exemplaires

Quebec decisions, see Baudouin and Deslauriers, at p. 398, notes 304-6; Gardner, at p. 161, notes 258-59; Dallaire, at pp. 212 *et seq.*). Authors themselves are divided on this issue, since some have embraced the reasoning of the majority (Gardner, at p. 161) while others have expressed reservations about that reasoning (Baudouin and Deslauriers, at p. 398; Dallaire, at p. 210; Pierre Pratte, “Les dommages punitifs: institution autonome et distincte de la responsabilité civile” (1998), 58 *R. du B.* 287, at pp. 372 *et seq.*).

[42] The solution adopted by L’Heureux-Dubé J. seems in fact to be the appropriate one in cases where, as here, the imperative of preserving government compensation systems is not part of the legal context. As we have seen, *Béliveau St-Jacques* dealt specifically with the interaction between the *AIAOD*, a provincial statute that separates claims by victims of industrial accidents from the general system of civil liability, and the *Charter*. As Gonthier J. noted, the *AIAOD* results from a social compromise whereby workers waive the possibility of obtaining full compensation by way of a civil action while employers have to provide partial compensation in the event of an accident (*Béliveau St-Jacques*, at para. 109). By its very nature, such a complete and closed system, detached from the concept of fault or intentional acts, excludes the existence of a parallel system of liability that would hypothetically be based on s. 49 of the *Charter*. Since he was concerned about the long-term viability of that public system, Gonthier J. was probably seeking to maintain its financial and structural stability by ensuring that the prohibition against bringing civil proceedings against employers contributing to the system remained effective. His comments must therefore be understood in that context.

[43] One might question Gonthier J.’s interpretation of the expression “in addition”. Its meaning instead seems to be the one given to it by L’Heureux-Dubé J. Gonthier J. himself acknowledged the possibility that an award of exemplary damages might not be dependent upon a prior

(voir, pour une énumération de décisions québécoises contradictoires, Baudouin et Deslauriers, p. 398, notes 304-306; Gardner, p. 161, notes 258-259; Dallaire, p. 212 *et suiv.*). La doctrine est elle-même divisée sur la question, certains auteurs embrassant le raisonnement de la majorité (Gardner, p. 161), d’autres exprimant des réserves quant à celui-ci (Baudouin et Deslauriers, p. 398; Dallaire, p. 210; Pierre Pratte, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998), 58 *R. du B.* 287, p. 372 *et suiv.*).

[42] La solution retenue par la juge L’Heureux-Dubé semble effectivement celle qui s’impose dans les cas où, comme en l’espèce, l’impératif de préservation des régimes étatiques d’indemnisation est absent du contexte juridique. L’arrêt *Béliveau St-Jacques*, on l’a vu, porte spécifiquement sur l’interaction entre la *LATMP*, loi provinciale isolant du régime général de la responsabilité civile les réclamations de victimes d’accidents du travail, et la *Charte*. Comme le note le juge Gonthier, la *LATMP* résulte d’un compromis social par lequel les travailleurs renoncent à la possibilité d’obtenir compensation pleine et entière par voie d’action civile, alors que les employeurs, eux, ont l’obligation d’offrir une compensation partielle en cas d’accident (*Béliveau St-Jacques*, par. 109). Un tel régime complet et clos sur lui-même, détaché du concept de faute ou d’acte intentionnel, exclut par sa nature même l’existence d’un système parallèle de responsabilité qui s’établirait hypothétiquement sur la base de l’art. 49 de la *Charte*. Préoccupé par la viabilité à long terme de ce régime public, le juge Gonthier a vraisemblablement cherché à en maintenir l’équilibre financier et structurel en protégeant l’effectivité de l’interdiction de poursuites civiles couvrant les employeurs contribuant au régime. Les remarques du juge Gonthier doivent donc être resituées dans ce cadre.

[43] On peut s’interroger sur l’interprétation que donne le juge Gonthier de l’expression « en outre ». Son sens semble plutôt correspondre à celui que lui donne la juge L’Heureux-Dubé. On remarque de plus que le juge Gonthier reconnaît lui aussi la possibilité, dans certains contextes, d’admettre

award of compensatory damages in certain contexts. Outside the context of public compensation systems as in *Béliveau St-Jacques*, the majority and minority positions seem to tend toward unqualified recognition of the need to establish the existence of the constituent elements of civil liability under the general law.

[44] As noted by L'Heureux-Dubé J. in *Béliveau St-Jacques* (see, in particular, paras. 25 *et seq.*), the objectives of an action under s. 49 necessarily overlap with those of an action in damages based on the civil liability rules of the *Civil Code of Québec*. The concept of an unlawful act, on which s. 49 is based, often coincides with the concept of civil fault. As a result, in such situations, the compensation available under these two systems is combined and cannot be awarded separately. Otherwise, there would be duplicate compensation for the same acts. However, the remedies are not always perfectly coextensive. Because of the particular purpose of the remedy it provides for, s. 49, para. 2 can apply to acts and conduct that do not correspond to the concept of civil fault and thus do not fall within the scope of Quebec's general civil liability system. The autonomy of this remedy emerges from both the wording of s. 49 and the distinct purposes served by the *Charter's* implementation as well as from the need to ensure that the *Charter* has all the flexibility required for the development of remedies suited to concrete situations.

[45] Therefore, it is my view that the majority opinion in *Béliveau St-Jacques* has been given too broad a scope. That opinion excluded an action under s. 49, para. 2 only in cases involving public compensation systems, such as the system applicable to employment injuries in Quebec. Outside that context, there is no reason not to recognize the autonomous nature of exemplary damages and thus give this remedy the full scope and flexibility that its incorporation into the *Charter* demands. I note that the *Charter's* quasi-constitutional status

que l'octroi de dommages exemplaires ne dépende pas de l'attribution préalable de dommages compensatoires. Hors le contexte des régimes publics d'indemnisation, comme dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*, les positions majoritaires et minoritaires semblent converger vers la reconnaissance sans réserve de la nécessité d'établir l'existence des éléments constitutifs de la responsabilité civile du droit commun.

[44] Comme la juge L'Heureux-Dubé l'a souligné dans *Béliveau St-Jacques* (voir notamment les par. 25 et suiv.), des chevauchements se produisent nécessairement entre les objectifs d'un recours basé sur l'art. 49 et ceux d'une action en dommages fondée sur la responsabilité civile régie par le *Code civil du Québec*. Le concept d'acte illicite, sur lequel repose l'art. 49, se confond souvent avec celui de faute civile. En conséquence, dans ces situations, les indemnités possibles en vertu de ces deux régimes s'amalgament et ne pourraient être accordées distinctement. Autrement, on doublerait l'indemnisation pour les mêmes actes. Cependant, cette coïncidence des recours n'est pas toujours parfaite. En raison de la finalité particulière du recours qu'il prévoit, l'art. 49, al. 2 peut, en effet, viser des actes et des conduites qui ne cadrent pas avec la notion de faute civile, ne tombant pas ainsi dans le domaine d'application du régime général de responsabilité civile du Québec. L'autonomie de ce recours ressort aussi bien du texte de l'art. 49 que des finalités distinctes de la mise en œuvre de la *Charte*, ainsi que de la nécessité de laisser à celle-ci toute la souplesse nécessaire à la conception des mesures de réparation adaptées aux situations concrètes.

[45] Ainsi, j'estime qu'une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*. Celle-ci écartait le recours de l'art. 49, al. 2 dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation, comme celui qui s'applique au Québec en matière de lésions professionnelles. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages exemplaires et, partant, de donner à cette mesure de redressement toute l'ampleur et la flexibilité que son incorporation à la *Charte*

means that it prevails over general legal rules in the Quebec normative order. If the autonomy of the right to exemplary damages conferred by the *Charter* is denied by imposing on those asserting it the additional burden of first proving that they are entitled to bring an action that they may not necessarily wish or be able to bring, this amounts to making the implementation of *Charter* rights and freedoms subject to the rules applicable to civil law actions. There is no justification for maintaining this obstacle.

[46] For these reasons, the fact that no compensatory damages were awarded in the instant case does not in itself bar the claim for exemplary damages made by the appellants in their capacity as heirs of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice. In my opinion, that claim was admissible. However, as I have already stated, according to the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, the absence of compensatory damages was only one of two obstacles to an award of exemplary damages, the second being that there was no point in punishing or deterring a wrongdoer who had died after committing his acts. I shall therefore consider this question before determining the appellants' rights.

(2) Objectives of Exemplary Damages

[47] While compensatory damages are awarded to compensate for the prejudice resulting from fault, exemplary damages serve a different purpose. An award of such damages aims at expressing special disapproval of a person's conduct and is tied to the judicial assessment of that conduct, not to the extent of the compensation required for reparation of actual prejudice, whether monetary or not. As Cory J. stated:

Punitive damages may be awarded in situations where the defendant's misconduct is so malicious, oppressive and high-handed that it offends the court's sense of decency. Punitive damages bear no relation to

commande. En raison de son statut quasi constitutionnel, ce document, je le rappelle, a préséance, dans l'ordre normatif québécois, sur les règles de droit commun. Nier l'autonomie du droit à des dommages exemplaires conféré par la *Charte* en imposant à ceux qui l'invoquent le fardeau supplémentaire de démontrer d'abord qu'ils ont le droit d'exercer un recours dont ils ne veulent, ou ne peuvent pas, nécessairement se prévaloir revient à assujettir la mise en œuvre des droits et libertés que protège la *Charte* aux règles des recours de droit civil. Rien ne justifie que soit maintenu cet obstacle.

[46] Pour ces raisons, l'absence, en l'espèce, de dommages-intérêts compensatoires ne rend pas par elle-même irrecevable la demande de dommages exemplaires présentée par les appelants en leur qualité d'héritiers des successions de Liliane, Claudia et Béatrice. À mon avis, cette réclamation était admissible. Toutefois, comme je l'ai mentionné plus tôt, l'absence de dommages compensatoires ne représentait que l'un de deux obstacles à l'octroi de dommages exemplaires, selon les jugements prononcés par la Cour d'appel et la Cour supérieure, le second étant l'inutilité de punir ou de dissuader un fautif décédé à la suite de ses actes. Je passerai donc à l'examen de cette question avant de me prononcer sur les droits des appelants.

(2) Les objectifs poursuivis par les dommages exemplaires

[47] Contrairement aux dommages compensatoires, dont la raison d'être est la réparation du préjudice résultant d'une faute, les dommages exemplaires existent, quant à eux, pour une autre fin. L'octroi de ces dommages a pour but de marquer la désapprobation particulière dont la conduite visée fait l'objet. Il est rattaché à l'appréciation judiciaire d'une conduite, non à la mesure des indemnités destinées à réparer un préjudice réel, pécuniaire ou non. Comme l'exprime le juge Cory :

On peut accorder des dommages-intérêts punitifs lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de dignité de la cour. Les dommages-intérêts punitifs

what the plaintiff should receive by way of compensation. Their aim is not to compensate the plaintiff, but rather to punish the defendant. It is the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant.

(*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 196)

[48] In Quebec law, the system of exemplary damages remains exceptional in nature. Article 1621 *C.C.Q.* states that such damages may be awarded only where this is provided for by law. As we have seen, the *Charter* so provides by allowing exemplary damages to be awarded in cases involving unlawful and intentional interference with the rights and freedoms it guarantees. Exemplary damages can also be awarded under certain other statutes of particular social importance, including the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, the *Act respecting the Régie du logement*, R.S.Q., c. R-8.1, and the *Tree Protection Act*, R.S.Q., c. P-37.

[49] Because of the exceptional nature of this right, the Quebec courts have so far been quite strict in giving effect to the preventive purpose of exemplary damages under art. 1621 *C.C.Q.* by using them only for punishment and deterrence (both specific and general) of conduct that is considered socially unacceptable (*Béliveau St-Jacques*, at paras. 21 and 126; *St-Ferdinand*, at para. 119). An award of exemplary damages seeks to punish a person who commits an unlawful act for doing so intentionally and to deter that person, and members of society generally, from repeating the act by condemning it as an example. However, both the trial judge and the judges of the Court of Appeal denied the appellants' claim for exemplary damages, noting that [TRANSLATION] "the aspect of deterrence . . . no longer applies because Martin is deceased" (Superior Court's reasons, at para. 81) and that [TRANSLATION] "assuming that a message must be sent to anyone who might be tempted to do something similar to what Martin Brossard did . . . such a warning would have no real impact. . . . The level of despair required to consider such extreme action means that it is illusory to think

n'ont aucun lien avec ce que le demandeur est fondé à recevoir au titre d'une compensation. Ils visent non pas à compenser le demandeur, mais à punir le défendeur. C'est le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l'égard du comportement inacceptable du défendeur.

(*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, par. 196)

[48] Le régime des dommages exemplaires conserve, en droit québécois, un caractère d'exception. En effet, l'art. 1621 *C.c.Q.* précise que ces derniers ne peuvent être octroyés que lorsque la loi le prévoit. C'est le cas de la *Charte* qui, comme nous l'avons vu, permet l'octroi de tels dommages-intérêts dans les cas d'atteintes illicites et intentionnelles aux droits et libertés qu'elle garantit. Certaines autres lois d'importance sociale particulière, dont la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, la *Loi sur la Régie du logement*, L.R.Q., ch. R-8.1, et la *Loi sur la protection des arbres*, L.R.Q., ch. P-37, par exemple, le permettent également.

[49] En raison du caractère exceptionnel de ce droit, les tribunaux québécois ont, jusqu'à maintenant, mis en œuvre de façon assez stricte la fonction préventive que donne aux dommages exemplaires l'art. 1621 *C.c.Q.* en limitant leur emploi à la punition et à la dissuasion (particulière et générale) de comportements jugés socialement inacceptables (*Béliveau St-Jacques*, par. 21 et 126; *St-Ferdinand*, par. 119). Par l'octroi de ces dommages, on cherche à punir l'auteur de l'acte illicite pour le caractère intentionnel de sa conduite et à le dissuader, de même que les membres de la société en général, de la répéter en faisant de sa condamnation un exemple. Cependant, le juge du procès comme ceux de la Cour d'appel ont rejeté la demande de dommages exemplaires présentée par les appelants, soulignant, d'une part, que « l'aspect dissuasif ne se pose plus, Martin étant décédé » (motifs de la Cour supérieure, par. 81) et, d'autre part, qu'« en supposant qu'il faille adresser un message à toute personne qui serait tentée de poser des gestes analogues à ceux commis par Martin Brossard, [. . .] une pareille mise en garde serait sans portée véritable. [. . .] Le degré de désespoir requis pour

that any deterrent effect can result from an award of punitive damages” (Court of Appeal’s reasons, at para. 37).

[50] It is too narrow a view of the role of punitive damages to say that there is no point in awarding them where the person who committed an unlawful act is deceased. That view does not take account of the social utility of this form of judicial intervention, which requires the courts to take a functional approach that can help achieve all aspects of the preventive purpose assigned to such damages by the legislature.

[51] In this regard, it is interesting to look at the functions of exemplary damages in the common law, which are broader and which encompass but also go beyond punishment and deterrence. As far back as *Wilkes v. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489 (K.B.), exemplary damages were seen as having three functions, namely punishment, deterrence and denunciation:

[A] jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself. [pp. 498-99]

Since that time, there has been “a substantial consensus that coincides with Lord Pratt C.J.’s view . . . that the general objectives of punitive damages are punishment (in the sense of retribution), deterrence of the wrongdoer and others, and denunciation” (*Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595 (“*Whiten*”), at para. 68). This was what Binnie J. held following a comparative survey of the experience in other common law jurisdictions as regards exemplary damages. Exemplary damages were found to have the same function under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this Court’s recent decision in *Ward (Vancouver (City)) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28).

envisager une telle extrémité rend illusoire la perspective qu’on puisse obtenir un quelconque effet dissuasif par une condamnation à des dommages punitifs » (motifs de la Cour d’appel, par. 37).

[50] La conception du rôle des dommages punitifs selon laquelle il est inutile d’en octroyer lorsque l’auteur d’un acte illicite est décédé s’avère trop étroite. Elle ne tient pas compte de l’utilité sociale que revêt cette forme d’intervention judiciaire. Celle-ci requiert que les cours adoptent une approche fonctionnelle capable de favoriser la réalisation de tous les aspects de la fonction préventive que leur attribue le législateur.

[51] À cet égard, il est intéressant d’examiner les fonctions que le système de la common law attribue aux dommages exemplaires. Il leur reconnaît, en effet, une fonction plus large qui non seulement englobe, mais dépasse les simples objectifs punitifs et dissuasifs. Déjà dans l’affaire *Wilkes c. Wood* (1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489 (K.B.), en effet, le tribunal leur attribuait trois fonctions : la punition, la dissuasion et la dénonciation :

[TRADUCTION] [L]e jury est investi du pouvoir d’accorder des dommages-intérêts supérieurs au préjudice subi. Les dommages-intérêts ne visent pas qu’à indemniser la personne lésée, mais aussi à punir le coupable, à décourager toute action analogue à l’avenir et à marquer l’aversion du jury pour la conduite en cause. [p. 498-499]

Depuis cette époque, « un large consensus s’est établi à partir de l’opinion exprimée par le lord juge en chef Pratt [. . .] selon laquelle les dommages-intérêts punitifs ont comme objectifs généraux la punition (au sens de châtement), la dissuasion de l’auteur de la faute et d’autrui ainsi que la dénonciation » (*Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595 (« *Whiten* »), par. 68). C’est ce que concluait le juge Binnie au terme d’une étude comparative de l’expérience des autres pays de common law à l’égard des dommages exemplaires. La même fonction leur a été reconnue en application du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans l’arrêt *Ward*, récemment prononcé par notre Cour (*Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28).

[52] As we have seen, denunciation was described by Cory J. as “the means by which the jury or judge expresses its outrage at the egregious conduct of the defendant” (*Hill*, at para. 196). That outrage is expressed through an award of a substantial or symbolic amount of money, often accompanied by a declaration, which together are intended to convey the opinion of the justice system concerning the particularly reprehensible nature of the conduct in question. In this sense, denunciation constitutes an objective serving both the retributive and the utilitarian functions of the system of exemplary damages. The retributive function is served by the opprobrium attaching to the person of the wrongdoer, which is in itself a form of punishment for the wrongdoer’s conduct. The utilitarian function for its part is served by the preventive effect that such damages can have on the type of conduct involved, which benefits society as a whole. Denunciation also serves a declaratory function, which it shares, to a lesser degree, with the general deterrent objective of exemplary damages. While the objectives of punishment, deterrence and denunciation intersect to some extent in these functions, each of them covers a different aspect of the role played by exemplary damages and can therefore, in itself, justify an award of such damages.

[53] Since denunciation contributes to the preventive objective of art. 1621 *C.C.Q.* just as much as punishment and deterrence, I see no reason to refuse to recognize denunciation as an objective of exemplary damages in Quebec civil law. This approach is all the more appropriate where the issue is respect for the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, a document that expresses the most fundamental values of Quebec society, as stated forcefully in its preamble.

[54] However, care must be taken not to give exemplary damages a subsidiary criminal justice role. The fact that Martin Brossard cannot be punished for his actions by the criminal justice system is not a determining factor in the analysis. The existence of a prior criminal conviction is,

[52] Comme nous l’avons vu, la dénonciation a été décrite par le juge Cory comme « le moyen par lequel le jury ou le juge exprime son outrage à l’égard du comportement inacceptable du défendeur » (*Hill*, par. 196). Cette indignation s’exprime par l’imposition du paiement d’une somme d’argent, importante ou symbolique, souvent assortie d’une déclaration, et qui, ensemble, visent à communiquer l’opinion de la justice à propos du caractère particulièrement répréhensible d’une conduite. En ce sens, la dénonciation constitue un objectif servant à la fois les fonctions rétributive et utilitariste du régime des dommages exemplaires. La fonction rétributive, d’abord, est servie par l’opprobre qui s’attache à la personne du fautif et qui constitue en soi une forme de punition pour sa conduite. La fonction utilitariste, quant à elle, est remplie par l’effet préventif que cette mesure peut avoir sur le type de conduite en question, au bénéfice de la société toute entière. La dénonciation remplit également une fonction déclaratoire, qu’elle partage, dans une moindre mesure, avec l’objectif dissuasif général des dommages exemplaires. Même si, à l’égard de ces fonctions, les objectifs punitif, dissuasif et dénonciateur se recoupent dans une certaine mesure, chacun d’entre eux vise une facette différente du rôle que jouent les dommages exemplaires et peut donc en justifier, à lui seul, l’imposition.

[53] Puisqu’il contribue autant que la punition et la dissuasion à l’objectif préventif que vise l’art. 1621 *C.c.Q.*, aucune raison ne justifie, à mon sens, le refus de reconnaître en droit civil québécois l’objectif de dénonciation des dommages exemplaires. Cette approche s’impose encore davantage lorsque l’enjeu est le respect des droits et libertés que garantit la *Charte*, un document représentant l’expression des valeurs les plus fondamentales de la société québécoise, comme son préambule l’affirme avec force.

[54] Il faut bien se garder, toutefois, d’attribuer aux dommages exemplaires un rôle de justice pénale subsidiaire. Le fait que Martin Brossard ne puisse être puni par la justice criminelle pour les gestes qu’il a commis ne constitue pas un facteur déterminant dans l’analyse. L’existence d’une

at most, one of the factors to be considered in determining the quantum of exemplary damages, as explained by the Ontario Law Reform Commission in a report on such damages:

... it would be incorrect to view punitive damages as a systematic response to the shortcomings of criminal law. The law of punitive damages is applicable to a limited range of criminal conduct only, and it is applicable only in a limited way. The limits are not always consistent with a general theory of tort as a supplement to criminal law. The law of punitive damages intrudes not on to the general criminal law, but only on to its exceptionally objectionable breaches. It is a requirement for punitive damages not only that the defendant commit a tort advertently, but that the conduct be exceptional. Moreover, punitive damages are not an inducement to the general citizenry to enforce the criminal law for profit. The claim may be brought only by the victim of a tort, and damages may be awarded only in reference to the conduct that affected the victim.

(Ontario Law Reform Commission, *Report on Exemplary Damages* (1991), at pp. 32-33)

In short, while “punitive damages straddle the frontier between civil law (compensation) and criminal law (punishment)” (*Whiten*, at para. 36), it must be borne in mind that each of these systems has its own role to play. One should not be substituted for the other where one of them is unable to perform its specific role, as in this case.

[55] In the case before us, the particularly serious and horrific nature of the acts committed by Martin Brossard before he took his own life cannot be disregarded. He killed a woman and young children whom he was supposed to love and protect. Awarding exemplary damages seems entirely appropriate in the circumstances to denounce those acts and affirm the importance of the right to life.

condamnation criminelle antérieure constitue tout au plus l'un des facteurs à prendre en compte dans la détermination du quantum de ces dommages, comme l'explique la Commission de réforme du droit de l'Ontario dans un rapport sur les dommages exemplaires :

[TRADUCTION] ... il serait incorrect de considérer les dommages-intérêts punitifs comme une solution systématique aux lacunes du droit criminel. Le droit des dommages-intérêts punitifs ne s'applique qu'à un éventail limité de comportements criminels, et seulement de façon limitée. Ces limites ne sont pas toujours en accord avec une théorie générale de la responsabilité délictuelle comme supplément au droit criminel. Le droit des dommages-intérêts punitifs ne se greffe pas au droit criminel en général, mais joue uniquement dans le cas d'infractions exceptionnellement répréhensibles. Des dommages-intérêts punitifs ne peuvent être accordés qu'à la condition non seulement que le défendeur ait commis une faute intentionnelle, mais que sa conduite soit exceptionnelle. De plus, les dommages-intérêts punitifs ne favorisent pas l'application du droit criminel à des fins lucratives pour l'ensemble des citoyens. Seule la victime de l'acte fautif peut présenter une demande et des dommages-intérêts ne peuvent lui être accordés qu'en rapport avec la conduite qui lui a causé un préjudice.

(Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Exemplary Damages* (1991), p. 32-33)

Bref, même si « les dommages-intérêts punitifs chevauchent la frontière entre le droit civil (indemnisation) et le droit criminel (punition) » (*Whiten*, par. 36), il faut garder à l'esprit que chacun de ces régimes joue un rôle qui lui est propre. Il faut éviter de les substituer l'un à l'autre lorsque l'un d'entre eux ne peut, comme en l'espèce, remplir son rôle particulier.

[55] Dans le cas qui nous occupe, on ne pourrait passer sous le silence le caractère particulièrement grave des actes commis par Martin Brossard avant son suicide et l'horreur qu'ils suscitent. Il a tué une femme et les jeunes enfants qu'il devait aimer et protéger. L'imposition de dommages exemplaires semble tout à fait indiquée dans les circonstances pour remplir la fonction de dénonciation de ces actes et affirmer l'importance du droit à la vie.

[56] At this point in the analysis, only one issue remains, namely whether the appellants are entitled to exemplary damages.

(3) Right to Exemplary Damages

[57] Section 49, para. 2 of the *Charter* sets out two conditions for awarding exemplary damages: the act in question must be both unlawful and intentional. Since I have concluded that the absence of compensatory damages does not preclude the payment of exemplary damages, I shall first consider whether the appellants are entitled to such damages in their capacity as heirs of the successions of Liliane, Claudia and Béatrice. I shall then look at their personal claims.

(a) *Action by the Successions*

[58] To be entitled to exemplary damages, the successions must first prove unlawful interference with a right held by Liliane, Claudia and Béatrice. The appropriate approach was explained as follows by L'Heureux-Dubé J. in *St-Ferdinand*:

To find that there has been unlawful interference, it must be shown that a right protected by the *Charter* was infringed and that the infringement resulted from wrongful conduct. A person's conduct will be characterized as wrongful if, in engaging therein, he or she violated a standard of conduct considered reasonable in the circumstances under the general law or, in the case of certain protected rights, a standard set out in the *Charter* itself . . . [para. 116]

(See also *Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.).)

[59] In the present case, there can be no doubt about the unlawfulness of the interference, which was also a civil fault within the meaning of the law of civil liability. The affirmation of the right to life in s. 1 of the *Charter* shows the fundamental importance of that right in Quebec society. The murders of Liliane, Claudia and Béatrice by Martin Brossard, whose civil liability is not in issue, were the ultimate interference with their right to life. The first criterion under s. 49 is therefore satisfied.

[56] À cette étape de l'analyse, une seule question demeure, soit celle du droit des appelants à ces dommages.

(3) Le droit à des dommages exemplaires

[57] L'article 49, al. 2 de la *Charte* pose deux conditions à l'octroi de dommages exemplaires : le caractère illicite de l'acte et son intentionnalité. Comme j'ai conclu que l'absence de dommages-intérêts compensatoires ne constituait pas un obstacle au versement de dommages exemplaires, j'examinerai dans un premier temps le droit des appelants, en leur qualité d'héritiers des successions de Liliane, Claudia et Béatrice, à ces dommages. Je me pencherai ensuite sur leur réclamation à titre personnel.

a) *Le recours successoral*

[58] Pour avoir droit à des dommages exemplaires, la succession doit d'abord démontrer l'atteinte illicite à un droit des défunt(e)s. La démarche appropriée a été exposée par la juge L'Heureux-Dubé dans l'affaire *St-Ferdinand* de la façon suivante :

Pour conclure à l'existence d'une atteinte illicite, il doit être démontré qu'un droit protégé par la *Charte* a été violé et que cette violation résulte d'un comportement fautif. Un comportement sera qualifié de fautif si, ce faisant, son auteur transgresse une norme de conduite jugée raisonnable dans les circonstances selon le droit commun ou, comme c'est le cas pour certains droits protégés, une norme dictée par la *Charte* elle-même . . . [par. 116]

(Voir aussi *Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau*, [1990] R.J.Q. 130 (C.A.).)

[59] Dans le cas sous étude, on ne saurait mettre en doute le caractère illicite de l'atteinte, qui était aussi une faute civile au sens du droit de la responsabilité civile. L'affirmation, dès l'art. 1 de la *Charte*, du droit à la vie témoigne de l'importance fondamentale que revêt ce dernier pour la société québécoise. Les meurtres de Liliane, Claudia et Béatrice par Martin Brossard, dont la responsabilité civile n'est pas remise en question, constituent pour ses victimes l'ultime atteinte à ce droit. Le premier critère de l'art. 49 est donc rempli.

[60] The second criterion involves determining whether the interference was intentional. At this stage, intentionality refers not to the intent to commit the fault but rather to the intent to cause the result thereof. None of the parties questioned this criterion. In the context of the *Charter*, the result in question is unlawful interference with a protected right (*St-Ferdinand*, at para. 118). In concrete terms, to satisfy this criterion, the appellants had to show that Martin Brossard intended to deprive his victims of life at the time he acted. This second criterion is also clearly satisfied. Before killing himself, Martin Brossard wrote a letter expressing his anger and sadness over the breakup of his family as well as his lethal intentions. That letter reads in part as follows:

[TRANSLATION] six months ago, Liliane took from me all my dreams, everything I'd worked hard for. After completing our family, I will never accept that I'm no longer part of your plans one year after our second daughter and our dream house. You've taken all my pride. Like your arrogance and your indifference, I don't think it was the right attitude to adopt. The same thing for the house. We always said we'd sell the house if we separated, but you lied to me about that too. Do you think I would have agreed to share my place in that house and especially in my bedroom? No, I won't share my wife and especially not my children. A family is a father and a mother. Fine, you don't want that, Six months ago, you made a choice. You didn't want me to come back. Now it's my turn. I'm pigheaded too. Did I tell you it's not human to do this to someone? I didn't have the right to do what I did, but neither did you. [Emphasis in original; A.R., vol. II, at p. 160.]

This note leaves no doubt about the intentional nature of the interference with the lives of Liliane, Claudia and Béatrice.

[61] For these reasons, the successions of Liliane de Montigny and Claudia and Béatrice Brossard should be awarded exemplary damages for unlawful and intentional interference with their right to life. Awarding such damages conveys the opinion of the justice system concerning the seriousness of these acts and the need to denounce them as a violation of society's most fundamental values.

[60] Le deuxième critère consiste à déterminer si cette atteinte était intentionnelle. L'intentionnalité, à cette étape, s'attache non pas à la volonté de l'auteur de commettre la faute, mais bien à celle d'en entraîner le résultat. Aucune des parties n'a d'ailleurs remis en cause ce critère. Dans le contexte de la *Charte*, le résultat en question est l'atteinte illicite à un droit protégé (*St-Ferdinand*, par. 118). Concrètement, pour satisfaire à ce critère, la poursuite devait démontrer que Martin Brossard avait l'intention de porter atteinte à la vie de ses victimes au moment de commettre ses actes. Ce second critère est également bien rempli. Avant de se donner la mort, Martin Brossard a rédigé une lettre dans laquelle il exprimait sa colère et sa tristesse face à la rupture de sa cellule familiale, ainsi que ses funestes intentions. Il écrit entre autres :

il y a 6 mois Liliane m'a enlever tous mes rêves tous ce que j'avait travailler fort. Après avoir compléter notre famille jamais je n'accepterai que 1 ans après notre deuxième fille et notre maison de rêve que je ne compte plus dans tes plans. toute ma fierté tu as toute pris. Comme ton arrogance et ton indifférence je pense que ce n'était pas la bonne attitude à prendre. pareille pour la maison on avait toujours dit que si on se séparait on vendrait la maison. la encore tu m'a mentie. Pense tu que j'aurait accepter de partager ma place dans cette maison et surtout dans ma chambre, et non, je ne partage pas ma femme et surtout pas mes enfants. une famille c'est un papa et une maman t'en veut pas parfait, V'là 6 mois tu as fait le choix que tu ne voulait pas que je reviennes maintenant c'est mon tour. j'ai du caractère de beouf moi aussi. je vous les tu dit que c'est pas humain de faire ça à quelqu'un. Je n'avait pas le droit de faire ce que j'ai fait mais toi non plus. [Soulignement dans l'original; d.a., vol. II, p. 160.]

Cette note ne laisse planer aucun doute quant au caractère intentionnel de l'atteinte à la vie dont ont été victimes Liliane, Claudia et Béatrice.

[61] Pour ces raisons, il y a lieu d'accorder aux successions de Liliane de Montigny et de Claudia et Béatrice Brossard des dommages exemplaires pour l'atteinte illicite et intentionnelle au droit à la vie dont elles ont été victimes. L'octroi de ces dommages exprime l'avis de la justice sur la gravité de ces actes et la nécessité de les dénoncer comme une atteinte aux valeurs les plus fondamentales de la société.

[62] Since Martin Brossard's succession is insolvent, I consider a symbolic lump sum of \$10,000, payable to the three successions and to be shared among them equally, sufficient to achieve the objective of denunciation in this case. Although moderate, this amount, which is not purely symbolic, emphasizes the gravity attached by the justice system to unlawful interference with the three victims' right to life. I would also note that it is not a matter here of punishing or deterring the wrongdoer, who is deceased, but of setting an amount that sends a message of social denunciation.

[63] Before ending on this point, I should say a few words about whether the right of action for exemplary damages under the *Charter* may be transmitted to the victims' heirs. Insofar as we have found that the victims' actions for exemplary damages are admissible, the Quebec law of succession allows the rights of action to be transmitted to their heirs. Article 625, para. 3 *C.C.Q.* provides that the heirs of a victim of unlawful interference are seized of the right of action resulting from that breach. The heirs may therefore bring this action by the successions:

625. The heirs are seized, by the death of the deceased or by the event which gives effect to the legacy, of the patrimony of the deceased, subject to the provisions on the liquidation of successions.

The heirs are seized of the rights of action of the deceased against any person or that person's representatives, for breach of his personality rights.

(See Jacques Beaulne, *Droit des successions* (4th ed. 2010), based on the work of Germain Brière, at pp. 63-64.)

Moreover, art. 1610 *C.C.Q.* confirms that the right to damages, including punitive damages, resulting from a breach of a personality right may be transmitted to a person's heirs:

1610. The right of a creditor to damages, including punitive damages, may be assigned or transmitted.

[62] Puisque la succession de Martin Brossard est insolvable, une somme globale symbolique de 10 000 \$, payable aux trois successions qui se la partageront également, me semble suffisante pour atteindre l'objectif de dénonciation visé en l'espèce. Bien que modéré, ce montant, qui n'a pas un caractère purement symbolique, souligne quand même la gravité que la justice attache à l'atteinte illicite au droit à la vie des trois victimes. Par ailleurs, je rappelle qu'il ne s'agit pas ici de punir ou de dissuader l'auteur de l'acte qui est décédé, mais de fixer un montant qui transmet un message de dénonciation sociale.

[63] Avant de terminer sur ce point, il convient d'ajouter quelques mots sur la question de la transmissibilité aux héritiers des victimes du droit d'action en dommages exemplaires sous le régime de la *Charte*. Dans la mesure où nous concluons à l'admissibilité des recours en dommages exemplaires des victimes, le droit successoral du Québec prévoit la transmissibilité de ces droits d'action à leurs héritiers. L'article 625, al. 3 *C.c.Q.*, accorde en effet aux héritiers de la victime d'une atteinte illicite la saisine du droit d'action découlant de cette violation. En conséquence, les héritiers peuvent exercer ce recours successoral :

625. Les héritiers sont, par le décès du défunt ou par l'événement qui donne effet à un legs, saisis du patrimoine du défunt, sous réserve des dispositions relatives à la liquidation successorale.

Ils sont saisis des droits d'action du défunt contre l'auteur de toute violation d'un droit de la personnalité ou contre ses représentants.

(Voir Jacques Beaulne, *Droit des successions* (4^e éd. 2010), d'après l'œuvre de Germain Brière, p. 63-64.)

Par ailleurs, l'art. 1610 *C.c.Q.* confirme la transmissibilité aux héritiers du droit à des dommages-intérêts, même punitifs, résultant de la violation d'un droit de la personnalité :

1610. Le droit du créancier à des dommages-intérêts, même punitifs, est cessible et transmissible.

This rule does not apply where the right of the creditor results from a breach of a personality right; in such a case, the right of the creditor to damages may not be assigned, and may be transmitted only to his heirs.

(See Baudouin and Deslauriers, at pp. 361 and 414.)

[64] In short, there is no doubt that the appellants, in their capacity as heirs, are entitled to receive the amount determined above.

(b) *Personal Action for Exemplary Damages*

[65] At this stage, the question of whether the appellants are personally entitled to exemplary damages is purely academic. The awarding of a lump sum of exemplary damages to the three successions is sufficient to fulfil the objective of denunciation of this form of damages, which is the only one relevant here, as I noted earlier. Unlike compensatory damages, exemplary damages attach not to the prejudice suffered by the victims but to the person of the wrongdoer and the wrongdoer's conduct, which the court seeks to punish, deter or denounce. However, since the *amicus curiae* raises this issue in his factum, I consider it necessary to discuss it briefly.

[66] In the circumstances of this case, the appellants could have brought two types of personal actions, one as the direct victims of prejudice and one as the indirect victims of interference with the right to life of Martin Brossard's victims. In my opinion, both actions would have failed.

(i) Action as Direct Victims

[67] First of all, to be entitled to exemplary damages as direct victims of prejudice, the appellants would have had to satisfy the twin criteria set out in s. 49, para. 2 of the *Charter*. The first criterion, unlawful interference, is not problematic. In the section on compensatory damages, we saw that the appellants are still suffering the emotional and psychological repercussions of Martin Brossard's

Il est fait exception à cette règle lorsque le droit du créancier résulte de la violation d'un droit de la personnalité; en ce cas, son droit à des dommages-intérêts est incessible, et il n'est transmissible qu'à ses héritiers.

(Voir Baudouin et Deslauriers, p. 361 et 414.)

[64] Bref, il ne fait aucun doute que les appelants sont en droit de recevoir, en leur qualité d'héritiers, la somme déterminée ci-haut.

(b) *Le recours personnel en dommages exemplaires*

[65] À ce stade-ci, la question du droit des appelants à des dommages exemplaires à titre personnel n'est plus que théorique. L'attribution d'un montant global de dommages exemplaires aux trois successions suffit à remplir l'objectif de dénonciation de cette forme de dommages-intérêts, qui est le seul pertinent en l'espèce, comme je l'ai noté plus haut. Contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, en effet, les dommages exemplaires ne s'attachent pas au préjudice subi par les victimes, mais à la personne de l'auteur de l'acte illicite et à sa conduite, que l'on veut punir, dissuader ou dénoncer. Cependant, puisque l'*amicus curiae* soulève cette question dans son mémoire, je crois nécessaire de la discuter brièvement.

[66] En fonction des circonstances de l'espèce, deux types de recours personnels auraient pu être intentés par les appelants : un recours à titre de victimes directes d'un préjudice, et un recours à titre de victimes par ricochet de l'atteinte au droit à la vie des victimes de Martin Brossard. À mon avis, ces deux recours auraient échoué.

(i) Le recours à titre de victimes directes

[67] D'abord, pour avoir droit à des dommages exemplaires en tant que victimes directes d'un préjudice, les appelants auraient dû satisfaire au double critère de l'art. 49, al. 2 de la *Charte*. Le premier volet de ce critère, celui du caractère illicite de l'atteinte, ne pose pas de problème. Nous avons vu dans la section consacrée aux dommages-intérêts compensatoires, que les appelants subissent encore

wrongful acts. Those repercussions are an infringement of their right to personal inviolability alone under s. 1 of the *Charter*. As this Court held in *St-Ferdinand*, the concept of inviolability understood in this way is not limited to physical inviolability alone but also includes psychological, moral and social inviolability, provided that the interference is “more than . . . fleeting” (*St-Ferdinand*, at para. 97). That is the case here.

[68] An action by the appellants as direct victims would instead have run into problems with the second criterion, intentional interference. As I have said, in the context of the *Charter*, intentionality applies not to the fault but to its result. To succeed on this point, the appellants would have had to show that Martin Brossard intended to interfere with their psychological inviolability when he committed his acts. Simple negligence or recklessness as to the consequences of those acts would not have satisfied this criterion. L’Heureux-Dubé J. was very clear in this regard:

... there will be unlawful and intentional interference within the meaning of the second paragraph of s. 49 of the *Charter* when the person who commits the unlawful interference has a state of mind that implies a desire or intent to cause the consequences of his or her wrongful conduct, or when that person acts with full knowledge of the immediate and natural or at least extremely probable consequences that his or her conduct will cause. This test is not as strict as specific intent, but it does go beyond simple negligence. Thus, an individual’s recklessness, however wild and foolhardy, as to the consequences of his or her wrongful acts will not in itself satisfy this test.

(*St-Ferdinand*, at para. 121)

[69] Here, there is no reason to believe that Martin Brossard intended to interfere with the appellants’ psychological inviolability or even that he actually thought about the consequences of his actions for them. The appellants are not mentioned in the note he left setting out his motivations. The note indicates instead that all the rage and sorrow that led Martin Brossard to commit his acts arose

à ce jour les répercussions émotionnelles et psychologiques des actes fautifs de Martin Brossard. Ces répercussions constituent une violation du droit à l’intégrité de leur personne que leur garantit l’art. 1 de la *Charte*. Comme l’a décidé notre Cour dans l’arrêt *St-Ferdinand*, la notion d’intégrité ainsi entendue ne se limite pas à la simple intégrité physique; elle comprend aussi l’intégrité psychologique, morale et sociale de ceux qui en bénéficient, pourvu que l’atteinte soit « plus que fugace » (*St-Ferdinand*, par. 97). C’est le cas en l’espèce.

[68] Le problème du recours des appelants à titre de victimes directes réside plutôt au niveau du deuxième critère, celui de l’intentionnalité de l’atteinte. Cette intentionnalité, je le rappelle, s’attache, dans le contexte de la *Charte*, non pas à la faute, mais à son résultat. Pour avoir gain de cause sur ce point, les appelants auraient dû démontrer que Martin Brossard, en commettant ses actes, avait l’intention de porter atteinte à leur intégrité psychologique. La simple négligence, ou l’insouciance quant aux conséquences de ces actes, n’aurait pas satisfait à ce critère. La juge L’Heureux-Dubé est très claire à cet égard :

... il y aura atteinte illicite et intentionnelle au sens du second alinéa de l’art. 49 de la *Charte* lorsque l’auteur de l’atteinte illicite a un état d’esprit qui dénote un désir, une volonté de causer les conséquences de sa conduite fautive ou encore s’il agit en toute connaissance des conséquences, immédiates et naturelles ou au moins extrêmement probables, que cette conduite engendrera. Ce critère est moins strict que l’intention particulière, mais dépasse, toutefois, la simple négligence. Ainsi, l’insouciance dont fait preuve un individu quant aux conséquences de ses actes fautifs, si déréglée et téméraire soit-elle, ne satisfera pas, à elle seule, à ce critère.

(*St-Ferdinand*, par. 121)

[69] Rien ne permet de croire, en l’espèce, que Martin Brossard avait l’intention de porter atteinte à l’intégrité psychologique des appelants, ni même qu’il ait réellement pensé aux conséquences qu’auraient pour eux les gestes qu’il a commis. La note qu’il a laissée derrière lui, et dans laquelle il exprime ses motivations, ne mentionne nullement les appelants. Elle attribue plutôt à la rupture du

out of his breakup with Liliane and the fact that she had started seeing another man. The connection between his feelings and the other members of the de Montigny family remains too tenuous to justify awarding exemplary damages to them. The impact of the murders of Liliane, Claudia and Béatrice on them is only cruel collateral damage in this tragedy. Such a personal action by the appellants could not have succeeded.

(ii) Action as Indirect Victims

[70] The other way the appellants personally claimed exemplary damages was as indirect victims. Indeed, the Court of Appeal gave them leave to amend their motion to institute proceedings in order to make such a claim. It is sufficient to note that the admissibility of this claim raised insurmountable problems. If the appellants could not claim exemplary damages as direct victims, the intentionality required by s. 49 of the *Charter* also prevented them from doing so as indirect victims, since such victims could not have been directly targeted by the wrongdoer. In any event, the application of the intentionality requirement makes any claim for exemplary damages presented by a claimant who is merely an indirect victim inadmissible.

V. Conclusion

[71] For the reasons set out above, I would allow the appeal in part with costs throughout and would award the appellants, in their capacity as heirs of the successions of Liliane de Montigny and Claudia and Béatrice Brossard, \$10,000 in exemplary damages plus interest at the legal rate from the date the proceedings were instituted (art. 1618 C.C.Q.).

Appeal allowed in part, with costs.

Solicitor for the appellants: Jean-Félix Racicot, Mont-St-Hilaire, Québec.

couple et au fait que Liliane avait commencé à fréquenter un autre homme toute la rage et le chagrin que ressentait Martin et qui l'ont poussé à commettre ses gestes. Le lien entre ses sentiments et les autres membres de la famille de Montigny reste trop ténu pour pouvoir justifier l'octroi de dommages exemplaires à ces derniers. Les conséquences qu'ont pour eux les meurtres de Liliane, de Claudia et de Béatrice ne représentent que de cruels dommages collatéraux de ce drame. Ce recours personnel des appelants n'aurait pu réussir.

(ii) Le recours à titre de victimes par ricochet

[70] L'autre voie empruntée par les appelants pour présenter leur demande personnelle en dommages exemplaires est celle d'une réclamation à titre de victimes par ricochet. Ils ont d'ailleurs été autorisés, en Cour d'appel, à modifier leur requête introductive d'instance pour présenter une telle demande. Il suffira de souligner que la recevabilité de cette réclamation posait des problèmes insolubles. En effet, s'ils ne pouvaient pas réclamer de dommages exemplaires à titre de victimes directes, le critère d'intentionnalité requis pour l'application de l'art. 49 de la *Charte* empêchait aussi les appelants de le faire à titre de victimes par ricochet, puisque de telles victimes ne pouvaient avoir été visées directement par l'auteur de l'acte illicite. De toute façon, l'application du critère d'intentionnalité rend irrecevable toute demande de dommages exemplaires présentée par une réclamante qui serait seulement une victime par ricochet.

V. Conclusion

[71] Pour les raisons qui précèdent, j'accueillerais l'appel en partie, avec dépens dans toutes les cours, et j'octroierais aux appelants, en leur qualité d'héritiers des successions de Liliane de Montigny et de Claudia et Béatrice Brossard, la somme de 10 000 \$, plus intérêt au taux légal à partir de la date d'introduction de l'instance (art. 1618 C.c.Q.), à titre de dommages exemplaires.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens.

Procureur des appelants : Jean-Félix Racicot, Mont-St-Hilaire, Québec.

Solicitor for the intervener: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Sébastien Grammond, Ottawa.

Procureur de l'intervenant : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur nommé par la Cour en qualité d'amicus curiae : Sébastien Grammond, Ottawa.

Christopher John Lee *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LEE

2010 SCC 52

File No.: 33575.

2010: November 3; 2010: November 12.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Reasonable verdict — Accused convicted on charges of sexual assault with a weapon and unlawful confinement — Whether correct standard of review was applied — Whether evidence admissible — Whether test for assessing reasonable doubt applied properly.

Held: The appeal should be dismissed.

The verdict was one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered. There was no basis for appellate intervention in relation to evidentiary matters, and the trial judge did not err in her application of the reasonable doubt standard to the whole of the evidence.

Cases Cited

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381; *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McFadyen, Berger and Slatter JJ.A.), 2010 ABCA 1, 23 Alta. L.R. (5th) 76, 251 C.C.C. (3d) 346, 474 A.R. 203, 479 W.A.C. 203, [2010] 7 W.W.R. 613, [2010] A.J. No. 72 (QL), 2010 CarswellAlta 135, upholding the accused's conviction. Appeal dismissed.

Christopher John Lee *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. LEE

2010 CSC 52

N° du greffe : 33575.

2010 : 3 novembre; 2010 : 12 novembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Cromwell.

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

Droit criminel — Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle armée et de séquestration — Y a-t-il eu application de la bonne norme de contrôle? — La preuve était-elle recevable? — Le critère d'appréciation du doute raisonnable a-t-il été appliqué correctement?

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le verdict était l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre. Il n'y avait pas matière à réformation en appel relativement à des questions de preuve, et la juge du procès n'a pas appliqué erronément la norme du doute raisonnable à l'ensemble de la preuve.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381; *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 691(1)(a).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges McFadyen, Berger et Slatter), 2010 ABCA 1, 23 Alta. L.R. (5th) 76, 251 C.C.C. (3d) 346, 474 A.R. 203, 479 W.A.C. 203, [2010] 7 W.W.R. 613, [2010] A.J. No. 72 (QL), 2010 CarswellAlta 135, qui a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé. Pourvoi rejeté.

Deborah R. Hatch, for the appellant.

Troy L. Couillard, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

[1] THE COURT — In this appeal as of right brought under s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, the appellant appeals his conviction on charges of sexual assault with a weapon and unlawful confinement. Notwithstanding Ms. Hatch's able arguments on behalf of the appellant, the appeal fails and must be dismissed.

[2] The points of law on which a judge of the Alberta Court of Appeal dissented as set out in the Court's order, and therefore the points in issue on the appeal, are that the majority of the Court of Appeal:

1. applied the incorrect standard of review;
2. applied the wrong test for the admissibility of the "running stride/gait" evidence; and
3. erred in finding that the trial judge had properly applied the test for assessing reasonable doubt set out in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742.

[3] The basic facts are these. The female complainant, in the company of a male friend, encountered the appellant and his male friend outside an Edmonton nightclub in the early hours of the morning. The encounter quickly became hostile and the appellant gave chase to the complainant and her companion. While much of what happened after that was disputed at trial, it is clear that the complainant soon ended up engaging in oral sex with the appellant behind a nearby school and that within a short time after that, she appeared at the nearby home of a stranger, crying and distraught and complaining of a sexual assault. The complainant testified that the appellant forced her into the sexual act at knife point while the appellant testified that after the initial confrontation, he and

Deborah R. Hatch, pour l'appelant.

Troy L. Couillard, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

[1] LA COUR — Sur le fondement de l'al. 691(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, l'appelant interjette appel de plein droit de sa déclaration de culpabilité pour les accusations d'agression sexuelle armée et de séquestration. Malgré son argumentation habile présentée pour le compte de l'appelant, M^e Hatch ne nous convainc pas, et le pourvoi doit être rejeté.

[2] Les points de droit pour lesquels l'un des juges de la Cour d'appel de l'Alberta exprime sa dissidence et, par conséquent, les points en litige dans le présent pourvoi, sont les suivants :

1. les juges majoritaires de la Cour d'appel ont appliqué la mauvaise norme de contrôle;
2. ils ont appliqué le mauvais critère pour apprécier la recevabilité de la preuve relative aux « enjambées caractéristiques d'une course »;
3. ils ont eu tort de conclure que la juge du procès avait correctement appliqué le critère d'appréciation du doute raisonnable énoncé dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742.

[3] Les faits sont essentiellement les suivants. La plaignante, accompagnée d'un copain, a rencontré l'appelant, également flanqué d'un ami, aux petites heures du matin, à l'extérieur d'une boîte de nuit d'Edmonton. Les choses se sont rapidement envenimées, au point où l'appelant a pris la plaignante et son compagnon en chasse. Ce qui s'est ensuite produit a en grande partie été contesté au procès, mais il est établi que, peu après, la plaignante a finalement eu un rapport sexuel oral avec l'appelant derrière une école voisine. Il est également avéré que peu de temps après, la plaignante s'est présentée à une résidence située non loin de là, qu'elle pleurait, qu'elle paraissait éperdue et qu'elle prétendait avoir été victime d'agression sexuelle. Selon la version de la plaignante, l'appelant l'avait contrainte au

the complainant became friendly and that she willingly accompanied him to engage in the sexual activity. The only live issue at the trial was the complainant's absence of consent. The credibility of the complainant and the appellant was key.

[4] The suggestion that the majority of the Court of Appeal erred in applying the test for unreasonable verdict set out in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, and recently upheld in *R. v. Biniaris*, 2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381, rather than the test for appellate intervention where there has been a misapprehension of evidence as in *R. v. Lohrer*, 2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732, must be rejected. The majority of the Court considered, with one minor exception, that what the appellant alleged to be misapprehensions of the evidence were simply different interpretations of the evidence than those adopted by the judge. We agree. The majority view, other than a peripheral controversy about the precise time of the events, is supported by an attentive reading of the record. The timing issue, in our view, is of no consequence. The verdict was one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered (*Corbett*, at p. 282; see also *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, at p. 185).

[5] The second point concerns some evidence relating to footprints in the snow which to the police witness, a qualified tracking dog handler, suggested that the persons making the tracks — allegedly the appellant and the complainant — had been running. The police officer claimed expertise in the interpretation of the footprints, and this claim was not challenged by the defence.

[6] The trial judge concluded that the physical evidence was not consistent with the appellant's testimony and relied on this as one of 12 points as to why she neither believed nor was left in doubt by the appellant's trial evidence. It is argued that

rapport sexuel en la menaçant à la pointe d'un couteau. Selon celle de l'appelant, après l'altercation initiale, leurs échanges étaient devenus plus amicaux et c'était de son plein gré que la plaignante l'avait accompagné pour se livrer à l'acte sexuel. La seule véritable question à trancher au procès était celle du consentement de la plaignante. Dès lors, l'issue du procès tenait à la crédibilité de la plaignante et à celle de l'appelant.

[4] La prétention voulant que les juges majoritaires de la Cour d'appel aient eu tort d'appliquer le critère du verdict déraisonnable établi dans l'arrêt *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, et confirmé plus récemment dans *R. c. Biniaris*, 2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381, au lieu de celui de la réformation en appel lorsqu'il y a eu interprétation erronée de la preuve comme dans l'affaire *R. c. Lohrer*, 2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732, doit être rejetée. À une légère exception près, ils ont estimé que les erreurs d'interprétation de la preuve alléguées par l'appelant constituaient simplement des interprétations différentes de la preuve par la juge. Nous en convenons. La conclusion des juges majoritaires, sauf pour ce qui concerne le débat périphérique sur la chronologie précise des événements, est étayée par une lecture attentive du dossier. À notre avis, l'objet de ce débat est sans importance. Le verdict était l'un de ceux qu'un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre (*Corbett*, p. 282; voir également *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, p. 185).

[5] Le deuxième point touche le témoignage d'un policier relatif à des empreintes de pieds dans la neige. Le témoin, un maître de chien pisteur, a laissé entendre que les personnes qui les avaient faites — l'appelant et la plaignante, supposait-il — avaient couru. L'agent de police a dit être compétent pour interpréter les empreintes, ce qui n'a pas été contesté par la défense.

[6] La juge du procès a conclu que la preuve matérielle contredisait la version de l'appelant, et il s'agit de l'un des douze motifs pour lesquels elle a dit ne pas ajouter foi au témoignage de l'appelant ni avoir quelque doute quant à sa culpabilité. On fait valoir

aspects of this evidence went beyond the proper limits of opinion evidence. The defence made no objection to the admissibility of this evidence at trial and in fact relied on it as supporting the appellant's testimony. The trial judge relied solely on the officer's testimony based on his observations of the impressions in the snow that it was "as if there was somebody running from the others" (A.R., at p. 129). As Crown counsel put it in argument, any school child would deduce this from the tracks in the snow which the witness observed. There was, with respect, no basis for appellate intervention on this ground.

[7] As for the trial judge's application of the *W. (D.)* principle, a reading of her reasons as a whole does not support the conclusion of the dissenting judge that she erred in her application of the reasonable doubt standard to the whole of the evidence.

[8] The appeal is dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Gunn Law Group, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Justice, Edmonton.

que certains éléments de cette preuve échappaient aux limites établies d'un témoignage d'opinion. Or, la défense ne s'est pas opposée à sa recevabilité au procès et elle s'en est en fait servie pour étayer le témoignage de l'appellant. La juge du procès s'est seulement fondée sur le témoignage du policier selon lequel, au vu des empreintes observées dans la neige, [TRADUCTION] « on aurait dit qu'une personne avait couru pour échapper à d'autres » (d.a., p. 129). Comme l'a dit l'avocat du ministère public en plaidoirie, même un enfant aurait pu arriver à cette conclusion en observant les traces trouvées dans la neige. Avec égards, il n'y avait pas matière à intervention en appel pour ce motif.

[7] Pour ce qui est de l'application du principe dégagé dans l'arrêt *W. (D.)*, considérés globalement, les motifs de la juge du procès n'appuient pas la conclusion du juge dissident de la Cour d'appel voulant qu'elle ait appliqué de manière erronée la norme du doute raisonnable à l'ensemble de la preuve.

[8] Le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant : Gunn Law Group, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Justice Alberta, Edmonton.

David Beckman, in his capacity as Director, Agriculture Branch, Department of Energy, Mines and Resources, Minister of Energy, Mines and Resources, and Government of Yukon *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Little Salmon/Carmacks First Nation and Johnny Sam and Eddie Skookum, on behalf of themselves and all other members of the Little Salmon/Carmacks First Nation *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Gwich'in Tribal Council, Sahtu Secretariat Inc., Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/ Cree Regional Authority, Council of Yukon First Nations, Kwanlin Dün First Nation, Nunavut Tunngavik Inc., Tlicho Government, Te'Mexw Nations and Assembly of First Nations *Interveners*

**INDEXED AS: BECKMAN v. LITTLE SALMON/
CARMACKS FIRST NATION**

2010 SCC 53

File No.: 32850.

2009: November 12; 2010: November 19.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
THE YUKON TERRITORY**

Constitutional law — Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult

David Beckman, en sa qualité de directeur, Direction de l'agriculture, ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources, Ministre de l'Énergie, des Mines et des Ressources, et gouvernement du Yukon *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

Première nation de Little Salmon/Carmacks et Johnny Sam et Eddie Skookum, en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la Première nation de Little Salmon/Carmacks *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, Conseil tribal des Gwich'in, Sahtu Secretariat Inc., Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/ Administration régionale crie, Conseil des Premières nations du Yukon, Première nation de Kwanlin Dün, Nunavut Tunngavik Inc., gouvernement tlicho, Nations Te'Mexw et Assemblée des Premières Nations *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : BECKMAN c. PREMIÈRE NATION DE
LITTLE SALMON/CARMACKS**

2010 CSC 53

N^o du greffe : 32850.

2009 : 12 novembre; 2010 : 19 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU YUKON

Droit constitutionnel — Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la

and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.

Crown law — Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.

Little Salmon/Carmacks entered into a land claims agreement with the governments of Canada and the Yukon Territory in 1997, after 20 years of negotiations. Under the treaty, Little Salmon/Carmacks members have a right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory, which includes a parcel of 65 hectares for which P submitted an application for an agricultural land grant in November 2001. The land applied for by P is within the trapline of S, who is a member of Little Salmon/Carmacks.

Little Salmon/Carmacks disclaim any allegation that a grant to P would violate the treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of Little Salmon/Carmacks attach importance to their ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 acres forms a small part). Little Salmon/Carmacks contend that in considering the grant to P the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns.

The Yukon government's Land Application Review Committee ("LARC") considered P's application at a

Couronne de consulter et d'accueillir les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit de la Couronne — Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accueillir les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.

En 1997, après 20 ans de négociations, la Première nation Little Salmon/Carmacks a conclu avec les gouvernements du Canada et du Territoire du Yukon un accord sur les revendications territoriales. Aux termes du traité, les membres de la première nation possèdent, à des fins de chasse et de pêche de subsistance, un droit d'accès à leur territoire traditionnel qui englobe une parcelle de 65 hectares à l'égard de laquelle P a fait une demande de concession de terres agricoles en novembre 2001. La parcelle visée par la demande de P se trouve dans le territoire de piégeage de S, un membre de la première nation.

La première nation rejette toute allégation que la concession d'une parcelle à P violerait le traité, qui prévoit lui-même que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la première nation accordent de l'importance à l'intérêt qu'ils conservent sur les terres cédées à la Couronne (dont les 65 hectares forment une petite partie). La première nation soutient qu'en examinant la demande de concession de P, le gouvernement territorial a agi sans tenir la consultation requise et sans prendre en compte les préoccupations pertinentes de la première nation.

Le Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT ») du gouvernement du Yukon a

meeting to which it invited Little Salmon/Carmacks. The latter submitted a letter of opposition to P's application prior to the meeting, but did not attend. At the meeting, LARC recommended approval of the application and, in October 2004, the Director, Agriculture Branch, Yukon Department of Energy, Mines and Resources, approved it. Little Salmon/Carmacks appealed the decision to the Assistant Deputy Minister, who rejected its review request. On judicial review, however, the Director's decision was quashed and set aside. The chambers judge held that the Yukon failed to comply with the duty to consult and accommodate. The Court of Appeal allowed the Yukon's appeal.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: When a modern land claim treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. While consultation may be shaped by agreement of the parties, the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people — it is a doctrine that applies independently of the intention of the parties as expressed or implied in the treaty itself.

In this case, a continuing duty to consult existed. Members of Little Salmon/Carmacks possessed an express treaty right to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic and cultural activities of Little Salmon/Carmacks, and the Yukon was required to consult with Little Salmon/Carmacks to determine the nature and extent of such adverse effects.

The treaty itself set out the elements the parties regarded as an appropriate level of consultation (where the treaty requires consultation) including proper notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its view on the matter; a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged

examiné la demande de P lors d'une réunion à laquelle étaient invités les représentants de la première nation. Cette dernière ne s'est pas fait représenter à la réunion mais avait présenté une lettre d'opposition à la demande de P. À la réunion, le CEDAT a recommandé l'approbation de la demande, et le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon l'a approuvée au mois d'octobre 2004. La première nation a fait appel de la décision auprès du sous-ministre adjoint, qui a rejeté la demande de révision. À l'issue du contrôle judiciaire toutefois, la décision du directeur a été annulée. Le juge siégeant en cabinet a conclu que le Yukon n'avait pas respecté son obligation de consulter et d'accommoder. La Cour d'appel a accueilli l'appel du Yukon.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : Lorsqu'un traité récent relatif aux revendications territoriales a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Les parties peuvent s'entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones — il s'agit d'une doctrine qui s'applique indépendamment de l'intention des parties, que cette intention soit expresse ou implicite dans le traité lui-même.

En l'espèce, l'obligation de consulter était permanente. Les membres de la première nation possédaient un droit, prévu expressément au traité, de pratiquer la chasse et la pêche de subsistance sur leur territoire traditionnel qui a maintenant été cédé et est considéré comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'empêchait pas le gouvernement de concéder des terres de la Couronne, cette possibilité y était même prévue, il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques et culturelles traditionnelles de la première nation, et le Yukon était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

Le traité lui-même précise les éléments considérés par les parties comme constituant une consultation appropriée (lorsqu'une consultation est nécessaire). Ces éléments comprennent un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher afin de permettre à la partie consultée de préparer sa position sur la question, un délai suffisant pour permettre à la partie devant être consultée de préparer sa position sur la question ainsi

to consult; and full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

The actual treaty provisions themselves did not govern the process for agricultural grants at the time. However, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more elaborate consultation process in the Treaty itself, the scope of the duty of consultation in this situation was at the lower end of the spectrum.

Accordingly, the Director was required, as a matter of compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown, to be informed about and consider the nature and severity of any adverse impact of the proposed grant before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to re-open the Treaty or to re-negotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown and promoted the objective of reconciliation.

In this case, the duty of consultation was discharged. Little Salmon/Carmacks acknowledges that it received appropriate notice and information. The Little Salmon/Carmacks objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which Little Salmon/Carmacks was entitled to be present (but failed to attend). Both Little Salmon/Carmacks' objections and the response of those who attended the meeting were before the Director when, in the exercise of his delegated authority, he approved P's application. Neither the honour of the Crown nor the duty to consult required more.

Nor was there any breach of procedural fairness. While procedural fairness is a flexible concept, and takes into account the Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal.

While the Yukon had a duty to consult, there was no further duty of accommodation on the facts of this case. Nothing in the treaty itself or in

que l'occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation, et un examen complet et équitable de toutes les positions présentées, par la partie obligée de tenir la consultation.

Le processus de concession de terres à des fins agricoles n'était pas régi à l'époque par les dispositions elles-mêmes du traité. Cependant, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité lui-même un processus de consultation plus élaboré, la portée de l'obligation de consultation dans une telle situation se situait au bas du continuum.

Par conséquent, le directeur était tenu, pour se conformer à l'obligation juridique de consulter fondée sur l'honneur de la Couronne, d'être informé de la nature et de la gravité de toute incidence négative de la concession projetée et d'en tenir compte avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n'avait pas pour objet de rouvrir le traité ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l'honneur de la Couronne et la réalisation de l'objectif de réconciliation.

En l'espèce, l'obligation de consultation a été respectée. La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l'information utile. Elle a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). Le directeur avait pris connaissance des objections de la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de P. L'honneur de la Couronne et l'obligation de consultation n'exigeaient rien de plus.

Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones.

Si le Yukon avait une obligation de consultation, les faits de l'espèce ne donnent lieu à aucune autre obligation d'accommodement. Le traité lui-même ou

the surrounding circumstances gave rise to such a requirement.

In exercising his discretion in this case, as in all others, the Director was required to respect legal and constitutional limits. The constitutional limits included the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director's decision should be reviewed on a standard of reasonableness.

In this case, the Director did not err in law in concluding that the level of consultation that had taken place was adequate. The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact of the grant of 65 hectares would not be significant. There is no evidence that he failed to give full and fair consideration to the concerns of Little Salmon/Carmacks. The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion. Whether or not a court would have reached a different conclusion is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was reasonable in the circumstances.

Per LeBel and Deschamps JJ.: Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Little Salmon/Carmacks Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation

l'ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une telle obligation.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire dans ce cas, comme dans tous les autres cas, le directeur devait respecter des limites légales et constitutionnelles. Les limites constitutionnelles incluaient l'honneur de la Couronne et le principe de l'obligation de consulter qui l'appuie. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l'égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonabilité.

En l'espèce, le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la consultation menée était adéquate. Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences de la concession de 65 hectares de terres ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un examen complet et équitable de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion. Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier était raisonnable dans les circonstances.

Les juges LeBel et Deschamps : Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive de Little Salmon/Carmacks n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le

process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights. Nor does the Crown act dishonourably if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters a positive long relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities consists in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l'objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel d'honneur de la Couronne et du principe en découlant, l'obligation de consulter les Autochtones.

Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multi-forme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté. Il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l'égard d'une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut pas exister de matières dont les parties n'auront pas traité et à l'égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d'éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n'exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu'un traité favorise une longue relation positive entre parties autochtone et étatique consiste à s'assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu'objectif partagé à l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

Even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

The consultation that must take place if a right of the Aboriginal party is impaired will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework.

Where a treaty provides for a mechanism for consultation, what it does is to override the common law duty to consult Aboriginal peoples; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually.

The courts are not blind to omissions, or gaps left in the treaty, by the parties with respect to consultation, and the common law duty to consult could always be applied to fill such a gap. But no such gap can be found in this case.

These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal.

But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion. The Final Agreement includes general and interpretive provisions that are reproduced from the Umbrella Agreement. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. These rules can be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to

Même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties, elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission de parties au traité d’avoir prévu cette matière.

La consultation requise lorsqu’il y a atteinte à un droit des Autochtones comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, un degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit.

Lorsqu’un traité établit des mesures de consultation, ce que le traité a pour effet d’écartier dans un tel cas est bien l’obligation jurisprudentielle de consultation des peuples autochtones, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d’un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu’est l’équité procédurale.

Les tribunaux ne sont pas aveugles aux omissions ou lacunes des parties au traité en matière de consultation et l’obligation jurisprudentielle de consultation pourrait toujours s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire.

Il serait possible, sur la seule base de ces considérations d’ordre général, de rejeter l’appel principal.

Cependant, les dispositions de l’Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. L’Entente définitive comporte des dispositions générales et interprétatives qui ont été reprises de l’Accord-cadre. Plus exactement, ce régime a d’abord été élaboré par les parties à l’Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l’emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d’interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

Ces dispositions interprétatives et générales posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu’entretiennent l’Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. Ces normes peuvent être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant

all the rights, benefits and protections of other citizens. In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the Constitution of Canada. In other words, the Final Agreement contains no provisions that affect the general principle that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address the issue of consultation. This will depend on whether the parties have come to an agreement on this issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

In this case, the parties included provisions in the treaty that deal with consultation on the very question of the Crown's right to transfer Crown land upon an application like the one made by P.

P's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

Moreover, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in the management of those resources at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the Director did not notify the First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005.

que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d'incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la Constitution du Canada. Autrement dit, l'Entente définitive ne contient pas de dispositions qui auraient une incidence sur le principe général selon lequel l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera qu'en cas d'omission des parties au traité d'avoir prévu cette matière. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

En l'espèce, les parties ont prévu, dans le traité des dispositions concernant la consultation sur la question précise du droit de la Couronne de céder de ses terres à la suite d'une demande comme celle de P.

La demande de P constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive. Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurerait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

De plus, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion de ces ressources sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que le directeur n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation sa décision

Under s. 81(1) of the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”), the “designated office” and, if applicable, the executive committee of the Yukon Development Assessment Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is the Land Application Review Committee (“LARC”). Even if representatives of the First Nation did not attend the August 13, 2004 meeting, it would be expected that the Director would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

The territorial government’s decision to proceed with P’s application at the “prescreening” stage despite the requirement of consultation in the context of the First Nation’s fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. However, the First Nation did not express concern about this in its letter of July 27, 2004 to Yukon’s Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

Despite these aspects of the handling of P’s application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the YESAA.

The only right the First Nation would have had under the YESAA was to be heard by the assessment district office as a stakeholder. That consultation would have been minimal, whereas the First Nation was invited to participate directly in the assessment of P’s application as a member of LARC.

du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7, (« LÉESY »), le « bureau désigné » et, le cas échéant, le comité de direction de la Commission d’évaluation des activités de développement du Yukon auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l’intérieur d’un délai raisonnable. L’équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »). Même si les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004, on se serait attendu à ce que le directeur informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n’a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

La décision qu’a prise l’administration territoriale, au terme de l’examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de P malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation n’est pas davantage un exemple de bonne pratique. Cependant, la première nation n’a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des Terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la première nation concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d’évaluer le projet spécifique faisant l’objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s’étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d’aliénation de terres dans la région visée.

Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de P, l’ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appelants ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la LÉESY.

Le seul droit qu’aurait obtenu la première nation en vertu de la LÉESY est celui d’être entendue à titre de personne intéressée par le bureau de circonscription. Il s’agissait là d’une consultation minimale, alors que la première nation a été invitée à participer directement, à titre d’évaluateur membre du CEDAT, à l’évaluation de la demande de P.

It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had already submitted comments in a letter.

Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on P's application was consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

Cases Cited

By Binnie J.

Considered: *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; **applied:** *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; **referred to:** *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256.

By Deschamps J.

Considered: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; **referred to:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *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; *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550; *Reference*

Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion mais alors qu'ils avaient fait des commentaires par lettre.

Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la demande de P respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêts examinés : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; **arrêts appliqués :** *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; **arrêts mentionnés :** *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, autorisation d'appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeois*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256.

Citée par le juge Deschamps

Arrêt examiné : *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; **arrêts mentionnés :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *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; *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004]

re Secession of Quebec, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, aff'd (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025; *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434; *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746.

Statutes and Regulations Cited

Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations, SOR/2005-379, ss. 2, 5, Sch. 1, Part 13, item 27.
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37.
Constitution Act, 1867, Part VI.
Constitution Act, 1982, ss. 25, 35, 52, Part V.
Environmental Assessment Act, S.Y. 2003, c. 2 [rep. O.I.C. 2005/202, (2006) 25 Y. Gaz. II, 32].
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5.
Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132, s. 7(1)(a).
Royal Proclamation (1763), R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.
Wildlife Act, R.S.Y. 2002, c. 229, ss. 13(1), 82, 187.
Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act, S.C. 2003, c. 7, ss. 2(1) "territory", 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122(c), 134.
Yukon First Nations Land Claims Settlement Act, S.C. 1994, c. 34, ss. 5, 6(2), 13.

Treaties and Agreements

James Bay and Northern Québec Agreement (1975).
 Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement,
 July 1, 1997 (online: http://www.eco.gov.yk.ca/pdf/little_salmon_carmacks_fa.pdf).
Treaty No. 8 (1899).
Treaty No. 11 (1921).

3 R.C.S. 550; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613, conf. par (1965), 52 D.L.R. (2d) 481; *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025; *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434; *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37.
Loi constitutionnelle de 1867, partie VI.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 25, 35, 52, partie V.
Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.
Loi sur l'évaluation environnementale, L.Y. 2003, ch. 2 [abr. D. 2005/202, (2006) 25 Gaz. Y. II, 32].
Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon, L.C. 2003, ch. 7, art. 2(1) « territoire », 5, 8, 20(1), 23(1), 47(2), 50(1), 55(1)(b), 55(4), 60, 63, 81(1), 82(1), 83(1), 84(1), 122c), 134.
Loi sur la faune, L.R.Y. 2002, ch. 229, art. 13(1), 82, 187.
Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon, L.C. 1994, ch. 34, art. 5, 6(2), 13.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5.
Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132, art. 7(1)a).
Proclamation royale (1763), L.R.C. 1985, app. II, n° 1.
Règlement sur les activités susceptibles d'évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction, DORS/2005-379, art. 2, 5, ann. 1, partie 13, art. 27.

Traités et ententes

Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (1993).
Convention de la Baie-James et du Nord québécois (1975).

Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (1993).

Authors Cited

- Canada. Indian and Northern Affairs. *Federal Policy for the Settlement of Native Claims*. Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon: Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. "La proposition d'entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?" (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. "Visions of Certainty: Challenging Assumptions", in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, 113.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York: Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy*. Whitehorse: Yukon Government, 1991.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Yukon Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Tysoe J.J.A.), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, setting aside the decision of Veale J., 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, quashing the approval of application for land grant. Appeal and cross-appeal dismissed.

Brad Armstrong, Q.C., Keith Bergner, Penelope Gawn and Lesley McCullough, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Jean Teillet, Arthur Pape and Richard B. Salter, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Mitchell R. Taylor, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, 1 juillet 1997 (en ligne : <http://www.ainc-inac.gc.ca/al/ldc/ccl/fagr/ykn/slmon/lfsa/lfsa-fra.pdf>).

Traité n° 8 (1899).

Traité n° 11 (1921).

Doctrine citée

- 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.
- Grammond, Sébastien. *Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
- Newman, Dwight G. *The Duty to Consult : New Relationships with Aboriginal Peoples*. Saskatoon : Purich Publishing, 2009.
- Saint-Hilaire, Maxime. « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395.
- Stevenson, Mark L. « Visions de certitude : question d'hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités*. Ottawa : Ministère des travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, 123.
- Williams, Robert A. *Linking Arms Together : American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*. New York : Oxford University Press, 1997.
- Yukon. *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy*. Whitehorse : Yukon Government, 1991.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Yukon (les juges Newbury, Kirkpatrick et Tysoe), 2008 YKCA 13, 296 D.L.R. (4th) 99, 258 B.C.A.C. 160, 434 W.A.C. 160, [2008] 4 C.N.L.R. 25, 71 R.P.R. (4th) 162, [2008] Y.J. No. 55 (QL), 2008 CarswellYukon 62, qui a infirmé une décision du juge Veale, 2007 YKSC 28, [2007] 3 C.N.L.R. 42, [2007] Y.J. No. 24 (QL), 2007 CarswellYukon 18, annulant l'approbation de la demande de concession de terres. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Brad Armstrong, c.r., Keith Bergner, Penelope Gawn et Lesley McCullough, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Jean Teillet, Arthur Pape et Richard B. Salter, pour les intimés/appelants au pourvoi incident.

Mitchell R. Taylor, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Hugues Melançon and Natacha Lavoie, for the interveners the Attorney General of Quebec.

Rolf Pritchard and Justin S. C. Mellor, for the interveners the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Brian A. Crane, Q.C., for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.

Jean-Sébastien Clément and François Dandonneau, for the interveners the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority.

James M. Coady, Dave Joe and Daryn R. Leas, for the interveners the Council of Yukon First Nations.

Joseph J. Arvay, Q.C., and *Bruce Elwood*, for the interveners the Kwanlin Dün First Nation.

James R. Aldridge, Q.C., and *Dominique Nouvet*, for the interveners Nunavut Tunngavik Inc.

John Donihee, for the interveners the Tlicho Government.

Robert J. M. Janes and Karey M. Brooks, for the interveners the Te'Mexw Nations.

Peter W. Hutchins and Julie Corry, for the interveners the Assembly of First Nations.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] BINNIE J. — This appeal raises important questions about the interpretation and implementation of modern comprehensive land claims treaties between the Crown and First Nations and other levels of government.

[2] The treaty at issue here is the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement (the “LSCFN Treaty”), which was finalized in 1996 and ratified by members of the First Nation in

Hugues Melançon et Natacha Lavoie, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Rolf Pritchard et Justin S. C. Mellor, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Brian A. Crane, c.r., pour les intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc.

Jean-Sébastien Clément et François Dandonneau, pour l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie.

James M. Coady, Dave Joe et Daryn R. Leas, pour l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon.

Joseph J. Arvay, c.r., et *Bruce Elwood*, pour l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün.

James R. Aldridge, c.r., et *Dominique Nouvet*, pour l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc.

John Donihee, pour l'intervenant le gouvernement tlicho.

Robert J. M. Janes et Karey M. Brooks, pour l'intervenante les Nations Te'Mexw.

Peter W. Hutchins et Julie Corry, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Ce pourvoi soulève d'importantes questions touchant l'interprétation et la mise en œuvre des traités récents relatifs à des revendications territoriales globales conclus entre la Couronne, les Premières Nations et d'autres paliers de gouvernement.

[2] Le traité en cause en l'espèce est l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (le « traité PNLSC »), finalisée en 1996 et ratifiée par les membres de la première nation

1997. The LSCFN Treaty is one of 11 that arose out of and implement an umbrella agreement signed in 1993 after 20 years of negotiations between representatives of all of the Yukon First Nations and the federal and territorial governments. It was a monumental achievement. These treaties fall within the protection of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which gives constitutional protection to existing Aboriginal and treaty rights.

[3] The present dispute relates to an application for judicial review of a decision by the Yukon territorial government dated October 18, 2004, to approve the grant of 65 hectares of surrendered land to a Yukon resident named Larry Paulsen. The plot borders on the settlement lands of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and forms part of its traditional territory, to which its members have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. In the result, Mr. Paulsen still awaits the outcome of the grant application he submitted on November 5, 2001.

[4] The First Nation disclaims any allegation that the Paulsen grant would violate the LSCFN Treaty, which itself contemplates that surrendered land may be taken up from time to time for other purposes, including agriculture. Nevertheless, until such taking up occurs, the members of the LSCFN have an ongoing treaty interest in surrendered Crown lands (of which the 65 hectares form a small part), to which they have a treaty right of access for hunting and fishing for subsistence. The LSCFN contends that the territorial government proceeded without proper consultation and without proper regard to relevant First Nation's concerns. They say the decision of October 18, 2004, to approve the Paulsen grant should be quashed.

[5] The territorial government responds that no consultation was required. The LSCFN Treaty,

en 1997. Le traité PNLSC s'inscrit dans une série de 11 traités découlant et assurant la mise en œuvre d'un accord-cadre signé en 1993 après 20 ans de négociations entre des représentants de l'ensemble des premières nations du Yukon et les gouvernements fédéral et territorial. Il s'agissait d'une réalisation des plus imposantes. Ces traités sont visés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui accorde une protection constitutionnelle aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada.

[3] Le litige concerne une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le gouvernement territorial du Yukon a approuvé, le 18 octobre 2004, la concession à un habitant du Yukon nommé Larry Paulsen de 65 hectares de terres cédées. La parcelle en question est contiguë aux terres visées par le règlement de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« PNLSC »), et fait partie de son territoire traditionnel, auquel ses membres ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. En raison de ce litige, M. Paulsen attend toujours le résultat de sa demande de concession de terre présentée le 5 novembre 2001.

[4] La première nation rejette toute allégation suivant laquelle la concession de la parcelle à M. Paulsen violerait le traité PNLSC, qui lui-même prévoit que des terres cédées peuvent à l'occasion être prises à d'autres fins, notamment à des fins agricoles. Mais jusqu'à ce que des terres aient été ainsi prises, les membres de la PNLSC conservent un intérêt issu d'un traité relativement aux terres de la Couronne cédées (dont les 65 hectares forment une petite partie), à l'égard desquelles ils ont un droit d'accès issu d'un traité à des fins de chasse et de pêche de subsistance. La PNLSC soutient que le gouvernement territorial a agi sans effectuer la consultation requise et sans tenir compte des préoccupations pertinentes de la première nation. Selon elle, la décision du 18 octobre 2004 approuvant la concession de terres à M. Paulsen devrait être annulée.

[5] Le gouvernement territorial réplique qu'aucune consultation n'était exigée. Le traité

it says, is a complete code. The treaty refers to consultation in over 60 different places but a land grant application is not one of them. Where not specifically included, the duty to consult, the government says, is excluded.

[6] The important context of this appeal, therefore, is an application for judicial review of a decision that was required to be made by the territorial government having regard to relevant constitutional as well as administrative law constraints. The Yukon Court of Appeal held, as had the trial judge, that the LSCFN Treaty did not exclude the duty of consultation, although in this case the content of that duty was at the lower end of the spectrum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). The Court of Appeal went on to hold, disagreeing in this respect with the trial judge, that on the facts the government's duty of consultation had been fulfilled.

[7] I agree that the duty of consultation was not excluded by the LSCFN Treaty, although its terms were relevant to the exercise of the territorial government discretion, as were other principles of administrative and Aboriginal law, as will be discussed. On the facts of the Paulsen application, however, I agree with the conclusion of the Court of Appeal that the First Nation did not make out its case. The First Nation received ample notice of the Paulsen application, an adequate information package, and the means to make known its concerns to the decision maker. The LSCFN's objections were made in writing and they were dealt with at a meeting at which the First Nation was entitled to be present (but failed to show up). Both the First Nation's objections and the response of those who attended the meeting were before the appellant when, in the exercise of his delegated authority, he approved the Paulsen application. In light of the consultation provisions contained in the treaty, neither the honour of the Crown nor the duty to consult were breached. Nor was there any breach of procedural fairness. Nor can it be said that the appellant acted unreasonably in making

PNLSC constitue, dit-il, un code complet. Il est question de consultation à plus de 60 endroits différents dans le traité, mais jamais à propos d'une demande de concession de terres. Lorsque l'obligation de consulter n'est pas spécifiquement mentionnée, dit le gouvernement, elle est exclue.

[6] Le pourvoi s'inscrit donc dans le contexte important d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision que le gouvernement territorial devait prendre en tenant compte des contraintes applicables qu'imposent tant le droit constitutionnel que le droit administratif. La Cour d'appel du Yukon a conclu, comme le juge de première instance, que le traité PNLSC n'excluait pas l'obligation de consulter, bien que le contenu de cette obligation se situait en l'espèce au bas du continuum (2007 YKSC 28; 2008 YKCA 13). La Cour d'appel a ensuite conclu, en désaccord sur ce point avec le juge de première instance, que selon les faits, le gouvernement s'était acquitté de son obligation de consulter.

[7] J'estime moi aussi que l'obligation de consulter n'était pas exclue par le traité PNLSC, même si les clauses de ce dernier étaient pertinentes à l'égard de l'exercice, par le gouvernement territorial, de son pouvoir discrétionnaire, à l'instar d'autres principes du droit administratif et du droit des Autochtones, comme nous le verrons. Mais devant les faits relatifs à la demande de M. Paulsen, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la première nation n'a pas réussi à démontrer le bien-fondé de ses arguments. La première nation a été avisée longtemps d'avance de la demande de M. Paulsen; on lui a fourni une documentation adéquate et on lui a donné le moyen de faire connaître ses préoccupations au décideur. La PNLSC a communiqué ses objections par écrit, et celles-ci ont été étudiées lors d'une réunion à laquelle la première nation avait le droit d'assister (mais à laquelle elle ne s'est pas fait représenter). L'appellant avait pris connaissance des objections soulevées par la première nation et de la réponse fournie par les personnes présentes à la réunion lorsque, dans l'exercice de son pouvoir délégué, il a approuvé la demande de M. Paulsen. Vu les dispositions relatives à la consultation contenues

the decision that he did. I would dismiss the appeal and cross-appeal.

I. Overview

[8] Historically, treaties were the means by which the Crown sought to reconcile the Aboriginal inhabitants of what is now Canada to the assertion of European sovereignty over the territories traditionally occupied by First Nations. The objective was not only to build alliances with First Nations but to keep the peace and to open up the major part of those territories to colonization and settlement. No treaties were signed with the Yukon First Nations until modern times.

[9] Unlike their historical counterparts, the modern comprehensive treaty is the product of lengthy negotiations between well-resourced and sophisticated parties. The negotiation costs to Yukon First Nations of their various treaties, financed by the federal government through reimbursable loans, were enormous. The LSCFN share alone exceeded seven million dollars. Under the Yukon treaties, the Yukon First Nations surrendered their Aboriginal rights in almost 484,000 square kilometres, roughly the size of Spain, in exchange for defined treaty rights in respect of land tenure and a quantum of settlement land (41,595 square kilometres), access to Crown lands, fish and wildlife harvesting, heritage resources, financial compensation, and participation in the management of public resources. To this end, the LSCFN Treaty creates important institutions of self-government and authorities such as the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board and the Carmacks Renewable Resources Council, whose members are jointly nominated by the First Nation and the territorial government.

au traité, l'honneur de la Couronne a été préservé et il n'y a eu aucun manquement à l'obligation de consultation. Il n'y a eu non plus aucun manquement à l'équité procédurale. On ne peut en outre affirmer que l'appelant a agi de manière déraisonnable en prenant la décision qu'il a prise. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident.

I. Vue d'ensemble

[8] Dans le passé, les traités ont constitué le moyen par lequel la Couronne s'est efforcée de faire accepter aux habitants autochtones de ce qui est maintenant le Canada l'affirmation de la souveraineté européenne sur les territoires traditionnellement occupés par les Premières Nations. L'objectif ne consistait pas seulement à construire des alliances avec celles-ci, mais à maintenir la paix et à ouvrir la majeure partie de ces territoires à la colonisation. Aucun traité n'a été signé avec les premières nations du Yukon avant l'ère moderne.

[9] Contrairement aux traités historiques, les traités récents portant sur des revendications globales sont le fruit de longues négociations entre des parties qui sont averties et disposent de ressources importantes. Le coût énorme de la négociation des divers traités, pour les premières nations du Yukon, a été financé par le gouvernement fédéral au moyen de prêts remboursables. Pour la seule PNLSC, le coût a dépassé les sept millions de dollars. En vertu des traités du Yukon, les premières nations du Yukon ont cédé leurs droits ancestraux sur presque 484 000 kilomètres carrés, soit environ la superficie de l'Espagne, contre des droits définis par traités au chapitre de la tenure et une certaine quantité de terres visées par le règlement (41 595 kilomètres carrés), l'accès aux terres de la Couronne, à la récolte de poissons et d'animaux sauvages et aux ressources patrimoniales, une indemnisation pécuniaire et la participation à la gestion des ressources publiques. À cette fin, le traité PNLSC établit d'importantes institutions d'autonomie gouvernementale et des autorités comme l'Office d'évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon et le Conseil des ressources renouvelables de Carmacks, dont les membres sont désignés conjointement par la première nation et le gouvernement territorial.

[10] The reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship is the grand purpose of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The modern treaties, including those at issue here, attempt to further the objective of reconciliation not only by addressing grievances over the land claims but by creating the legal basis to foster a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities. Thoughtful administration of the treaty will help manage, even if it fails to eliminate, some of the misunderstandings and grievances that have characterized the past. Still, as the facts of this case show, the treaty will not accomplish its purpose if it is interpreted by territorial officials in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract. The treaty is as much about building relationships as it is about the settlement of ancient grievances. The future is more important than the past. A canoeist who hopes to make progress faces forwards, not backwards.

[11] Equally, however, the LSCFN is bound to recognize that the \$34 million and other treaty benefits it received in exchange for the surrender has earned the territorial government a measure of flexibility in taking up surrendered lands for other purposes.

[12] The increased detail and sophistication of modern treaties represents a quantum leap beyond the pre-Confederation historical treaties such as the 1760-61 Treaty at issue in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, and post-Confederation treaties such as Treaty No. 8 (1899) at issue in *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, and *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388. The historical treaties were typically expressed in lofty terms of high generality and were often ambiguous. The courts were obliged to resort to general principles (such as the honour of the Crown) to fill the gaps and achieve a fair outcome. Modern comprehensive land claim agreements, on the other hand, starting perhaps with the *James Bay and Northern Québec Agreement* (1975), while still to be interpreted and

[10] La réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d'une relation à long terme empreinte de respect mutuel : voilà le noble objectif de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les traités récents, y compris ceux en cause en l'espèce, tentent de contribuer à la réalisation de cet objectif de réconciliation, non seulement en répondant aux griefs relatifs aux revendications territoriales, mais en créant le fondement juridique propre à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones. Une application judicieuse du traité aidera à aplanir, sans nécessairement les éliminer, certains des malentendus et des doléances qui ont caractérisé le passé. Mais comme le montrent les faits de la présente affaire, l'objectif du traité ne pourra être atteint si les responsables territoriaux l'interprètent de façon mesquine ou comme s'il s'agissait d'un banal contrat commercial. Le traité vise tout autant l'établissement de relations que la résolution des griefs du passé. L'avenir est plus important que le passé. Un canoteur qui souhaite avancer regarde devant lui, non derrière.

[11] La PNLSC doit cependant reconnaître du même coup que les 34 millions de dollars et les autres avantages qu'elle a reçus en échange de la cession autorisent le gouvernement territorial à faire preuve d'une certaine souplesse dans l'utilisation à d'autres fins des terres cédées.

[12] Par leur complexité et leur caractère détaillé, les traités récents marquent un énorme progrès, à la fois par rapport aux traités historiques antérieurs à la Confédération tels les traités de 1760 et 1761 en cause dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et par rapport aux traités postérieurs à la Confédération tel le Traité n° 8 (1899) dont il est question dans *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, et dans *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. Les traités historiques, habituellement formulés en termes nobles d'une grande généralité, étaient souvent ambigus. Les tribunaux se sont ainsi vus forcés de recourir à des principes généraux (comme l'honneur de la Couronne) pour pallier les lacunes et parvenir à un résultat équitable. En revanche, si les ententes récentes sur des revendications

applied in a manner that upholds the honour of the Crown, were nevertheless intended to create some precision around property and governance rights and obligations. Instead of *ad hoc* remedies to smooth the way to reconciliation, the modern treaties are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability. It is up to the parties, when treaty issues arise, to act diligently to advance their respective interests. Good government requires that decisions be taken in a timely way. To the extent the Yukon territorial government argues that the Yukon treaties represent a new departure and not just an elaboration of the *status quo*, I think it is correct. However, as the trial judge Veale J. aptly remarked, the new departure represents but a step — albeit a very important step — in the long journey of reconciliation (para. 69).

[13] There was in this case, as mentioned, an express treaty right of members of the First Nation to hunt and fish for subsistence on their traditional lands, now surrendered and classified as Crown lands. While the LSCFN Treaty did not prevent the government from making land grants out of the Crown's land holdings, and indeed it contemplated such an eventuality, it was obvious that such grants might adversely affect the traditional economic activities of the LSCFN, and the territorial government was required to consult with the LSCFN to determine the nature and extent of such adverse effects.

[14] The delegated statutory decision maker was the appellant David Beckman, the Director of the Agriculture Branch of the territorial Department of Energy, Mines and Resources. He was authorized, subject to the treaty provisions, to issue land grants

territoriales globales — que l'on pourrait sans doute faire remonter à la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* (1975) — doivent elles aussi être interprétées et appliquées en conformité avec l'honneur de la Couronne, elles étaient néanmoins censées procurer une certaine précision quant aux droits et obligations relatifs à la propriété et à la gouvernance. Au lieu d'instituer des mécanismes ponctuels facilitant la réconciliation, les traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité. Il appartient aux parties, lorsque l'application des traités suscite des difficultés, d'agir de façon diligente pour faire valoir leurs intérêts respectifs. Une bonne gouvernance suppose que les décisions soient prises en temps opportun. Dans la mesure où le gouvernement territorial du Yukon plaide que les traités du Yukon constituent un nouveau départ et non pas simplement un prolongement du *statu quo*, je crois qu'il a raison. Toutefois, comme le juge Veale l'a si justement fait remarquer en première instance, le nouveau départ ne représente qu'une étape — mais une étape très importante — dans le long voyage de la réconciliation (par. 69).

[13] Comme je l'ai indiqué, le traité PNLSC conférait expressément aux membres de la première nation, dans le cas présent, un droit de chasse et de pêche de subsistance sur leurs terres ancestrales, qui ont fait l'objet d'une cession et sont maintenant considérées comme des terres de la Couronne. Même si le traité n'interdisait pas aux autorités d'octroyer des terres faisant partie des terres de la Couronne, — en fait, cette possibilité y était envisagée — il était évident que cela risquait d'avoir des conséquences négatives sur les activités économiques traditionnelles de la PNLSC, et le gouvernement territorial était tenu de consulter cette dernière afin de déterminer la nature et l'étendue de ces conséquences négatives.

[14] Le décideur délégué en vertu de la loi était l'appellant David Beckman, le directeur de la Direction de l'agriculture du ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources du Yukon. Il était autorisé, sous réserve des clauses du traité, à concéder

to non-settlement lands under the *Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, S.Y. 2003, c. 17. The First Nation argues that in exercising his discretion to approve the grant the Director was required to have regard to First Nation's concerns and to engage in consultation. This is true. The First Nation goes too far, however, in seeking to impose on the territorial government not only the procedural protection of consultation but also a substantive right of accommodation. The First Nation protests that its concerns were not taken seriously — if they had been, it contends, the Paulsen application would have been denied. This overstates the scope of the duty to consult in this case. The First Nation does not have a veto over the approval process. No such substantive right is found in the treaty or in the general law, constitutional or otherwise. The Paulsen application had been pending almost three years before it was eventually approved. It was a relatively minor parcel of 65 hectares whose agricultural use, according to the advice received by the Director (and which he was entitled to accept), would not have any significant adverse effect on First Nation's interests.

[15] Unlike *Mikisew Cree* where some accommodation was possible through a rerouting of the proposed winter road, in this case, the stark decision before the appellant Director was to grant or refuse the modified Paulsen application. He had before him the relevant information. Face-to-face consultation between the First Nation and the Director (as decision maker) was not required. In my view, the decision was reasonable having regard to the terms of the treaty, and in reaching it the Director did not breach the requirements of the duty to consult, natural justice, or procedural fairness. There was no *constitutional* impediment to approval of the Paulsen application and from an *administrative* law perspective the outcome fell within a range of reasonable outcomes.

des terres non visées par un règlement en vertu de la *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, et de la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, L.Y. 2003, ch. 17. Selon la première nation, le directeur était obligé, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'approuver la concession de terres, de tenir compte des préoccupations de la première nation et de tenir des consultations. C'est exact. Mais la première nation va trop loin lorsqu'elle prétend imposer au gouvernement territorial non seulement la protection procédurale qu'offre la consultation, mais également le respect d'un droit substantif à l'accommodement. La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'ont pas été prises au sérieux — sinon, dit-elle, la demande de M. Paulsen aurait été rejetée. Elle se trouve ainsi à élargir indûment l'obligation de consulter en l'espèce. La première nation ne jouit pas d'un droit de veto à l'égard du processus d'approbation. Aucun droit semblable n'est prévu par le traité ni par le droit commun, constitutionnel ou autre. La demande de M. Paulsen est demeurée en suspens pendant près de trois ans avant d'être finalement approuvée. Elle concernait une parcelle relativement petite de 65 hectares dont l'utilisation à des fins agricoles, suivant l'avis reçu par le directeur — un avis qu'il était en droit d'accepter — n'aurait aucune incidence négative notable sur les intérêts de la première nation.

[15] Contrairement à la situation dans *Première nation crie Mikisew*, où un accommodement était possible par la modification du tracé de la route hivernale projetée, dans la présente affaire, la décision consistait purement et simplement, pour le directeur appelant, à accorder ou à rejeter la demande modifiée de M. Paulsen. Il disposait de l'information pertinente. Les représentants de la première nation et le directeur (en tant que décideur) n'étaient pas tenus de se rencontrer pour tenir des consultations. Je suis d'avis que la décision était raisonnable, compte tenu des termes du traité, et que le directeur, lorsqu'il l'a prise, n'a en aucun cas écarté l'obligation de tenir des consultations, la justice naturelle ou l'équité procédurale. Il n'existait aucun obstacle *constitutionnel* à l'approbation de la demande de M. Paulsen, et du point de vue du droit *administratif*, le résultat entrait dans la gamme des résultats raisonnables.

II. Facts

[16] On November 5, 2001, Larry Paulsen submitted his application for an agricultural land grant of 65 hectares. He planned to grow hay, put up some buildings and raise livestock. The procedure governing such grant applications was set out in a pre-treaty territorial government policy, *Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “1991 Agriculture Policy”).

[17] The Paulsen application (eventually in the form of a “Farm Development Plan”) was pre-screened by the Agriculture Branch and the Lands Branch as well as the Land Claims and Implementation Secretariat (all staffed by territorial civil servants) for completeness and compliance with current government policies.

[18] The Paulsen application was then sent to the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”) for a more in-depth technical review by various Yukon government officials. ALARC was established under the 1991 Agriculture Policy. It predates and is completely independent from the treaty. The civil servants on ALARC recommended that Mr. Paulsen reconfigure his parcel to include only the “bench” of land set back from the Yukon River for reasons related to the suitability of the soil and unspecified environmental, wildlife, and trapping concerns. Mr. Paulsen complied.

[19] On February 24, 2004, ALARC recommended that the Paulsen application for the parcel, as reconfigured, proceed to the next level of review, namely, the Land Application Review Committee (“LARC”), which includes First Nation’s representatives. LARC also functioned under the 1991 Agriculture Policy and, as well, existed entirely independently of the treaties.

II. Les faits

[16] Le 5 novembre 2001, Larry Paulsen a présenté une demande de concession de 65 hectares de terres agricoles. Il projetait de cultiver du fourrage, de construire quelques bâtiments et d'élever du bétail. La façon de traiter de telles demandes était énoncée dans une politique du gouvernement territorial antérieure au traité, intitulée *Agriculture for the 90s : A Yukon Policy* (1991) (la « Politique agricole pour 1991 »).

[17] La Direction de l'agriculture et la Direction des terres ainsi que le Secrétariat des revendications territoriales (le personnel de tous ces services étant formé de fonctionnaires territoriaux) ont procédé à un examen préliminaire de la demande de M. Paulsen (devenue depuis un « plan de développement agricole »), afin de vérifier si la demande était complète et respectait les politiques gouvernementales en vigueur.

[18] La demande de M. Paulsen a ensuite été transmise au Comité d'examen des demandes concernant les terres agricoles (« CEDTA »), où elle devait faire l'objet d'un examen technique plus approfondi par divers fonctionnaires du Yukon. Institué en vertu de la Politique agricole pour 1991, le CEDTA est antérieur au traité et n'a rien à voir avec celui-ci. Les fonctionnaires du CEDTA ont recommandé à M. Paulsen de redélimiter sa parcelle de terre de façon à n'y inclure que la partie du terrain formant terrasse en retrait du fleuve Yukon, pour des raisons liées aux caractéristiques du sol et à des préoccupations non précisées concernant l'environnement, la faune et la flore ainsi que le piégeage. M. Paulsen s'est conformé à cette recommandation.

[19] Le 24 février 2004, le CEDTA a recommandé que la demande de M. Paulsen, ainsi redélimitée, soit soumise au palier d'examen supérieur, soit celui du Comité d'examen des demandes d'aliénation de terres (« CEDAT »), où siègent des représentants des premières nations. Le CEDAT exerçait des fonctions prévues à la Politique agricole pour 1991 et il n'avait lui non plus rien à voir avec les traités.

[20] Reference should also be made at this point to the Fish and Wildlife Management Board — a treaty body composed of persons nominated by the First Nation and Yukon government — which in August 2004 (i.e. while the Paulsen application was pending) adopted a Fish and Wildlife Management Plan (“FWMP”) that identified a need to protect wildlife and habitat in the area of the Yukon River, which includes the Paulsen lands. It proposed that an area in the order of some 10,000 hectares be designated as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229. The FWMP also recognized the need to preserve the First Nation’s ability to transfer its culture and traditions to its youth through opportunities to participate in traditional activities. The FWMP did not, however, call for a freeze on approval of agricultural land grants in the area pending action on the FWMP proposals.

[21] Trapline #143 was registered to Johnny Sam, a member of the LSCFN. His trapline is in a category administered by the Yukon government, not the First Nation. It helps him to earn a livelihood as well as to provide a training ground for his grandchildren and other First Nation youth in the ways of trapping and living off the land. The trapline covers an area of approximately 21,435 hectares. As noted by the Court of Appeal, the 65 hectares applied for by Mr. Paulsen is approximately one-third of one percent of the trapline. A portion of the trapline had already been damaged by forest fire, which, in the LSCFN view, added to the significance of the loss of a further 65 hectares. The severity of the impact of land grants, whether taken individually or cumulatively, properly constituted an important element of the consultation with LARC and, ultimately, a relevant consideration to be taken into account by the Director in reaching his decision.

[20] Il faut aussi mentionner la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — un organe constitué par le traité dont les membres sont désignés par la première nation et le gouvernement du Yukon — qui, en août 2004 (soit pendant que la demande de M. Paulsen était toujours à l’étude) a adopté un plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« PGRHF ») faisant état de la nécessité de protéger la faune et son habitat dans la région du fleuve Yukon où se trouvent les terres demandées par M. Paulsen. Il y était proposé qu’une superficie de quelque 10 000 hectares soit désignée comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229. Était en outre reconnue dans le PGRHF la nécessité de préserver la capacité de la première nation de transmettre sa culture et ses traditions aux nouvelles générations en leur donnant l’occasion de participer à des activités traditionnelles. Le PGRHF ne prévoyait cependant pas le gel des approbations de concession de terres agricoles dans la région jusqu’à ce qu’il ait été donné suite aux propositions contenues dans le plan.

[21] Le territoire de piégeage n° 143 a été enregistré au nom de Johnny Sam, un membre de la PNLSC. Ce territoire de piégeage appartient à une catégorie administrée par le gouvernement du Yukon, et non par la première nation. Johnny Sam l’utilise comme gagne-pain partiel et comme une base où ses petits-enfants ainsi que d’autres jeunes de la première nation s’y entraînent aux méthodes de piégeage et y apprennent à vivre des ressources de la nature. Le territoire de piégeage s’étend sur une superficie d’environ 21 435 hectares. Comme l’a relevé la Cour d’appel, la parcelle de 65 hectares visée par la demande de M. Paulsen correspond approximativement à un tiers de un pour cent du territoire de piégeage en question. Une partie du territoire de piégeage avait déjà été détériorée par un incendie de forêt, ce qui, pour la PNLSC, avait pour effet de rendre plus onéreuse la perte de 65 autres hectares. La grande incidence des concessions de terres, prises individuellement ou cumulativement, constituait à juste titre pour le CEDAT un élément important de la consultation et, en définitive, une considération pertinente que le directeur devait prendre en compte pour rendre sa décision.

[22] The LARC meeting to discuss the Paulsen application was scheduled for August 13, 2004. The First Nation received notice and was invited to provide comments prior to the meeting and to participate in the discussion as a member of LARC.

[23] On July 27, 2004, the First Nation submitted a letter of opposition to the Paulsen application. The letter identified concerns about impacts on Trapline #143, nearby timber harvesting, the loss of animals to hunt in the area, and adjacent cultural and heritage sites. No reference was made in the First Nation's letter to Johnny Sam's concerns about cultural transfer or to the FWMP. The letter simply states that "[t]he combination of agricultural and timber harvesting impacts on this already-damaged trapline would certainly be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits" (A.R., vol. II, at p. 22).

[24] Nobody from the LSCFN attended the August 13, 2004 meeting. Susan Davis, its usual representative, was unable to attend for undisclosed reasons. The meeting went on as planned.

[25] The members of LARC who were present (mainly territorial government officials) considered the Paulsen application and recommended approval in principle. The minutes of the August 13 meeting show that LARC *did* consider the concerns voiced by the LSCFN in its July 27, 2004 letter. Those present at the meeting concluded that the impact of the loss of 65 hectares on Trapline #143 would be minimal as the Paulsen application covered a very small portion of the trapline's overall area and noted that Johnny Sam could apply under Chapter 16 of the LSCFN Treaty for compensation for any diminution in its value. LARC recommended an archaeological survey to address potential heritage and cultural sites. (An archaeological assessment was later conducted and reported on

[22] Le CEDAT devait se réunir le 13 août 2004 pour discuter de la demande de M. Paulsen. La première nation en a été avisée; elle a été invitée à présenter des observations avant la réunion et à participer à la discussion en sa qualité de membre du CEDAT.

[23] Le 27 juillet 2004, la première nation a exprimé par lettre son opposition à la demande de M. Paulsen. La lettre faisait état de préoccupations touchant les incidences sur le territoire de piégeage n° 143, la récolte de bois dans les environs, la perte d'animaux pour la chasse dans la région et certains sites d'intérêt culturel et patrimonial. La lettre de la première nation ne faisait pas mention des préoccupations de Johnny Sam concernant la transmission de la culture, ni du PGRHF. Il y était simplement écrit que [TRADUCTION] « [I]a conjugaison d'incidences relatives à l'agriculture et à la récolte de bois sur ce territoire de piégeage déjà détérioré aurait certainement un effet dissuasif notable quant à la possibilité pour le trappeur de continuer à se livrer à ses activités traditionnelles » (d.a., vol. II, p. 22).

[24] Aucun représentant de la PNLSC n'était présent à la réunion du 13 août 2004. Susan Davis, la personne qui représentait habituellement la première nation, n'a pu y assister pour des raisons non précisées. La réunion a eu lieu comme prévu.

[25] Les membres du CEDAT qui étaient présents (principalement des fonctionnaires du gouvernement territorial) ont étudié la demande de M. Paulsen et en ont recommandé l'approbation de principe. Le procès-verbal de la réunion du 13 août indique que le CEDAT a *bel et bien* pris en considération les préoccupations exprimées par la PNLSC dans sa lettre du 27 juillet 2004. Les personnes présentes à la réunion sont arrivées à la conclusion que la perte de 65 hectares aurait une incidence minimale sur le territoire de piégeage n° 143, du fait que la demande de M. Paulsen visait une très petite partie du territoire en question. Elles ont signalé que Johnny Sam pouvait, en vertu du chapitre 16 du traité PNLSC, demander une indemnisation pour toute diminution de la valeur du

September 2, 2004, that it was unable to identify any sites that would be impacted adversely by the grant.)

[26] On September 8, 2004, the First Nation representatives met with Agriculture Branch staff who were conducting an agricultural policy review. The meeting did not focus specifically on the Paulsen application. Nevertheless, the First Nation made the general point that its concerns were not being taken seriously. Agriculture Branch officials replied that they consult on such matters through LARC but they were not required by the Final Agreement to consult on such issues. Meetings and discussions with the First Nation had been conducted, they said, only as a courtesy.

[27] On October 18, 2004, the Director approved the Paulsen application and sent a letter to Larry Paulsen, informing him of that fact. He did not notify the LSCFN of his decision, as he ought to have done.

[28] Apparently unaware that the Paulsen application had been approved, the First Nation continued to express its opposition by way of a series of letters from Chief Eddie Skookum to the Yukon government. Johnny Sam also wrote letters expressing his opposition. It seems the government officials failed to disclose that the Director's decision to approve the grant had already been made. This had the unfortunate effect of undermining appropriate communication between the parties.

[29] In the summer of 2005, Susan Davis, representing the First Nation, made enquiries of the Agriculture Branch and obtained confirmation that the Paulsen application had already been approved. She was sent a copy of the October 18, 2004 approval letter.

territoire de piégeage. Le CEDAT a recommandé qu'on procède à une reconnaissance archéologique au sujet des sites d'intérêt patrimonial et culturel. (Une évaluation archéologique a été effectuée par la suite, et selon le rapport en date du 2 septembre 2004, elle n'a permis l'identification d'aucun site sur lequel l'octroi de la parcelle aurait des incidences négatives.)

[26] Le 8 septembre 2004, des représentants de la première nation ont rencontré les fonctionnaires de la Direction de l'agriculture qui procédaient à un examen de la politique agricole. Cette rencontre n'a pas porté spécifiquement sur la demande de M. Paulsen. La première nation a tout de même signalé que ses préoccupations n'avaient pas été prises au sérieux. Les fonctionnaires ont répondu qu'ils tiennent des consultations sur ces questions dans le cadre du CEDAT, mais que l'Entente définitive ne les obligeait pas à tenir des consultations sur de telles questions. C'est uniquement par courtoisie, ont-ils dit, qu'on avait tenu des réunions et des discussions avec la première nation.

[27] Le 18 octobre 2004, le Directeur a approuvé la demande de M. Paulsen et lui a envoyé une lettre pour l'en informer. Il n'a pas avisé la PNLSC de sa décision, ce qu'il aurait dû faire.

[28] N'étant apparemment pas au courant de l'approbation de la demande de M. Paulsen, la première nation a continué à manifester son opposition par une série de lettres adressées par le chef Eddie Skookum au gouvernement du Yukon. Johnny Sam a lui aussi écrit des lettres dans lesquelles il faisait part de son opposition. Les fonctionnaires semblent avoir tu le fait que le directeur avait déjà décidé d'approuver la concession de la parcelle de terre. Cette omission a eu pour effet malheureux de miner la communication opportune entre les parties.

[29] Au cours de l'été 2005, Susan Davis, la représentante de la première nation, a demandé à la Direction de l'agriculture où en était le dossier. On lui a confirmé que la demande de M. Paulsen avait déjà été approuvée et on lui a fait parvenir une copie de la lettre d'approbation du 18 octobre 2004.

[30] In response, by letter dated August 24, 2005, the First Nation launched an administrative appeal of the Paulsen grant to the Assistant Deputy Minister.

[31] On December 12, 2005, the request to review the decision was rejected on the basis that the First Nation had no right of appeal because it was a member of LARC, and not just an intervener under the LARC Terms of Reference. The Terms of Reference specify that only applicants or interveners may initiate an appeal. The Terms of Reference had no legislative or treaty basis whatsoever, but the Yukon government nevertheless treated them as binding both on the government and on the First Nation.

[32] Frustrated by the territorial government's approach, which it believed broadly misconceived and undermined relations between the territorial government and the LSCFN, the First Nation initiated the present application for judicial review.

III. Analysis

[33] The decision to entrench in s. 35 of the *Constitution Act, 1982* the recognition and affirmation of existing Aboriginal and treaty rights, signalled a commitment by Canada's political leaders to protect and preserve constitutional space for Aboriginal peoples to be Aboriginal. At the same time, Aboriginal people do not, by reason of their Aboriginal heritage, cease to be citizens who fully participate with other Canadians in their collective governance. This duality is particularly striking in the Yukon, where about 25 percent of the population identify themselves as Aboriginal. The territorial government, elected in part by Aboriginal people, represents Aboriginal people as much as it does non-Aboriginal people, even though Aboriginal culture and tradition are and will remain distinctive.

[34] Underlying the present appeal is not only the need to respect the rights and reasonable expectations of Johnny Sam and other members of his community, but the rights and expectations of

[30] En réponse, la première nation, par une lettre du 24 août 2005, a fait appel de la concession de la parcelle à M. Paulsen auprès du sous-ministre adjoint.

[31] Le 12 décembre 2005, la demande d'examen de la décision a été rejetée au motif que la première nation n'avait aucun droit d'appel, puisqu'en vertu du mandat du CEDAT, elle était un membre de ce comité et non simplement un intervenant. Il est précisé dans ce mandat que seuls les demandeurs ou les intervenants peuvent former un appel. Le mandat ne trouvait aucun fondement dans un texte législatif ou un traité, mais le gouvernement du Yukon considérait tout de même qu'il liait tant le gouvernement que la première nation.

[32] Irritée par la démarche du gouvernement territorial qui, selon elle, dénaturait et bafouait gravement les relations entre le gouvernement et la PNLSC, la première nation a présenté la demande de contrôle judiciaire à l'origine du pourvoi.

III. Analyse

[33] Par la décision d'inscrire à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* la reconnaissance et la confirmation des droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones, les dirigeants politiques du Canada s'engageaient à protéger et à préserver un espace constitutionnel permettant aux Autochtones d'être des Autochtones. Mais l'existence de leur héritage autochtone ne fait pas en sorte que les Autochtones cessent d'être des citoyens qui participent pleinement avec les autres Canadiens à leur gouvernance collective. Cette dualité est particulièrement frappante au Yukon, où environ 25 pour 100 de la population se réclame d'une identité autochtone. Le gouvernement territorial, élu en partie par les Autochtones, représente tout autant ces derniers que les non-Autochtones, même si la culture et la tradition autochtones conservent maintenant et pour l'avenir leur caractère distinctif.

[34] À la base du présent pourvoi, il y a la nécessité de respecter non seulement les droits et les attentes raisonnables de Johnny Sam et d'autres membres de sa communauté, mais aussi ceux d'autres habitants

other Yukon residents, including both Aboriginal people *and* Larry Paulsen, to good government. The Yukon treaties are intended, in part, to replace expensive and time-consuming *ad hoc* procedures with mutually agreed upon legal mechanisms that are efficient but fair.

[35] I believe the existence of Larry Paulsen's stake in this situation is of considerable importance. Unlike *Mikisew Cree*, which involved a dispute between the Federal government and the Mikisew Cree First Nation over the route of a winter road, Mr. Paulsen made his application as an ordinary citizen who was entitled to a government decision reached with procedural fairness within a reasonable time. On the other hand, the entitlement of the trapper Johnny Sam was a derivative benefit based on the collective interest of the First Nation of which he was a member. I agree with the Court of Appeal that he was not, as an individual, a necessary party to the consultation.

A. *The LSCFN Treaty Reflects a Balance of Interests*

[36] Under the treaty, the LSCFN surrendered all undefined Aboriginal rights, title, and interests in its traditional territory in return for which it received:

- title to 2,589 square kilometres of "settlement land" [Chapters 9 and 15];
- financial compensation of \$34,179,210 [Chapter 19];
- potential for royalty sharing [Chapter 23];
- economic development measures [Chapter 22];
- rights of access to Crown land (except that disposed of by agreement for sale, surface licence, or lease) [Chapter 6];
- special management areas [Chapter 10];

du Yukon, y compris les Autochtones *et* Larry Paulsen, relativement à un bon gouvernement. Les traités du Yukon visent notamment à substituer à des procédures ponctuelles coûteuses en temps et en argent des mécanismes juridiques mutuellement acceptés qui sont efficaces tout en étant équitables.

[35] Je crois que l'existence de l'intérêt de Larry Paulsen dans la présente situation revêt une importance considérable. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, où le litige opposait le gouvernement fédéral et la Première nation crie Mikisew au sujet du tracé d'une route hivernale, M. Paulsen a présenté sa demande en qualité de simple citoyen ayant droit à une décision gouvernementale prise conformément à l'équité procédurale dans un délai raisonnable. Par ailleurs, le droit du trappeur Johnny Sam constituait un avantage dérivé qu'il tenait de l'intérêt collectif de la première nation dont il était membre. Je suis d'accord avec la cour d'appel pour dire qu'il n'était pas, à titre individuel, une partie nécessaire à la consultation.

A. *Le traité PNLSC présente un juste équilibre des intérêts*

[36] Aux termes du traité, la PNLSC a renoncé à la totalité de ses droits, titres et intérêts ancestraux non précisés concernant son territoire traditionnel, en échange de quoi elle a reçu :

[TRADUCTION]

- un titre à l'égard d'une superficie de 2 589 kilomètres carrés de « terres visées par le règlement » [chapters 9 et 15];
- une indemnisation pécuniaire de 34 179 210 \$ [chapitre 19];
- une possibilité de partage des redevances [chapitre 23];
- des mesures de développement économique [chapitre 22];
- des droits d'accès aux terres de la Couronne (à l'exception de celles faisant l'objet d'un contrat de vente, d'un permis ou d'un bail de surface) [chapitre 6];
- des zones spéciales de gestion [chapitre 10];

- protection of access to settlement land [s. 6.2.7];
 - rights to harvest fish and wildlife [Chapter 16];
 - rights to harvest forest resources [Chapter 17];
 - rights to representation and involvement in land use planning [Chapter 11] and resource management [Chapters 14, 16-18].
- la protection de l'accès aux terres visées par le règlement [art. 6.2.7];
 - des droits relatifs à la récolte des ressources halieutiques et fauniques [chapitre 16];
 - des droits relatifs à la récolte des ressources forestières [chapitre 17];
 - des droits relatifs à la représentation et à la participation dans le cadre de l'aménagement du territoire [chapitre 11] et de la gestion des ressources [chapters 14, 16-18].

(C.A. reasons, para. 41)

These are substantial benefits, especially when compared to the sparse offerings of earlier treaties such as those provided to the Mikisew Cree in Treaty No. 8. With the substantive benefits, however, came not only rights but duties and obligations. It is obvious that the long-term interdependent relationship thus created will require work and good will on both sides for its success.

[37] The reason for the government's tight-lipped reaction to the unfolding Paulsen situation, as explained to us at the hearing by its counsel, was the fear that if the duty of consultation applies, "these parties will be in court like parties are in areas where there are no treaties, and there will be litigation over whether the consultation applies; what is the appropriate level of the consultation? Is accommodation required? It is all under court supervision" (transcript, at p. 18). The history of this appeal shows, however, that taking a hard line does not necessarily speed matters up or make litigation go away.

[38] The denial by the Yukon territorial government of any duty to consult except as specifically listed in the LSCFN Treaty complicated the Paulsen situation because at the time the Director dealt with the application the treaty implementation provision contemplated in Chapter 12 had itself not yet been implemented. I do not believe the Yukon Treaty was intended to be a "complete code". Be that as it

(motifs de la C.A., par. 41)

Il s'agit là d'avantages substantiels, surtout si on les compare aux rares avantages offerts par les anciens traités comme ceux accordés à la Première nation crie Mikisew dans le Traité n° 8. Ces avantages considérables, toutefois, s'accompagnaient non seulement de droits, mais aussi d'obligations. La réussite de la relation d'interdépendance à long terme qui a été établie nécessitera de toute évidence du travail et de la bonne volonté de part et d'autre.

[37] Le silence du gouvernement face à la situation que présentait la demande de M. Paulsen, comme l'a expliqué l'avocat du gouvernement à l'audience, était attribuable à la crainte que, dans le cas où l'obligation de consulter s'appliquerait, [TRADUCTION] « les parties se trouveront devant le tribunal dans la même situation que dans les domaines où il n'existe pas de traité, et on débattrà la question de savoir si la consultation s'applique, ainsi que celles de savoir quel est le niveau de consultation requis et si un accommodement est nécessaire. Tout est soumis à la supervision du tribunal » (transcription, p. 18). L'historique du présent pourvoi montre cependant que l'adoption de la ligne dure n'accélère pas nécessairement les choses, pas plus qu'elle n'élimine les litiges.

[38] La négation, par le gouvernement territorial du Yukon, de toute obligation de consulter sauf dans les cas prévus spécifiquement dans le traité PNLSC a compliqué la situation que présentait la demande de M. Paulsen car, à l'époque où le directeur a pris une décision sur la demande, la disposition relative à la mise en œuvre du traité envisagée au chapitre 12 n'avait elle-même pas encore été mise en

may, the duty to consult is derived from the honour of the Crown which applies independently of the expressed or implied intention of the parties (see below, at para. 61). In any event, the procedural gap created by the failure to implement Chapter 12 had to be addressed, and the First Nation, in my view, was quite correct in calling in aid the duty of consultation in putting together an appropriate procedural framework.

[39] Nevertheless, consultation *was* made available and *did* take place through the LARC process under the 1991 Agriculture Policy, and the ultimate question is whether what happened in this case (even though it was mischaracterized by the territorial government as a courtesy rather than as the fulfilment of a legal obligation) was sufficient. In *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, the Court held that participation in a forum created for other purposes may nevertheless satisfy the duty to consult if *in substance* an appropriate level of consultation is provided.

B. *The Relationship Between Section 35 and the Duty to Consult*

[40] The First Nation relies in particular on the following statements in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 20:

It is a corollary of s. 35 that the Crown act honourably in defining the rights it guarantees and in reconciling them with other rights and interests. This, in turn, implies a duty to consult and, if appropriate, accommodate.

Further, at para. 32:

The jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution. Reconciliation is not a final

œuvre. Je ne crois pas que le traité du Yukon était censé constituer un « code complet ». Quoi qu'il en soit, l'obligation de consulter découle du principe de l'honneur de la Couronne, qui s'applique indépendamment de l'intention expresse ou implicite des parties (voir le par. 61 ci-après). De toute façon, il fallait remédier à la lacune procédurale suscitée par l'absence de mise en œuvre du chapitre 12, et la première nation a eu tout à fait raison à mon avis d'invoquer l'obligation de consulter et d'établir un cadre de procédure approprié.

[39] Quoi qu'il en soit, la consultation *a effectivement* été rendue possible et *a bel et bien* eu lieu dans le cadre du processus du CEDAT en vertu de la Politique agricole pour 1991. En dernière analyse, la question à trancher est de savoir si, dans la présente affaire, ce que l'on a fait était suffisant (bien que le gouvernement territorial y ait vu à tort une mesure de courtoisie plutôt que l'exécution d'une obligation juridique). Dans *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, la Cour a conclu que la participation à un forum créé pour d'autres besoins peut tout de même satisfaire à l'obligation de consulter si, *pour l'essentiel*, un niveau approprié de consultation a été rendu possible.

B. *La relation entre l'art. 35 et l'obligation de consulter*

[40] La première nation se fonde en particulier sur le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 20 :

L'article 35 a pour corollaire que la Couronne doit agir honorablement lorsqu'il s'agit de définir les droits garantis par celui-ci et de les concilier avec d'autres droits et intérêts. Cette obligation emporte à son tour celle de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder.

Également, au par. 32 :

La jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du

legal remedy in the usual sense. Rather, it is a process flowing from rights guaranteed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. [Emphasis added.]

[41] Reference should also be made to *R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6, where the Court said:

The decision to enhance aboriginal participation in the commercial fishery may also be seen as a response to the directive of this Court in *Sparrow*, at p. 1119, that the government consult with aboriginal groups in the implementation of fishery regulation in order to honour its fiduciary duty to aboriginal communities. Subsequent decisions have affirmed the duty to consult and accommodate aboriginal communities with respect to resource development and conservation; it is a constitutional duty, the fulfilment of which is consistent with the honour of the Crown: see e.g. *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. [Emphasis added.]

[42] The obligation of honourable dealing was recognized from the outset by the Crown itself in the *Royal Proclamation* of 1763 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), in which the British Crown pledged its honour to the protection of Aboriginal peoples from exploitation by non-Aboriginal peoples. The honour of the Crown has since become an important anchor in this area of the law: see *R. v. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; as well as *Badger, Marshall* and *Mikisew Cree*, previously referred to. The honour of the Crown has thus been confirmed in its status as a constitutional principle.

[43] However, this is not to say that every policy and procedure of the law adopted to uphold the honour of the Crown is itself to be treated as if inscribed in s. 35. As the Chief Justice noted in *Haida Nation*, “[t]he honour of the Crown gives rise to different duties in different circumstances” (para. 18). This appeal considers its application in

règlement formel des revendications. La conciliation ne constitue pas une réparation juridique définitive au sens usuel du terme. Il s’agit plutôt d’un processus découlant des droits garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Je souligne.]

[41] On peut également citer l’arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6, où la Cour a dit ce qui suit :

La décision de favoriser la participation des Autochtones à la pêche commerciale peut aussi être perçue comme une réponse à la directive donnée par notre Cour dans l’arrêt *Sparrow*, p. 1119, selon laquelle, en appliquant la réglementation sur les pêches, le gouvernement doit consulter les groupes autochtones afin de respecter l’obligation de fiduciaire qu’il a envers ces collectivités. Des arrêts subséquents ont confirmé l’obligation de consulter et d’accommoder les collectivités autochtones dans les domaines de l’exploitation et de la conservation des ressources; il s’agit là d’une obligation constitutionnelle qui concorde avec le principe de l’honneur de la Couronne : voir, par exemple, l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. [Je souligne.]

[42] L’obligation de se conduire honorablement a été reconnue dès le départ par la Couronne elle-même dans la *Proclamation royale* de 1763 (L.R.C. 1985, App. II, n^o 1). La Couronne britannique s’y engageait sur l’honneur à protéger les peuples autochtones contre l’exploitation de la part des peuples non autochtones. L’honneur de la Couronne est devenu depuis lors un important point d’ancrage dans ce domaine du droit : voir *R. c. Taylor* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.), autorisation d’appel refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, de même que *Badger, Marshall* et *Première nation crie Mikisew*, dont il a déjà été fait état. L’honneur de la Couronne a par conséquent été confirmé dans son statut de principe constitutionnel.

[43] Il ne faut pas en conclure pour autant que toute politique et procédure juridique adoptée en vue de préserver l’honneur de la Couronne doive elle-même être considérée comme inscrite dans l’art. 35. Ainsi que l’a souligné la Juge en chef dans *Nation haïda*, « [l]’honneur de la Couronne fait naître différentes obligations selon les circonstances » (par. 18).

the modern treaty context; its application where no treaty has yet been signed was recently the subject of this Court's decision in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650.

[44] The respondents' submission, if I may put it broadly, is that because the *duty* to consult is "constitutional", therefore there must be a reciprocal constitutional *right* of the First Nation to be consulted, and constitutional rights of Aboriginal peoples are not subject to abrogation or derogation except as can be justified under the high test set out in *Sparrow*. On this view, more or less every case dealing with consultation in the interpretation and implementation of treaties becomes a constitutional case. The trouble with this argument is that the content of the duty to consult varies with the circumstances. In relation to what *Haida Nation* called a "spectrum" of consultation (para. 43), it cannot be said that consultation at the lower end of the spectrum instead of at the higher end must be justified under the *Sparrow* doctrine. The minimal content of the consultation imposed in *Mikisew Cree* (para. 64), for example, did not have to be "justified" as a limitation on what would otherwise be a right to "deep" consultation. The circumstances in *Mikisew Cree* never gave rise to anything more than minimal consultation. The concept of the duty to consult is a valuable adjunct to the honour of the Crown, but it plays a supporting role, and should not be viewed independently from its purpose.

[45] The LSCFN invited us to draw a bright line between the duty to consult (which it labelled constitutional) and administrative law principles such as procedural fairness (which it labelled unsuitable). At the hearing, counsel for the LSCFN was dismissive of resort in this context to administrative law principles:

Dans le présent pourvoi, nous examinons l'application du principe de l'honneur de la Couronne dans le contexte d'un traité récent; son application lorsqu'aucun traité n'a été signé récemment fait l'objet de la décision de notre Cour dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650.

[44] La thèse de l'intimée, si je peux la résumer à grands traits, est celle-ci : étant donné la nature « constitutionnelle » de l'*obligation* de consulter, il doit exister un *droit* constitutionnel réciproque de la première nation d'être consultée, et les droits constitutionnels des peuples autochtones sont à l'abri de toute abrogation ou dérogation, exception faite de celles qui peuvent se justifier au regard du critère rigoureux établi dans *Sparrow*. Selon cette logique, pratiquement chaque affaire ayant trait à la consultation dans le cadre de l'interprétation et de la mise en œuvre des traités devient une affaire constitutionnelle. Cet argument est problématique en ce que le contenu de l'obligation de consulter varie suivant les circonstances. Relativement à ce que l'on a appelé dans *Nation haïda* un « continuum » de consultation (par. 43), on ne peut affirmer que la consultation au bas plutôt qu'au haut du continuum doit être justifiée suivant la doctrine de l'arrêt *Sparrow*. Le contenu minimal de la consultation imposé dans *Première nation crie Mikisew* (par. 64), par exemple, n'avait pas à être justifié comme une limite à ce qui serait autrement un droit à une consultation « approfondie ». Dans *Première nation crie Mikisew*, les circonstances n'ont jamais requis plus qu'un minimum de consultation. Si la notion d'obligation de consulter se veut un complément valable à l'honneur de la Couronne, elle joue un rôle de soutien et ne devrait pas être considérée indépendamment de l'objectif qu'elle vise à atteindre.

[45] La PNLSC nous a demandé d'établir une nette distinction entre l'obligation de consulter (qu'elle a qualifiée de constitutionnelle) et les principes du droit administratif tels l'équité procédurale (qu'elle a qualifiés d'inadéquats). Lors de l'audition, l'avocat de la PNLSC a rejeté le recours aux principes du droit administratif dans ce contexte :

[A]dministrative law principles are not designed to address the very unique circumstance of the Crown-Aboriginal history, the Crown-Aboriginal relationship. Administrative law principles, for all their tremendous value, are not tools toward reconciliation of Aboriginal people and other Canadians. They are not instruments to reflect the honour of the Crown principles. [transcript, at p. 62]

However, as Lamer C.J. observed in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, “aboriginal rights exist within the general legal system of Canada” (para. 49). Administrative decision makers regularly have to confine their decisions within constitutional limits: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256. In this case, the constitutional limits include the honour of the Crown and its supporting doctrine of the duty to consult.

[46] The link between constitutional doctrine and administrative law remedies was already noted in *Haida Nation*, at the outset of our Court’s duty to consult jurisprudence:

In all cases, the honour of the Crown requires that the Crown act with good faith to provide meaningful consultation appropriate to the circumstances. In discharging this duty, regard may be had to the procedural safeguards of natural justice mandated by administrative law. [Emphasis added; para. 41.]

The relevant “procedural safeguards” mandated by administrative law include not only natural justice but the broader notion of procedural fairness. And the content of meaningful consultation “appropriate to the circumstances” will be shaped, and in some cases determined, by the terms of the modern land claims agreement. Indeed, the parties themselves may decide therein to exclude consultation altogether in defined situations and the decision to do so would be upheld by the courts where this

[TRADUCTION] [L]es principes du droit administratif ne sont pas conçus pour s’appliquer au cas tout à fait particulier de l’histoire des relations entre la Couronne et les Autochtones. Ces principes, malgré leur valeur considérable, ne constituent pas des outils favorisant la réconciliation entre les Autochtones et les autres Canadiens. Ce ne sont pas des instruments par lesquels peuvent s’exprimer les principes relatifs à l’honneur de la Couronne. [transcription, p. 62]

Toutefois, comme l’a précisé le Juge en chef Lamer dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, « les droits ancestraux existent dans les limites du système juridique canadien » (par. 49). Les décideurs administratifs doivent couramment confiner leurs décisions dans les limites constitutionnelles : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256. En l’espèce, les limites constitutionnelles incluent l’honneur de la Couronne et le principe de l’obligation de consulter qui l’appuie.

[46] Le lien entre la doctrine constitutionnelle et les recours de droit administratif a déjà été signalé dans *Nation haïda*, un des premiers arrêts traitant de l’obligation de consulter :

Dans tous les cas, le principe de l’honneur de la Couronne commande que celle-ci agisse de bonne foi et tienne une véritable consultation, qui soit appropriée eu égard aux circonstances. Lorsque vient le temps de s’acquitter de cette obligation, les garanties procédurales de justice naturelle exigées par le droit administratif peuvent servir de guide. [Je souligne; par. 41.]

Les « garanties procédurales » en question qu’exige le droit administratif englobent non seulement la justice naturelle mais aussi la notion plus générale de l’équité procédurale. Et les termes des ententes récentes sur les revendications territoriales suggéreront, et dans certains cas dicteront, le contenu de la véritable consultation « appropriée eu égard aux circonstances ». Les parties elles-mêmes peuvent décider dans ces ententes d’exclure purement et simplement la consultation dans des situations

outcome would be consistent with the maintenance of the honour of the Crown.

[47] The parties in this case proceeded by way of an ordinary application for judicial review. Such a procedure was perfectly capable of taking into account the constitutional dimension of the rights asserted by the First Nation. There is no need to invent a new “constitutional remedy”. Administrative law is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of the First Nation. Moreover, the impact of an administrative decision on the interest of an Aboriginal community, whether or not that interest is entrenched in a s. 35 right, would be relevant as a matter of procedural fairness, just as the impact of a decision on any other community or individual (including Larry Paulsen) may be relevant.

C. *Standard of Review*

[48] In exercising his discretion under the Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act*, the Director was required to respect legal and constitutional limits. In establishing those limits no deference is owed to the Director. The standard of review in that respect, including the adequacy of the consultation, is correctness. A decision maker who proceeds on the basis of inadequate consultation errs in law. Within the limits established by the law and the Constitution, however, the Director’s decision should be reviewed on a standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. In other words, if there was adequate consultation, did the Director’s decision to approve the Paulsen grant, having regard to all the relevant considerations, fall within the range of reasonable outcomes?

précises, et les tribunaux accepteraient cette décision lorsqu’une telle décision serait compatible avec le maintien de l’honneur de la Couronne.

[47] Les parties en l’espèce ont choisi la voie d’une demande ordinaire de contrôle judiciaire. Dans le cadre de cette instance, il était parfaitement possible de prendre en compte la dimension constitutionnelle des droits invoqués par la première nation. Point n’est besoin d’inventer une nouvelle « réparation constitutionnelle ». Le droit administratif est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l’importance voulue aux intérêts constitutionnels de la première nation. De plus, l’incidence d’une décision administrative sur un intérêt d’une communauté autochtone — que cet intérêt fasse ou non partie d’un droit reconnu par l’art. 35 — s’avérerait pertinente au titre de l’équité procédurale, tout comme peut s’avérer pertinente l’incidence d’une décision sur toute autre communauté ou tout autre individu (y compris Larry Paulsen).

C. *Norme de contrôle*

[48] Dans l’exercice des pouvoirs discrétionnaires que lui confèrent la *Loi sur les terres* et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales*, le directeur devait respecter les limites légales et constitutionnelles. En ce qui a trait à la détermination de ces limites, on n’a pas à faire preuve de déférence à l’endroit du directeur. La norme de contrôle à cet égard, y compris à l’égard du caractère adéquat de la consultation, est celle de la décision correcte. Un décideur qui rend une décision fondée sur une consultation inadéquate commet une erreur de droit. Dans les limites établies par le droit et la Constitution, toutefois, la décision du directeur doit être examinée selon la norme de la raisonabilité: *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339. En d’autres mots, s’il y a eu consultation adéquate, la décision du directeur d’approuver la concession de terres à M. Paulsen se situait-elle, compte tenu de toutes les considérations pertinentes, dans la gamme des résultats raisonnables?

D. *The Role and Function of the LSCFN Treaty*

[49] The territorial government and the LSCFN have very different views on this point. This difference lies at the heart of their opposing arguments on the appeal.

[50] The territorial government regards the role of the LSCFN Treaty as having nailed down and forever settled the rights and obligations of the First Nation community as Aboriginal people. The treaty recognized and affirmed the Aboriginal rights surrendered in the land claim. From 1997 onwards, the rights of the Aboriginal communities of the LSCFN, in the government's view, were limited to the treaty. To put the government's position simplistically, what the First Nations negotiated as terms of the treaty is what they get. Period.

[51] The LSCFN, on the other hand, considers as applicable to the Yukon what was said by the Court in *Mikisew Cree*, at para. 54:

Treaty making is an important stage in the long process of reconciliation, but it is only a stage. What occurred at Fort Chipewyan in 1899 was not the complete discharge of the duty arising from the honour of the Crown, but a rededication of it.

And so it is, according to the First Nation, with the treaty-making process in the Yukon that led in 1997 to the ratification of the LSCFN Treaty.

[52] I agree with the territorial government that the LSCFN Treaty is a major advance over what happened in Fort Chipewyan in 1899, both in the modern treaty's scope and comprehensiveness, and in the fairness of the procedure that led up to it. The eight pages of generalities in Treaty No. 8 in 1899 is not the equivalent of the 435 pages of the LSCFN Treaty almost a century later. The LSCFN Treaty provides a solid foundation for reconciliation, and the territorial government is quite correct that the LSCFN Treaty should not simply set the stage for further negotiations from ground zero. Nor is that

D. *Le rôle et la fonction du traité PNLSC*

[49] Le gouvernement territorial et la PNLSC ont des points de vue très différents sur cette question. Cette divergence d'opinion se retrouve au centre même des arguments opposés qu'ils ont invoqués dans le cadre du pourvoi.

[50] Pour le gouvernement territorial, le traité PNLSC a fixé de façon définitive les droits et les obligations de la première nation en tant que peuple autochtone. Le traité a reconnu et confirmé les droits ancestraux cédés dans le cadre de la revendication territoriale. À partir de 1997, les droits des communautés autochtones de la PNLSC, selon le gouvernement, ont été limités à ce qui est prévu par le traité. Pour exprimer en termes simplistes la position du gouvernement, les premières nations obtiennent ce qu'elles ont négocié comme termes des traités, un point c'est tout.

[51] La PNLSC, pour sa part, juge applicable au Yukon ce que la Cour a écrit dans *Première nation crie Mikisew*, par. 54 :

La conclusion de traités est une étape importante du long processus de réconciliation, mais ce n'est qu'une étape. Ce qui s'est passé à Fort Chipewyan en 1899 ne constituait pas un accomplissement parfait de l'obligation découlant de l'honneur de la Couronne, mais une réitération de celui-ci.

Il en va de même, selon la première nation, du processus de conclusion de traités relatifs au Yukon qui a conduit en 1997 à la ratification du traité PNLSC.

[52] Je suis d'accord avec le gouvernement territorial lorsqu'il dit que le traité PNLSC marque un progrès majeur par rapport à ce qui s'est produit à Fort Chipewyan en 1899, tant pour la portée et le caractère global du traité récent que pour la justesse de la procédure qui y a mené. Les huit pages de considérations générales du Traité n° 8 de 1899 ne peuvent équivaloir aux 435 pages du traité PNLSC conclu près d'un siècle plus tard. Le traité PNLSC procure une assise solide à la réconciliation, et le gouvernement territorial a tout à fait raison de soutenir que ce traité ne devrait pas simplement préparer le

the First Nation's position. It simply relies on the principle noted in *Haida Nation* that “[t]he honour of the Crown is always at stake in its dealings with Aboriginal peoples” (para. 16 (emphasis added)). Reconciliation in the Yukon, as elsewhere, is not an accomplished fact. It is a work in progress. The “complete code” position advocated by the territorial government is, with respect, misconceived. As the Court noted in *Mikisew Cree*: “The duty to consult is grounded in the honour of the Crown The honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well, of course” (para. 51).

[53] On this point, *Haida Nation* represented a shift in focus from *Sparrow*. Whereas the Court in *Sparrow* had been concerned about sorting out the consequences of infringement, *Haida Nation* attempted to head off such confrontations by imposing on the parties a duty to consult and (if appropriate) accommodate in circumstances where development might have a significant impact on Aboriginal rights when and if established. In *Mikisew Cree*, the duty to consult was applied to the management of an 1899 treaty process to “take up” (as in the present case) ceded Crown lands for “other purposes”. The treaty itself was silent on the process. The Court held that on the facts of that case the content of the duty to consult was at “the lower end of the spectrum” (para. 64), but that nevertheless the Crown was wrong to act unilaterally.

[54] The difference between the LSCFN Treaty and Treaty No. 8 is not simply that the former is a “modern comprehensive treaty” and the latter is more than a century old. Today's modern treaty will become tomorrow's historic treaty. The distinction lies in the relative precision and sophistication of the modern document. Where adequately resourced and professionally represented parties have sought to order their own affairs, and have

terrain pour d'autres négociations qu'on reprendrait à partir de zéro. Telle n'est pas du reste la position défendue par la première nation. Elle s'appuie simplement sur le principe signalé dans *Nation haïda*, soit que « [l]'honneur de la Couronne est toujours en jeu lorsque cette dernière transige avec les peuples autochtones » (par. 16 (je souligne)). La réconciliation, au Yukon comme ailleurs, n'est pas un fait accompli, mais un chantier permanent. La thèse du « code complet » avancée par le gouvernement territorial est, à mon avis, mal fondée. Comme l'a observé la Cour dans *Première nation crie Mikisew* : « L'obligation de consultation repose sur l'honneur de la Couronne [. . .] L'honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités, bien entendu » (par. 51).

[53] Sur cette question, *Nation haïda* marquait un changement de perspective par rapport à *Sparrow*. Alors que dans *Sparrow*, la Cour s'était employée à dégager les conséquences de la violation, elle a tenté dans *Nation haïda* de prévenir de tels affrontements en imposant aux parties une obligation de consulter et (au besoin) d'accommoder, dans des circonstances où le développement est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur les droits ancestraux lorsque ceux-ci ont été établis. Dans *Première nation crie Mikisew*, l'obligation de consulter a été appliquée à la gestion d'un processus prévu par un traité de 1899, concernant la « prise » (comme dans la présente espèce) pour d'« autres objets », de terres cédées à la Couronne. Le traité lui-même ne mentionnait aucunement le processus en question. La Cour a conclu que si, d'après les faits de l'espèce, le contenu de l'obligation de consulter se situait « au bas du continuum » (par. 64), la Couronne n'en avait pas moins eu tort d'agir de façon unilatérale.

[54] La différence entre le traité PNLSC et le Traité n° 8 ne tient pas uniquement au fait que le premier est un « traité récent global » tandis que le second a été conclu il y a plus d'un siècle. Le traité récent d'aujourd'hui deviendra le traité historique de demain. La distinction réside plutôt dans la précision et la complexité relatives du document récent. Lorsque des parties bénéficiant de ressources suffisantes et de l'aide de professionnels ont tenté de

given shape to the duty to consult by incorporating consultation procedures into a treaty, their efforts should be encouraged and, subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown, the Court should strive to respect their handiwork: *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557.

[55] However, the territorial government presses this position too far when it asserts that unless consultation is specifically required by the Treaty it is excluded by negative inference. Consultation in some meaningful form is the necessary foundation of a successful relationship with Aboriginal people. As the trial judge observed, consultation works “to avoid the indifference and lack of respect that can be destructive of the process of reconciliation that the Final Agreement is meant to address” (para. 82).

[56] The territorial government would have been wrong to act unilaterally. The LSCFN had existing treaty rights in relation to the land Paulsen applied for, as set out in s. 16.4.2 of the LSCFN Treaty:

Yukon Indian People shall have the right to harvest for Subsistence within their Traditional Territory . . . all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0, subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements.

The Crown land was subject to being taken up for other purposes (as in *Mikisew Cree*), including agriculture, but in the meantime the First Nation had a continuing treaty interest in Crown lands to which their members continued to have a treaty right of access (including but not limited to the Paulsen plot). It was no less a treaty interest because it was defeasible.

mettre de l'ordre dans leurs propres affaires et ont donné forme à l'obligation de consulter en incorporant dans un traité la procédure de consultation, il convient d'encourager leurs efforts et, sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l'honneur de la Couronne, la Cour devrait essayer de respecter le fruit de leur travail : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557.

[55] Cependant, le gouvernement territorial pousse trop loin cette thèse lorsqu'il prétend que la consultation qui n'est pas spécifiquement requise par le traité est exclue par inférence négative. Une consultation digne de ce nom demeure le fondement nécessaire d'une relation réussie avec les peuples autochtones. Comme le juge de première instance l'a pertinamment fait remarquer, la consultation permet [TRADUCTION] « d'éviter l'indifférence et le manque de respect susceptibles d'anéantir le processus de réconciliation que l'entente définitive est censée établir » (par. 82).

[56] Le gouvernement territorial aurait eu tort d'agir de façon unilatérale. La PNLSC avait des droits existants issus d'un traité à l'égard de la parcelle visée par la demande de M. Paulsen, comme l'indique l'art. 16.4.2 du traité PNLSC :

Les Indiens du Yukon ont le droit de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel [. . .] toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0, sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement.

Les terres de la Couronne pouvaient être prises à d'autres fins (comme dans *Première nation crie Mikisew*) et notamment à des fins d'agriculture, mais entre-temps, la première nation conservait un intérêt issu d'un traité sur les terres de la Couronne à l'égard desquelles ses membres avaient toujours un droit d'accès issu d'un traité (y compris la parcelle de M. Paulsen). La possibilité que cet intérêt soit supprimé n'en faisait pas moins un intérêt issu d'un traité.

[57] The decision maker was required to take into account the impact of allowing the Paulsen application on the concerns and interests of members of the First Nation. He could not take these into account unless the First Nation was consulted as to the nature and extent of its concerns. Added to the ordinary administrative law duties, of course, was the added legal burden on the territorial government to uphold the honour of the Crown in its dealings with the First Nation. Nevertheless, given the existence of the treaty surrender and the legislation in place to implement it, and the decision of the parties not to incorporate a more general consultation process in the LSCFN Treaty itself, the content of the duty of consultation (as found by the Court of Appeal) was at the lower end of the spectrum. It was not burdensome. But nor was it a mere courtesy.

E. *The Source of the Duty to Consult Is External to the LSCFN Treaty*

[58] The LSCFN Treaty dated July 21, 1997, is a comprehensive lawyerly document. The territorial government argues that the document refers to the duty to consult in over 60 different places but points out that none of them is applicable here (although the implementation of Chapter 12, which was left to subsequent legislative action, did not foreclose the possibility of such a requirement).

[59] There was considerable discussion at the bar about whether the duty to consult, if it applies at all, should be considered an implied term of the LSCFN Treaty or a duty externally imposed as a matter of law.

[60] The territorial government takes the view that terms cannot be implied where the intention of the parties is plainly inconsistent with such an outcome. In this case, it says, the implied term is negated by the parties' treatment of consultation throughout the treaty and its significant absence

[57] Le décideur était tenu de prendre en compte les conséquences qu'aurait le fait d'accorder la demande de M. Paulsen sur les préoccupations et les intérêts des membres de la première nation. Or, il ne pouvait pas le faire sans que la première nation ne soit consultée au sujet de la nature et de la portée de ses préoccupations. S'ajoutait bien sûr aux obligations habituelles ressortissant au droit administratif, l'obligation légale du gouvernement territorial de préserver l'honneur de la Couronne dans ses relations avec la première nation. Néanmoins, étant donné l'existence de la cession opérée par le traité et les textes législatifs adoptés en vue de la mise en œuvre de celui-ci, ainsi que la décision des parties de ne pas incorporer dans le traité PNLSC lui-même un processus de consultation d'un caractère plus général, le contenu de l'obligation de consultation se situait (comme l'a conclu la Cour d'appel) au bas du continuum. Il ne s'agissait pas d'une obligation exigeante. Mais ce n'était pas non plus une simple affaire de courtoisie.

E. *La source de l'obligation de consulter est extrinsèque au traité PNLSC*

[58] Le traité PNLSC, daté du 21 juillet 1997, est un document à caractère juridique des plus détaillé. Le gouvernement territorial fait valoir qu'il est fait mention de l'obligation de consulter à plus de 60 endroits différents dans ce document, mais qu'aucun de ces cas n'est applicable en l'espèce (même si la mise en œuvre du chapitre 12, laissée en suspens dans l'attente d'une mesure législative, n'écartait pas la possibilité d'une telle obligation).

[59] On a longuement débattu, à l'audience, la question de savoir si l'obligation de consulter, à supposer qu'elle soit applicable d'une quelconque façon, devrait être considérée comme une clause implicite du traité PNLSC ou comme une obligation juridique extérieure au traité.

[60] Pour le gouvernement territorial, il ne saurait y avoir de clause implicite qui serait à l'évidence incompatible avec l'intention des parties. En l'espèce, plaide-t-il, la clause implicite est contredite par la manière dont les parties ont abordé la consultation dans l'ensemble du traité et par l'absence

in the case of land grants. The necessary “negative inference”, argues the territorial government, is that failure to include it was intentional.

[61] I think this argument is unpersuasive. The duty to consult is treated in the jurisprudence as a means (in appropriate circumstances) of upholding the honour of the Crown. Consultation can be shaped by agreement of the parties, but the Crown cannot contract out of its duty of honourable dealing with Aboriginal people. As held in *Haida Nation* and affirmed in *Mikisew Cree*, it is a doctrine that applies independently of the expressed or implied intention of the parties.

[62] The argument that the LSCFN Treaty is a “complete code” is untenable. For one thing, as the territorial government acknowledges, nothing in the text of the LSCFN Treaty authorizes the making of land grants on Crown lands to which the First Nation continues to have treaty access for subsistence hunting and fishing. The territorial government points out that authority to alienate Crown land exists in the general law. This is true, but the general law exists outside the treaty. The territorial government cannot select from the general law only those elements that suit its purpose. The treaty sets out rights and obligations of the parties, but the treaty is part of a special relationship: “In all its dealings with Aboriginal peoples, from the assertion of sovereignty to the resolution of claims and the implementation of treaties, the Crown must act honourably” (*Haida Nation*, at para. 17 (emphasis added)). As the text of s. 35(3) makes clear, a modern comprehensive land claims agreement is as much a treaty in the eyes of the Constitution as are the earlier pre- and post-Confederation treaties.

[63] At the time the Paulsen application was pending, the implementation of the LSCFN Treaty was in transition. It contemplates in Chapter 12

significative de celle-ci dans le cas de la concession de terres. La nécessaire « inférence négative », soutient le gouvernement territorial, est que le fait de ne pas prévoir la consultation était intentionnel.

[61] Cet argument ne me paraît pas convaincant. L’obligation de consulter est considérée, dans la jurisprudence, comme un moyen de préserver l’honneur de la Couronne (lorsque cela s’avère indiqué). Les parties ont la possibilité de s’entendre sur les modalités de la consultation, mais la Couronne ne peut pas se soustraire à son obligation de traiter honorablement avec les Autochtones. Cette doctrine, comme nous l’avons affirmé dans *Nation haïda* et confirmé dans *Première nation crie Mikisew*, s’applique indépendamment de l’intention expresse ou implicite des parties.

[62] L’argument suivant lequel le traité PNLSC est un « code complet » ne tient pas. D’une part, comme le reconnaît le gouvernement territorial, le texte du traité PNLSC n’autorise d’aucune manière l’octroi de terres de la Couronne à l’égard desquelles la première nation continue de jouir, en vertu du traité, d’un droit d’accès à des fins de chasse et de pêche de subsistance. Le gouvernement territorial souligne que le pouvoir d’aliéner des terres de la Couronne existe selon le droit commun. C’est vrai, mais le droit commun existe à l’extérieur du traité. Le gouvernement territorial ne peut pas retenir uniquement, dans le droit commun, les éléments qui lui conviennent. Le traité énonce les droits et les obligations des parties, tout en s’inscrivant dans une relation spéciale : « Dans tous ses rapports avec les peuples autochtones, qu’il s’agisse de l’affirmation de sa souveraineté, du règlement de revendications ou de la mise en œuvre de traités, la Couronne doit agir honorablement » (*Nation haïda*, par. 17 (je souligne)). Comme il ressort clairement du texte du par. 35(3), une entente récente relative à des revendications globales constitue, du point de vue de la Constitution, un traité au même titre que les anciens traités conclus avant et après la Confédération.

[63] Au moment où la demande de M. Paulsen était à l’étude, la mise en œuvre du traité PNLSC était dans une phase de transition. Le chapitre 12

the enactment of a “development assessment process” to implement the treaty provisions. This was ultimately carried into effect in the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”). The territorial government acknowledges that the YESAA would have applied to the Paulsen application. Part 2 of the Act (regarding the assessment process) did not come into force until after the Paulsen application was approved (s. 134). The treaty required the government to introduce the law within two years of the date of the settlement legislation (s. 12.3.4). This was not done. The subsequent legislative delay did not empower the territorial government to proceed without consultation.

[64] The purpose of the YESAA is broadly stated to “[give] effect to provisions of the Umbrella Final Agreement respecting assessment of environmental and socio-economic effects” by way of a “comprehensive, neutrally conducted assessment process” (s. 5) where “an authorization or the grant of an interest in land” would be required (s. 47(2)(c)). The neutral assessor is the Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Board, to which (excluding the chair) the Council for Yukon Indians would nominate half the members and the territorial government the other half. The Minister, after consultation, would appoint the chair.

[65] The territorial government contends that this new arrangement is intended to satisfy the requirement of consultation on land grants in a way that is fair both to First Nations and to the other people of the Yukon. Assuming (without deciding) this to be so, the fact remains that no such arrangement was in place at the relevant time.

[66] In the absence of the agreed arrangement, consultation was necessary in this case to uphold the honour of the Crown. It was therefore imposed as a matter of law.

envisage l’adoption d’un « processus d’évaluation des activités de développement » en vue de la mise en œuvre des dispositions du traité. Cette mise en œuvre a finalement été accomplie par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« LÉESY »). Le gouvernement territorial reconnaît que la LÉESY se serait appliquée à la demande de M. Paulsen. La partie 2 de cette loi (concernant le processus d’évaluation) n’est entrée en vigueur qu’après l’approbation de la demande en question (art. 134). Le gouvernement était tenu, aux termes du traité, d’édicter une mesure législative dans les deux ans suivant l’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre (art. 12.3.4). Il ne l’a pas fait. Le retard législatif subséquent ne donnait pas au gouvernement territorial le pouvoir d’agir sans consultation.

[64] La LÉESY vise d’une manière générale à « met[tre] en œuvre diverses dispositions de l’accord-cadre relatives à l’évaluation des effets sur l’environnement ou la vie socioéconomique » par l’instauration d’un « processus complet et impartial d’évaluation » (art. 5) lorsque « l’autorisation [. . .] ou l’attribution [. . .] de droits fonciers » serait nécessaire (al. 47(2)(c)). L’évaluateur neutre est l’Office d’évaluation environnementale et socioéconomique du Yukon, dont les membres (sauf le président) seraient nommés pour moitié par le Conseil des Indiens du Yukon et pour l’autre moitié par le gouvernement territorial. Le ministre nommerait le président après consultation.

[65] Selon le gouvernement territorial, ce nouveau régime vise à répondre à l’exigence de consultation au sujet de la concession de terres d’une façon équitable à la fois pour les premières nations et pour les autres habitants du Yukon. En supposant que tel soit le cas (je ne me prononce pas sur la question), il n’en demeure pas moins que le régime en question n’était pas en vigueur à l’époque en cause.

[66] En l’absence du régime sur lequel on s’était entendu, la consultation était nécessaire en l’espèce pour préserver l’honneur de la Couronne. Elle était donc imposée par le droit.

F. *The LSCFN Treaty Does Not Exclude the Duty to Consult and, if Appropriate, Accommodate*

[67] When a modern treaty has been concluded, the first step is to look at its provisions and try to determine the parties' respective obligations, and whether there is some form of consultation provided for in the treaty itself. If a process of consultation has been established in the treaty, the scope of the duty to consult will be shaped by its provisions.

[68] The territorial government argues that a mutual objective of the parties to the LSCFN Treaty was to achieve certainty, as is set out in the preamble:

... the parties to this Agreement wish to achieve certainty with respect to the ownership and use of lands and other resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory;

the parties wish to achieve certainty with respect to their relationships to each other

Moreover the treaty contains an "entire agreement" clause. Section 2.2.15 provides that

Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.

[69] However, as stated, the duty to consult is not a "collateral agreement or condition". The LSCFN Treaty *is* the "entire agreement", but it does not exist in isolation. The duty to consult is imposed as a matter of law, irrespective of the parties' "agreement". It does not "affect" the agreement itself. It is simply part of the essential legal framework within which the treaty is to be interpreted and performed.

[70] The First Nation points out that there is an express exception to the "entire agreement" clause in the case of "existing or future constitutional rights", at s. 2.2.4:

Subject to 2.5.0, 5.9.0, 5.10.1 and 25.2.0, Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal

F. *Le traité PNLSC n'exclut pas l'obligation de consulter et, au besoin, d'accommoder*

[67] Lorsqu'un traité récent a été conclu, la première étape consiste à en examiner les dispositions et à tenter de déterminer les obligations respectives des parties et l'existence, dans le traité lui-même, d'une forme quelconque de consultation. Si un processus de consultation a été établi dans le traité, les dispositions du traité indiqueront la portée de l'obligation de consulter.

[68] Le gouvernement territorial plaide que la certitude constituait un objectif mutuel des parties au traité PNLSC, comme l'indique le préambule :

... les parties à la présente entente désirent définir avec certitude les droits de propriété et d'utilisation des terres et autres ressources du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks;

les parties à la présente entente désirent définir avec certitude leurs rapports les unes avec les autres . . .

Qui plus est, le traité renferme une clause du type « intégralité de l'entente », soit l'art. 2.2.15 :

Chaque entente portant règlement constitue l'entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n'existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière.

[69] Toutefois, l'obligation de consulter ne constitue pas, comme je l'ai indiqué, une « convention accessoire ou condition ». Le traité PNLSC *constate* effectivement l'« entente complète », mais il n'existe pas isolément. L'obligation de consulter est imposée par le droit sans égard à l'« entente » conclue entre les parties. Elle ne « touche » pas l'entente elle-même. Elle fait simplement partie du cadre juridique essentiel dans lequel le traité doit être interprété et exécuté.

[70] La première nation souligne qu'une exception à la clause de l'« entente complète » est expressément prévue à l'art. 2.2.4, pour les « droits constitutionnels — existants ou futurs » :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 et 25.2.0 et de l'article 5.10.1, les ententes portant règlement n'ont pas pour

people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

Section 2.2.4 applies, the LSCFN argues, because the duty of consultation is a new constitutional duty and should therefore be considered a “future” constitutional right within the scope of the section.

[71] As discussed, the applicable “existing or future *constitutional* right” is the right of the Aboriginal parties to have the treaty performed in a way that upholds the honour of the Crown. That principle is readily conceded by the territorial government. However, the honour of the Crown may not *always require consultation*. The parties may, in their treaty, negotiate a different mechanism which, nevertheless, in the result, upholds the honour of the Crown. In this case, the duty applies, the content of which will now be discussed.

G. *The Content of the Duty to Consult*

[72] The adequacy of the consultation was the subject of the First Nation’s cross-appeal. The adequacy of what passed (or failed to pass) between the parties must be assessed in light of the role and function to be served by consultation on the facts of the case and whether that purpose was, on the facts, satisfied.

[73] The Yukon *Lands Act* and the *Territorial Lands (Yukon) Act* created a discretionary authority to make grants but do not specify the basis on which the discretion is to be exercised. It was clear that the Paulsen application might *potentially* have an adverse impact on the LSCFN Treaty right to have access to the 65 hectares for subsistence “harvesting” of fish and wildlife, and that such impact would include the First Nation’s beneficial use of the surrounding Crown lands to which its members have a continuing treaty right of access. There was at least the possibility that the impact would be significant in economic and cultural terms. The Director was then required, as a matter of both

effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

L’article 2.2.4 s’applique, soutient la PNLSC, parce que l’obligation de consultation est une nouvelle obligation constitutionnelle et devrait donc être considérée comme un droit constitutionnel « futur » tombant dans le champ d’application de cet article.

[71] Comme nous l’avons vu, le « droit *constitutionnel* existant ou futur » applicable est le droit des parties autochtones à ce que le traité soit exécuté d’une manière propre à préserver l’honneur de la Couronne. Ce principe est admis volontiers par le gouvernement territorial. Toutefois, l’honneur de la Couronne peut ne pas *toujours exiger la consultation*. Les parties peuvent, dans leur traité, négocier un mécanisme différent qui permet malgré tout, dans son résultat, de préserver l’honneur de la Couronne. En l’espèce, l’obligation s’applique, et j’en viens maintenant à l’examen de son contenu.

G. *Le contenu de l’obligation de consulter*

[72] Le pourvoi incident de la première nation porte sur le caractère adéquat de la consultation. Ce qui s’est passé (ou ne s’est pas passé) entre les parties doit être évalué à la lumière du rôle et de la fonction de la consultation au regard des faits de l’espèce, et de la question de savoir si cet objectif a été rempli au regard des faits.

[73] La *Loi sur les terres* du Yukon et la *Loi du Yukon sur les terres territoriales* ont institué un pouvoir discrétionnaire de concession de terres, mais sans préciser la base sur laquelle ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé. Il ne faisait de doute que la demande de M. Paulsen était *susceptible* d’avoir des incidences négatives sur le droit d’accès aux 65 hectares conféré par le traité PNLSC pour la « récolte » de poissons et d’animaux sauvages à des fins de subsistance, incidences comprenant l’usage bénéficiaire par la première nation des terres de la Couronne avoisinantes auxquelles ses membres continuent d’avoir un droit d’accès en vertu du traité. Il existait au moins une possibilité que ces

compliance with the legal duty to consult based on the honour of the Crown *and* procedural fairness to be informed about the nature and severity of such impacts before he made a decision to determine (amongst other things) whether accommodation was necessary or appropriate. The purpose of consultation was not to reopen the LSCFN Treaty or to renegotiate the availability of the lands for an agricultural grant. Such availability was already established in the Treaty. Consultation was required to help manage the important ongoing relationship between the government and the Aboriginal community in a way that upheld the honour of the Crown.

[74] This “lower end of the spectrum” approach is consistent with the LSCFN Treaty itself which sets out the elements the parties themselves regarded as appropriate regarding consultation (where consultation is required) as follows:

“Consult” or “Consultation” means to provide:

- (a) to the party to be consulted, notice of a matter to be decided in sufficient form and detail to allow that party to prepare its views on the matter;
- (b) a reasonable period of time in which the party to be consulted may prepare its views on the matter, and an opportunity to present such views to the party obliged to consult; and
- (c) full and fair consideration by the party obliged to consult of any views presented.

(LSCFN Treaty, Chapter 1)

At the hearing of this appeal, counsel for the First Nation contended that the territorial government has “to work with the Aboriginal people to understand what the effect will be, and then they have to try and minimize it” (transcript, at p. 48 (emphasis added)). It is true that these treaties were negotiated prior to *Haida Nation* and *Mikisew Cree*, but it must have been obvious to the negotiators that

incidences soient importantes sur les plans économique et culturel. Le directeur était par conséquent tenu, pour se conformer à l’obligation juridique de consulter fondée sur l’honneur de la Couronne *et* au nom de l’équité procédurale, d’être informé de la nature et de la gravité de telles incidences avant de prendre une décision, pour déterminer (entre autres choses) si des accommodements étaient nécessaires ou appropriés. La consultation n’avait pas pour objet de rouvrir le traité PNLSC ou de renégocier la possibilité de concéder les terres à des fins agricoles. Cette possibilité était déjà prévue au traité. La consultation était requise afin de faciliter la gestion de la relation importante entre le gouvernement et la communauté autochtone en conformité avec la préservation de l’honneur de la Couronne.

[74] Cette approche au « bas du continuum » est conforme au traité PNLSC lui-même, qui précise les éléments considérés par les parties elles-mêmes comme constituant une consultation appropriée (lorsqu’une consultation est nécessaire) :

« consulter » ou « consultation » La procédure selon laquelle :

- a) un avis suffisamment détaillé concernant la question à trancher doit être communiqué à la partie devant être consultée afin de lui permettre de préparer sa position sur la question;
- b) la partie devant être consultée doit se voir accorder un délai suffisant pour lui permettre de préparer sa position sur la question, ainsi que l’occasion de présenter cette position à la partie obligée de tenir la consultation;
- c) la partie obligée de tenir la consultation doit procéder à un examen complet et équitable de toutes les positions présentées.

(Traité PNLSC, chapitre 1)

Lors de l’audition du pourvoi, l’avocat de la première nation a soutenu que le gouvernement territorial doit [TRADUCTION] « s’efforcer, de concert avec les peuples autochtones, de comprendre quels seront les effets, et ensuite il doit essayer de les réduire au minimum » (transcription, p. 48 (je souligne)). Il est vrai que ces traités ont été négociés avant les arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*, mais

there is a substantial difference between imposing on a decision maker a duty to provide “full and fair consideration” of the First Nation’s “views” and (on the other hand) an obligation to try “to understand what the effect will be, and then . . . to try and minimize it”. It is the former formulation which the parties considered sufficient and appropriate. Even in the absence of treaty language, the application of *Haida Nation* and *Mikisew Cree* would have produced a similar result.

[75] In my view, the negotiated definition is a reasonable statement of the content of consultation “at the lower end of the spectrum”. The treaty does not apply directly to the land grant approval process, which is not a treaty process, but it is a useful indication of what the parties themselves considered fair, and is consistent with the jurisprudence from *Haida Nation* to *Mikisew Cree*.

H. *There Was Adequate Consultation in This Case*

[76] The First Nation acknowledges that it received appropriate notice and information. Its letter of objection dated July 27, 2004, set out its concerns about the impact on Trapline #143, a cabin belonging to Roger Rondeau (who was said in the letter to have “no concerns with the application”) as well as Johnny Sam’s cabin, and “potential areas of heritage and cultural interest” that had not however “been researched or identified”. The letter recommended an archaeological survey for this purpose (this was subsequently performed *before* the Paulsen application was considered and approved by the Director). Nothing was said in the First Nation’s letter of objection about possible inconsistency with the FWMP, or the need to preserve the 65 hectares for educational purposes.

il devait être évident pour les négociateurs qu’il existe une différence substantielle entre, d’une part, le fait d’imposer à un décideur une obligation de procéder à « un examen complet et équitable » des « positions » de la première nation, et, d’autre part, une obligation de s’efforcer [TRADUCTION] « de comprendre quels seront les effets, et ensuite [. . .] essayer de les réduire au minimum ». C’est la première de ces obligations que les parties ont considérée comme suffisante et appropriée. Même en l’absence de clauses au traité, l’application des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew* aurait produit un résultat semblable.

[75] À mon avis, la définition négociée constitue un énoncé raisonnable du contenu de la consultation « au bas du continuum ». Le traité ne régit pas directement le processus d’approbation des concessions de terres, qui ne relève pas d’un traité, mais il indique de façon utile ce que les parties elles-mêmes jugeaient équitable, et il est conforme à la jurisprudence des arrêts *Nation haïda* et *Première nation crie Mikisew*.

H. *Il y a eu une consultation adéquate en l’espèce*

[76] La première nation reconnaît avoir reçu un avis suffisant et l’information utile. Sa lettre d’opposition datée du 27 juillet 2004 faisait état de ses préoccupations au sujet des incidences de la concession de la parcelle sur le territoire de piégeage n° 143, sur une cabane appartenant à Roger Rondeau (chez qui, d’après la lettre, [TRADUCTION] « la demande [ne suscitait] aucune inquiétude ») ainsi que sur la cabane de Johnny Sam, et sur [TRADUCTION] « des zones pouvant présenter un intérêt patrimonial et culturel » mais qui n’avaient pas « été identifiées » ou n’avaient pas « fait l’objet de recherches ». La lettre recommandait qu’on procède à cette fin à une reconnaissance archéologique (reconnaissance qui a eu lieu par la suite, *avant* l’examen et l’approbation, par le directeur, de la demande de M. Paulsen). Nulle part dans la lettre d’opposition de la première nation n’était-il fait mention d’une possible non-conformité avec le PGRHF, ou de la nécessité de préserver les 65 hectares à des fins éducatives.

[77] The concerns raised in the First Nation's letter of objection dated July 27, 2004, were put before the August 13, 2004 meeting of LARC (which the First Nation did not attend) and, for the benefit of those not attending, were essentially reproduced in the minutes of that meeting. The minutes noted that "[t]here will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant." The minutes pointed out that Johnny Sam was entitled to compensation under the LSCFN Treaty to the extent the value of Trapline #143 was diminished. The minutes were available to the LSCFN as a member of LARC.

[78] The First Nation complains that its concerns were not taken seriously. It says, for example, the fact that Johnny Sam is eligible for compensation ignores the cultural and educational importance of Trapline #143. He wants the undiminished trapline, not compensation. However, Larry Paulsen also had an important stake in the outcome. The Director had a discretion to approve or not to approve and he was not obliged to decide this issue in favour of the position of the First Nation. Nor was he obliged as a matter of law to await the outcome of the FWMP. The Director had before him the First Nation's concerns and the response of other members of LARC. He was entitled to conclude that the impact of the Paulsen grant on First Nation's interests was not significant.

[79] It is important to stress that the First Nation does not deny that it had full notice of the Paulsen application, and an opportunity to state its concerns through the LARC process to the ultimate decision maker in whatever scope and detail it considered appropriate. Moreover, unlike the situation in *Mikisew Cree*, the First Nation here was consulted as a First Nation through LARC and not as members of the general public. While procedural fairness is a flexible concept and takes into account the

[77] Les préoccupations soulevées dans la lettre d'opposition de la première nation datée du 27 juillet 2004 ont été évoquées lors de la réunion du CEDAT tenue le 13 août 2004 (à laquelle la première nation n'était pas représentée) et ont été décrites, pour l'essentiel, dans le procès-verbal de cette réunion, à l'intention des personnes qui étaient absentes. Il est mentionné dans le procès-verbal qu'[TRADUCTION] « [i]l y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la région, mais elle n'est pas importante. » Il y est également souligné que Johnny Sam avait droit à une indemnisation en vertu du traité PNLSC dans la mesure où la valeur du territoire de piégeage n° 143 se trouvait diminuée. La PNLSC, en tant que membre du CEDAT, pouvait consulter le procès-verbal.

[78] La première nation se plaint de ce que ses préoccupations n'aient pas été prises au sérieux. Elle dit par exemple que le fait que Johnny Sam ait droit à une indemnisation témoigne d'une incompréhension de l'importance du territoire de piégeage n° 143 aux plans culturel et éducatif. Il veut conserver le territoire de piégeage dans son intégralité, et non toucher une indemnisation. L'enjeu était cependant important pour Larry Paulsen également. Le directeur avait le pouvoir discrétionnaire d'approuver ou de ne pas approuver sa demande et il n'était pas obligé de trancher la question en faveur de la position défendue par la première nation. Il n'était pas non plus légalement tenu d'attendre le résultat du PGRHF. Le directeur connaissait les préoccupations de la première nation et la réponse des autres membres du CEDAT. Il était en droit de conclure que la concession à M. Paulsen de la parcelle en question n'avait pas d'incidences importantes sur les intérêts de la première nation.

[79] Il importe de signaler que la première nation ne nie pas avoir reçu un avis suffisant de la demande de M. Paulsen, et avoir eu l'occasion d'exposer, dans toute l'ampleur et la précision jugées appropriées, ses préoccupations au décideur ultime dans le cadre des procédures du CEDAT. De plus, contrairement à la situation en cause dans l'affaire *Première nation crie Mikisew*, la première nation en l'espèce a été consultée dans le cadre du CEDAT en tant que première nation et non en tant que membre du grand

Aboriginal dimensions of the decision facing the Director, it is nevertheless a doctrine that applies as a matter of administrative law to regulate relations between the government decision makers and all residents of the Yukon, Aboriginal as well as non-Aboriginal, Mr. Paulsen as well as the First Nation. On the record, and for the reasons already stated, the requirements of procedural fairness were met, as were the requirements of the duty to consult.

[80] It is impossible to read the record in this case without concluding that the Paulsen application was simply a flashpoint for the pent-up frustration of the First Nation with the territorial government bureaucracy. However, the result of disallowing the application would simply be to let the weight of this cumulative problem fall on the head of the hapless Larry Paulsen (who still awaits the outcome of an application filed more than eight years ago). This would be unfair.

I. *The Duty to Accommodate*

[81] The First Nation's argument is that in this case the legal requirement was not only procedural consultation but substantive accommodation. *Haida Nation* and *Mikisew Cree* affirm that the duty to consult *may* require, in an appropriate case, accommodation. The test is not, as sometimes seemed to be suggested in argument, a duty to accommodate to the point of undue hardship for the non-Aboriginal population. Adequate consultation having occurred, the task of the Court is to review the exercise of the Director's discretion taking into account all of the relevant interests and circumstances, including the First Nation entitlement and the nature and seriousness of the impact on that entitlement of the proposed measure which the First Nation opposes.

[82] The 65-hectare plot had already been reconfigured at government insistence to accommodate

public. Si l'équité procédurale est une notion souple et prend en compte les aspects qui, dans la décision que doit prendre le directeur, touchent directement les Autochtones, il n'en demeure pas moins que cette doctrine s'applique en droit administratif pour encadrer les relations entre les décideurs gouvernementaux et tous les habitants du Yukon, Autochtones comme non-Autochtones, et M. Paulsen comme la première nation. Au vu du dossier et pour les raisons exposées précédemment, les exigences de l'équité procédurale ont été respectées, tout comme celles de l'obligation de consulter.

[80] Il est impossible de parcourir le dossier de cette affaire sans voir dans la demande de M. Paulsen la petite étincelle qui allait faire éclater le mécontentement accumulé par la première nation face à la bureaucratie du gouvernement territorial. Le rejet de cette demande, cependant, ferait simplement porter le poids de ce problème cumulatif à l'infortuné Larry Paulsen (qui attend toujours l'issue d'une demande présentée il y a plus de huit ans). Ce résultat serait injuste.

I. *L'obligation d'accommoder*

[81] La première nation avance que dans la présente affaire, il y avait une obligation juridique non seulement de tenir une consultation au plan procédural, mais d'offrir des mesures concrètes d'accommodement. Il est précisé dans *Nation haïda* et dans *Première nation crie Mikisew* que l'obligation de consulter *peut*, dans certains cas, exiger des accommodements. Le critère ne consiste pas, comme on a parfois semblé le soutenir dans l'argumentation, dans une obligation d'accommoder jusqu'au point où la population non autochtone subit une contrainte excessive. Une consultation adéquate ayant eu lieu, il incombe à la Cour d'examiner la façon dont le directeur a exercé son pouvoir discrétionnaire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des intérêts pertinents, y compris les droits de la première nation ainsi que la nature et la gravité de l'incidence, sur ces droits, de la mesure proposée à laquelle la première nation s'oppose.

[82] La parcelle de 65 hectares avait déjà été redélimitée à la demande pressante du gouvernement

various concerns. The First Nation did not suggest any alternative configuration that would be more acceptable (although it suggested at one point that any farming should be organic in nature). In this case, in its view, accommodation must inevitably lead to rejection of the Paulsen application. However, with respect, nothing in the treaty itself or in the surrounding circumstances gave rise to a requirement of accommodation. The government was “taking up” surrendered Crown land for agricultural purposes as contemplated in the treaty.

[83] The concerns raised by the First Nation were important, but the question before the Director was in some measure a policy decision related to the 1991 Agricultural Policy as well as to whether, on the facts, the impact on the First Nation interests were as serious as claimed. He then had to weigh those concerns against the interest of Larry Paulsen in light of the government’s treaty and other legal obligations to Aboriginal people. It is likely that many, if not most, applications for grants of remote land suitable for raising livestock will raise issues of wildlife habitat, and many grants that interfere with traplines and traditional economic activities will also have a cultural and educational dimension. The First Nation points out that the Paulsen proposed building would trigger a “no-shooting zone” that would affect Johnny Sam’s use of his cabin (as well as his trapline). However, where development occurs, shooting is necessarily restricted, and the LSCFN Treaty is not an anti-development document.

[84] *Somebody* has to bring consultation to an end and to weigh up the respective interests, having in mind the Yukon public policy favouring agricultural development where the rigorous climate of the Yukon permits. The Director is the person with the delegated authority to make the decision whether to approve a grant of land already surrendered by the

pour tenir compte de certaines préoccupations. La première nation n’a suggéré aucune autre délimitation qui lui aurait été plus acceptable (bien qu’elle ait mentionné à un certain moment que toute activité agricole devait être de nature biologique). Dans le cas présent, l’accommodement doit inévitablement, à ses yeux, entraîner le rejet de la demande de M. Paulsen. Toutefois, le traité lui-même ou l’ensemble des circonstances ne donnent en aucun cas ouverture à une obligation d’accommodement. Le gouvernement « prenait » des terres de la Couronne cédées pour qu’elles servent à l’agriculture, ce que le traité envisageait.

[83] Les préoccupations soulevées par la première nation étaient certes importantes, mais la question soumise au directeur constituait dans une certaine mesure une décision touchant à la Politique agricole pour 1991 ainsi qu’à la question de savoir si, d’après les faits, les incidences sur les intérêts de la première nation étaient aussi graves que celle-ci le prétendait. Il devait alors mettre dans la balance ces préoccupations et l’intérêt de Larry Paulsen à la lumière des obligations juridiques (issues de traités ou non) du gouvernement envers les Autochtones. Bon nombre, sinon la plupart, des demandes de concession de terres éloignées propres à l’élevage du bétail susciteront des préoccupations au chapitre de l’habitat faunique, et de nombreuses concessions de terres nuisant aux territoires de piégeage et aux activités économiques traditionnelles auront aussi une dimension culturelle et éducative. La première nation souligne que le bâtiment proposé par M. Paulsen entraînerait la création d’une [TRADUCTION] « zone d’interdiction de chasse » qui entraverait l’utilisation par Johnny Sam de sa cabane (et de son territoire de piégeage). Cependant, le développement a nécessairement pour conséquence des restrictions en matière de chasse, et le traité PNLSC n’est pas un document anti-développement.

[84] Il doit y avoir *quelqu’un* qui met un terme à la consultation et soupèse les intérêts respectifs en jeu en tenant compte de la politique du Yukon favorable au développement de l’agriculture là où le climat rigoureux le permet. Or, le directeur est la personne à qui a été délégué le pouvoir de décider s’il y a lieu d’approuver la concession de terres déjà

First Nation. The purpose of the consultation was to ensure that the Director's decision was properly informed.

[85] The Director did not err in law in concluding that the consultation in this case with the First Nation was adequate.

[86] The advice the Director received from his officials after consultation is that the impact would not be significant. There is no evidence that he failed to give the concerns of the First Nation "full and fair consideration". The material filed by the parties on the judicial review application does not demonstrate any palpable error of fact in his conclusion.

[87] It seems the Director was simply not content to put Mr. Paulsen's interest on the back burner while the government and the First Nation attempted to work out some transitional rough spots in their relationship. He was entitled to proceed as he did.

[88] Whether or not a court would have reached a different conclusion on the facts is not relevant. The decision to approve or not to approve the grant was given by the Legislature to the Minister who, in the usual way, delegated the authority to the Director. His disposition was not unreasonable.

IV. Conclusion

[89] I would dismiss the appeal and cross-appeal, with costs.

English version of the reasons of LeBel and Deschamps JJ. delivered by

[90] DESCHAMPS J. — The Court has on numerous occasions invited governments and Aboriginal peoples to negotiate the precise definitions of Aboriginal rights and the means of exercising them. To protect the integrity of the negotiation process, the Court developed, on the basis of what was

cédées par la première nation. La consultation avait pour but de garantir que la décision du directeur était prise en connaissance de cause.

[85] Le directeur n'a pas commis d'erreur de droit en concluant qu'en l'espèce, la consultation avec la première nation était adéquate.

[86] Selon l'avis reçu de ses fonctionnaires par le directeur après la consultation, les incidences ne seraient pas importantes. Rien n'indique que les préoccupations de la première nation n'ont pas fait l'objet d'un « examen complet et équitable » de sa part. Les documents déposés par les parties lors de la demande de contrôle judiciaire ne révèlent l'existence d'aucune erreur de fait manifeste dans sa conclusion.

[87] Il semble que le directeur était simplement mécontent de mettre en veilleuse le cas de M. Paulsen alors que le gouvernement et la première nation tentaient d'aplanir certaines difficultés liées à la transition dans le cadre de leur relation. Il avait le droit d'agir comme il l'a fait.

[88] Le fait qu'un tribunal judiciaire aurait éventuellement pu arriver à une conclusion différente à partir des mêmes faits n'est pas pertinent. La décision d'approuver ou de ne pas approuver la concession de la parcelle de terre a été confiée par l'assemblée législative au ministre qui, de la façon habituelle, a délégué ce pouvoir au directeur. La décision prise par ce dernier n'était pas déraisonnable.

IV. Conclusion

[89] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et le pourvoi incident, avec dépens.

Les motifs des juges LeBel et Deschamps ont été rendus par

[90] LA JUGE DESCHAMPS — La Cour a maintes fois invité les gouvernements et les peuples autochtones à négocier la définition précise et les modalités d'exercice des droits ancestraux de ces peuples. Afin de protéger l'intégrité du processus de négociation, la Cour a formulé, à partir de ce qui n'était à

originally just one step in the test for determining whether infringements of Aboriginal rights are justifiable, a duty to consult that must be discharged before taking any action that might infringe as-yet-undefined rights. It later expanded the minimum obligatory content of a treaty that is silent regarding how the Crown might exercise those of its rights under the treaty that affect rights granted to the Aboriginal party in the same treaty.

[91] In Yukon, the parties sat down to negotiate. An umbrella agreement and 11 specific agreements were reached between certain First Nations, the Yukon government and the Government of Canada. Through these agreements, the First Nations concerned have taken control of their destiny. The agreements, which deal in particular with land and resources, are of course not exhaustive, but they are binding on the parties with respect to the matters they cover. The Crown's exercise of its rights under the treaty is subject to provisions on consultation. To add a further duty to consult to these provisions would be to defeat the very purpose of negotiating a treaty. Such an approach would be a step backward that would undermine both the parties' mutual undertakings and the objective of reconciliation through negotiation. This would jeopardize the negotiation processes currently under way across the country. Although I agree with Binnie J. that the appeal and cross-appeal should be dismissed, my reasons for doing so are very different.

[92] Mr. Paulsen's application constituted a project to which the assessment process provided for in Chapter 12 of the Little Salmon/Carmacks First Nation Final Agreement ("Final Agreement") applied. Although that process had not yet been implemented, Chapter 12, including the transitional legal rules it contains, had been. Under those rules, any existing development assessment process would remain applicable. The requirements of the processes in question included not only consultation with the First Nation concerned, but also its participation in the assessment of the project. Any such participation would involve a more extensive

l'origine qu'une étape de la justification des atteintes aux droits ancestraux, une obligation de consultation préalable à la prise de mesures pouvant porter atteinte à ces droits non encore définis. Plus tard, elle a élargi le contenu obligationnel minimal d'un traité lorsque celui-ci omettait de prévoir la façon dont la Couronne peut exercer les droits que lui reconnaît un traité et qui ont une incidence sur ceux conférés à la partie autochtone par ce même traité.

[91] Au Yukon, les parties se sont assises ensemble. Un accord-cadre et 11 ententes particulières ont été conclus par des premières nations, le gouvernement du Yukon et le gouvernement du Canada. Ces ententes constituent la concrétisation de la prise en charge par les premières nations concernées de leur destinée. Il va de soi que tout n'est pas prévu dans ces ententes, qui portent tout particulièrement sur les terres et les ressources. En revanche, ce qui l'est lie les parties. L'exercice par la Couronne des droits qui lui sont conférés par le traité fait l'objet dans celui-ci de dispositions concernant la consultation. C'est faire affront à l'objectif même de la négociation d'un traité que d'ajouter à ces dispositions une obligation additionnelle de consultation. Une telle approche constitue un recul, qui a pour effet de saper les engagements pris par les parties l'une à l'égard de l'autre et de miner l'objectif de réconciliation par la négociation. Cet affront met en péril les processus de négociation actuellement en cours d'un bout à l'autre du pays. Si, à l'instar du juge Binnie, je suis d'avis de rejeter l'appel principal et l'appel incident, je le fais cependant pour des motifs fort différents.

[92] La demande de M. Paulsen constituait un projet soumis au processus d'évaluation prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive de la Première nation de Little Salmon/Carmacks (« Entente définitive »). Ce processus n'avait pas été mis en œuvre, mais le chapitre 12 l'avait été, y compris les règles de droit provisoire y figurant. En vertu de ces règles, tout processus existant d'évaluation des activités de développement demeurerait en vigueur. Ces processus prévoyaient non seulement la consultation de la nation autochtone concernée, mais aussi sa participation à l'évaluation du projet. Une telle participation impliquait un niveau de consultation supérieur

consultation than would be required by the common law duty in that regard. Therefore, nothing in this case can justify resorting to a duty other than the one provided for in the Final Agreement.

[93] The Crown's constitutional duty to specifically consult Aboriginal peoples was initially recognized as a factor going to the determination of whether an Aboriginal right was infringed (*Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335), and was later established as one component of the test for determining whether infringements of Aboriginal rights by the Crown were justified: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court was subsequently asked in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, and *Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550, whether such a duty to consult could apply even before an Aboriginal or treaty right is proven to exist. The Court's affirmative answer was based on a desire to encourage the Crown and Aboriginal peoples to negotiate treaties rather than resorting to litigation.

[94] I disagree with Binnie J.'s view that the common law constitutional duty to consult applies in every case, regardless of the terms of the treaty in question. And I also disagree with the appellants' assertion that an external duty to consult can never apply to parties to modern comprehensive land claims agreements and that the Final Agreement constitutes a complete code. In my view, *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, stands for the proposition that the common law constitutional duty to consult Aboriginal peoples applies to the parties to a treaty only if they have said nothing about consultation in respect of the right the Crown seeks to exercise under the treaty. Moreover, it is essential to understand that in this context, the signature of the treaty entails a change in the nature of the consultation. When consultation is provided for in a treaty, it ceases to

à celui qui aurait été fondé sur l'obligation faite par la jurisprudence à cet égard. En conséquence, rien, en l'espèce, ne saurait justifier le recours à une obligation externe à celle prévue par l'Entente définitive.

[93] L'obligation constitutionnelle qui incombe à la Couronne de consulter de façon spéciale les Autochtones est apparue à l'origine comme facteur d'évaluation d'une atteinte à un droit autochtone (*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335), puis a été établie en tant que composante du critère de vérification du caractère justifié des atteintes portées par la première aux droits constitutionnels des seconds : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. Les affaires *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, et *Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)*, 2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550, ont ensuite posé la question de savoir si une telle obligation de consultation pouvait être mise en œuvre avant que soit établie l'existence d'un droit ancestral ou issu de traité. La réponse positive qu'a donnée notre Cour était fondée sur une volonté de favoriser la négociation de traités entre la Couronne et les peuples autochtones plutôt que le recours aux tribunaux.

[94] Si, contrairement au juge Binnie, je ne dis pas que l'obligation constitutionnelle de consultation dégagée par la jurisprudence s'applique dans tous les cas, peu importe les stipulations du traité en cause, je ne dis pas non plus, comme le font les appelants, qu'on peut affirmer qu'une obligation externe de consultation ne saurait jamais s'appliquer aux parties à un accord moderne de règlement de revendication territoriale globale et que l'Entente définitive constitue un code complet. À mon avis, il ressort de l'arrêt *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388, que l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones établie par la jurisprudence ne s'applique aux parties à un traité que si celles-ci ont été silencieuses à cet égard relativement au droit que la Couronne cherche à exercer en vertu du traité. En outre, il est capital de signaler que, dans un tel contexte, un pas est franchi et que

be a measure to prevent the infringement of one or more rights, as in *Haida Nation*, and becomes a duty that applies to the Crown's exercise of rights granted to it in the treaty by the Aboriginal party. This means that where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult applies to treaty rights despite the existence of the treaty — because the parties to the treaty included no provisions in this regard — it represents the minimum obligational content.

[95] Binnie J. has set out the facts. I will return to them only to make some clarifications I consider necessary. For now, I will simply mention that the appellants' position is based on the fact that this case concerns a modern treaty. The appellants argue that in a case involving a modern treaty, the duty to consult is strictly limited to the terms expressly agreed on by the parties and there is no such duty if none has been provided for. In their view, a duty to consult can be found to exist only if the parties have expressly provided for one. The appellants seek not a reversal of the Court of Appeal's ultimate conclusion, but a declaration on the scope of the duty to consult. The respondents, who are also cross-appellants, are asking us to overturn the Court of Appeal's decision and affirm the judgment of the Supreme Court of the Yukon Territory quashing the decision to approve the grant of land to Mr. Paulsen. The respondents submit that the source of the Crown's duty to consult them lies outside the treaty, that is, that the duty derives exclusively from constitutional values and common law principles. According to the respondents, the treaty does not purport to define their constitutional relationship with the Crown, nor does the constitutional duty apply in order to fill a gap in the treaty (R.F., at para. 11). They submit that the common law duty to consult applies because Mr. Paulsen's application would affect their interests. They invoke three interests: a right of access for subsistence harvesting purposes to the land in question in the application, their interest under the treaty in fish and wildlife

la consultation change alors de sens. Lorsqu'elle est prévue par les dispositions d'un traité, la consultation ne constitue plus une mesure visant à prévenir des atteintes à un ou plusieurs droits, comme dans l'affaire *Nation haïda*, mais plutôt une obligation touchant les modalités d'exercice, par la Couronne, des droits que la partie autochtone lui reconnaît par traité. Cela veut donc dire que dans les cas où, comme dans *Mikisew*, l'obligation jurisprudentielle de consultation intervient relativement à des droits issus d'un traité nonobstant l'existence de celui-ci — en raison du défaut des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard —, c'est à titre de contenu obligationnel minimal.

[95] Le juge Binnie a exposé les faits. Je n'y reviendrai que pour y ajouter les précisions qui me paraîtront s'imposer. Pour l'instant, il suffit de rappeler que la thèse des appelants repose sur le fait qu'il s'agit d'un traité moderne. Ils soutiennent que, en présence d'un tel traité, l'obligation de consultation se limite strictement aux modalités dont les parties ont expressément convenu, et que si rien n'a été prévu, il n'y a pas d'obligation. Selon eux, pour pouvoir conclure à l'existence d'une obligation de consulter, il faut que celle-ci ait été explicitement formulée par les parties. Les appelants ne demandent pas l'infirmité de la conclusion ultime de la Cour d'appel, mais plutôt une déclaration sur la portée de l'obligation de consulter. Les intimés, qui sont aussi appelants incidents, sollicitent pour leur part la cassation du jugement de la Cour d'appel. Ils voudraient que soit confirmé le jugement de la Cour suprême du Yukon qui a cassé la décision autorisant la cession de la terre à M. Paulsen. Les intimés soutiennent que l'obligation qu'a la Couronne de les consulter puise sa source à l'extérieur du traité, soit exclusivement dans les valeurs constitutionnelles et les principes de la common law. Pour eux, le traité n'a pas pour objet de définir leurs relations constitutionnelles avec la Couronne et l'obligation constitutionnelle ne sert pas à combler un hiatus dans le traité (m.i., par. 11). Ils soutiennent que l'obligation jurisprudentielle de consultation s'applique parce que la demande de M. Paulsen affecte leurs intérêts. Ils invoquent trois intérêts : un droit d'accès aux fins de récolte non commerciale à la terre faisant l'objet de la demande, leur intérêt dans la gestion

management, and the reduced value of the trapline of the respondent Johnny Sam.

[96] In my view, the answers to the questions before the Court can be found first in the general principles of Aboriginal law and then in the terms of the treaty. To explain my conclusion, I must review the origin, the nature, the function and the specific purpose of the duty being relied on, after which I will discuss what can be learned from a careful review of the treaty.

I. General Principles

[97] In *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 48-82, this Court identified four principles that underlie the whole of our constitution and of its evolution: (1) constitutionalism and the rule of law; (2) democracy; (3) respect for minority rights; and (4) federalism. These four organizing principles are interwoven in three basic compacts: (1) one between the Crown and individuals with respect to the individual's fundamental rights and freedoms; (2) one between the non-Aboriginal population and Aboriginal peoples with respect to Aboriginal rights and treaties with Aboriginal peoples; and (3) a "federal compact" between the provinces. The compact that is of particular interest in the instant case is the second one, which, as we will see, actually incorporates a fifth principle underlying our Constitution: the honour of the Crown.

[98] The Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed in s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The framers of the Constitution also considered it advisable to specify in s. 25 of that same Act that the guarantee of fundamental rights and freedoms to persons and citizens must not be considered to be inherently incompatible with the recognition of special rights for Aboriginal peoples. In other words, the first and second compacts should be interpreted not in a way that brings them into conflict with one another, but rather as being complementary. Finally, s. 35(4) provides that, notwithstanding any other provision of the *Constitution*

des ressources halieutiques et fauniques prévue au traité et la diminution de valeur de la ligne de piégeage que détient l'intimé Johnny Sam.

[96] À mon avis, la réponse aux questions qui sont posées à la Cour se trouve d'abord dans les principes généraux du droit relatif aux Autochtones puis dans les stipulations du traité. Pour expliquer ma conclusion, je dois revenir sur l'origine, la nature, la fonction ainsi que l'objet précis de l'obligation invoquée et sur ce qu'une lecture attentive du traité révèle.

I. Principes généraux

[97] À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 48-82, notre Cour a dégagé quatre principes qui sous-tendent l'ensemble de notre Constitution et de son évolution : (1) le constitutionnalisme et la primauté du droit; (2) la démocratie; (3) le respect des droits des minorités; (4) le fédéralisme. Ces quatre principes structurants s'articulent dans trois pactes fondamentaux : (1) pacte entre l'État et les personnes au sujet des droits et libertés fondamentaux de ces dernières; (2) pacte entre la population allochtone et les peuples autochtones sur le respect des droits ancestraux des seconds et des traités conclus avec eux; (3) « pacte fédératif » entre les provinces. Le pacte qui nous intéresse tout spécialement en l'espèce est le deuxième, dont nous verrons qu'il est, dans les faits, porteur d'un cinquième principe sous-jacent à notre Constitution : l'honneur de la Couronne.

[98] Notre *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 35(1), reconnaît et confirme les droits ancestraux et issus de traités des peuples autochtones du Canada. Le constituant a également jugé bon de préciser, à l'art. 25 de cette même loi, que le fait qu'il reconnaisse des droits et libertés fondamentaux aux personnes et citoyens ne devait pas être jugé en soi incompatible avec la reconnaissance de droits spéciaux aux peuples autochtones. Autrement dit, lorsqu'on interprète les premier et deuxième pactes, il ne faut pas le faire de sorte qu'ils entrent en conflit, mais plutôt qu'ils se complètent. Enfin, le par. 35(4) confirme que, nonobstant toute autre disposition de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

Act, 1982, the Aboriginal and treaty rights recognized and affirmed in s. 35(1) “are guaranteed equally to male and female persons”. The compact relating to the special rights of Aboriginal peoples is therefore in harmony with the other two basic compacts and with the four organizing principles of our constitutional system.

[99] In the case at bar, all the parties are, in one way or another, bound by the Final Agreement, which settles the comprehensive land claim of the Little Salmon/Carmacks First Nation. Section 35(3) of the *Constitution Act, 1982* provides that “in subsection (1)” the expression “treaty rights” includes “rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired”. The appellants’ position is based on one such agreement.

[100] The respondents, intending to rely on *Mikisew*, invoke only the Crown’s common law duty to consult Aboriginal peoples, and not the agreement, which, as can be seen from the transcript of the hearing (at p. 46), they do not allege has been breached; they submit that the purpose of the agreement in the instant case was not to define the parties’ constitutional duties.

[101] Prior consultation was used originally as a criterion to be applied in determining whether an Aboriginal right had been infringed (*Guerin*, at p. 389), and then as one factor in favour of finding that a limit on a constitutional right — whether an Aboriginal or a treaty right — of the Aboriginal peoples in question was justified (*Sparrow*, at p. 1119). The Crown failed to consult Aboriginal peoples at its own risk, so to speak, if it took measures that, should Aboriginal title or an Aboriginal or treaty right be proven to exist, infringed that right.

[102] Then, in *Haida Nation* and *Taku River*, it was asked whether such a duty to consult exists even though the existence of an Aboriginal right has not been fully and definitively established in a court proceeding or the framework for exercising such a right has not been established in a

les droits ancestraux ou issus de traités reconnus et confirmés par le par. 35(1) « sont garantis également aux personnes des deux sexes ». Le pacte relatif aux droits spéciaux des peuples autochtones s’harmonise donc avec les deux autres pactes fondamentaux et avec les quatre principes structurants de notre ordre constitutionnel.

[99] En l’espèce, les parties sont toutes, d’une manière ou d’une autre, liées par l’Entente définitive qui porte règlement de la revendication territoriale globale de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Justement, le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* précise que les « droits issus de traités », « dont il est fait mention au paragraphe (1) », comprennent « les droits existants issus d’accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d’être ainsi acquis. » Les appelants assoient leur position sur un tel accord.

[100] Entendant bien s’appuyer sur l’arrêt *Mikisew*, les intimés n’invoquent quant à eux que l’obligation jurisprudentielle qu’a la Couronne de consulter les Autochtones et non l’accord, à l’égard duquel ils n’allèguent aucune violation, selon ce que révèle la transcription de l’audience (p. 46), et prétendent, en l’espèce, qu’il n’avait pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties.

[101] À l’origine, la consultation préalable a été utilisée comme critère d’évaluation de la violation d’un droit autochtone (*Guerin*, p. 389), puis comme un facteur militant en faveur du caractère justifié de la restriction apportée au droit constitutionnel — ancestral ou issu de traité — des Autochtones concernés (*Sparrow*, p. 1119). Si la Couronne ne consultait pas les Autochtones, c’était pour ainsi dire à ses risques et périls si les mesures qu’elle prenait devait, en cas de preuve de l’existence d’un titre aborigène ou d’un droit ancestral ou issu de traité, se révéler attentatoires à ce droit.

[102] Les affaires *Nation haïda* et *Taku River* ont ensuite posé la question de l’existence d’une telle obligation de consultation, indépendamment de l’établissement complet et définitif d’un droit ancestral au terme d’une instance judiciaire ou d’un processus d’aménagement de ses modalités d’exercice

treaty. Had the answer to this question been no, this would have amounted, in particular, to denying that under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, the rights of Aboriginal peoples are protected by the Constitution even if no court has yet declared that those rights exist and no undertaking has yet been given to exercise them only in accordance with a treaty. A negative answer would also have had the effect of increasing the recourse to litigation rather than to negotiation, and the interlocutory injunction would have been left as the only remedy against threats to Aboriginal rights where the framework for exercising those rights has yet to be formally defined. It was just such a scenario that the Court strove to avoid in *Haida Nation* and *Taku River*, as the Chief Justice made clear in her reasons in *Haida Nation* (paras. 14 and 26).

[103] Thus, the constitutional duty to consult Aboriginal peoples involves three objectives: in the short term, to provide “interim” or “interlocutory” protection for the constitutional rights of those peoples; in the medium term, to favour negotiation of the framework for exercising such rights over having that framework defined by the courts; and, in the longer term, to assist in reconciling the interests of Aboriginal peoples with those of other stakeholders. As one author recently noted, the *raison d’être* of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples is to some extent, if not primarily, to contribute to attaining the ultimate objective of reconciliation through the negotiation of treaties, and in particular of comprehensive land claims agreements (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), at pp. 18 and 41). This objective of reconciliation of course presupposes active participation by Aboriginal peoples in the negotiation of treaties, as opposed to a necessarily more passive role and an antagonistic attitude in the context of constitutional litigation (*Haida Nation*, at para. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), at p. 247). The duty to consult can be enforced in different ways. However, the courts must ensure that this duty is not distorted and invoked in a way that compromises rather than fostering negotiation.

dans un traité. Une réponse négative à cette question aurait notamment eu pour effet de nier que, en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits ancestraux des peuples autochtones bénéficient de la protection de la Constitution, même s’ils n’ont pas encore fait l’objet d’une déclaration judiciaire ou d’un engagement à n’être exercés que conformément aux stipulations d’un traité. Une réponse négative aurait aussi eu pour conséquence d’accroître le recours aux tribunaux plutôt qu’à la négociation et de ne laisser que l’injonction interlocutoire comme seul remède en cas de menace à des droits ancestraux dont les modalités d’exercice n’ont pas encore été formellement définies. C’est un tel scénario qu’a résolument voulu écarter la Cour dans *Nation haïda* et *Taku River*. Ce qui précède se dégage clairement des motifs rédigés par la Juge en chef dans l’affaire *Nation haïda* (par. 14 et 26).

[103] L’obligation constitutionnelle de consulter les Autochtones vise donc trois objectifs : à court terme, assurer la protection « provisoire » ou « interlocutoire » des droits constitutionnels des peuples autochtones; à moyen terme, favoriser la négociation des modalités d’exercice de tels droits plutôt que leur définition par les tribunaux; enfin, à plus long terme, permettre la réconciliation des intérêts respectifs des Autochtones et des autres parties concernées. Comme l’a d’ailleurs récemment souligné un auteur, l’obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones a notamment, sinon principalement, pour raison d’être de contribuer à l’objectif ultime de réconciliation par la négociation de traités, en particulier d’accords de règlement de revendications territoriales globales (D. G. Newman, *The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples* (2009), p. 18 et 41). Cet objectif de réconciliation suppose bien entendu l’exercice, par les Autochtones, d’un rôle actif de nature constituante lors de la négociation de traités plutôt qu’un rôle forcément plus passif et une attitude antagoniste en cas de contentieux constitutionnel (*Nation haïda*, par. 14; S. Grammond, *Aménager la coexistence: Les peuples autochtones et le droit canadien* (2003), p. 247). L’obligation de consultation peut faire l’objet d’une forme ou une autre d’exécution forcée. Les tribunaux doivent toutefois veiller à ce que cette obligation de

That, in my view, would be the outcome if we were to accept the respondents' argument that the treaties, and the Final Agreement in particular, do not purport to define the parties' constitutional duties, including what the Crown party must do to consult the Aboriginal party before exercising its rights under the treaty.

[104] The short-, medium- and long-term objectives of the constitutional duty to consult Aboriginal peoples are all rooted in the same fundamental principle with respect to the rights of Aboriginal peoples, namely the honour of the Crown, which is always at stake in relations between the Crown and Aboriginal peoples (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 24). Obviously, when these relations involve the special constitutional rights of Aboriginal peoples, the honour of the Crown becomes a source of constitutional duties and rights, such as the Crown's duty to consult Aboriginal peoples with respect to their Aboriginal or treaty rights (*R. v. Kapp*, 2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483, at para. 6).

[105] This Court has, over time, substituted the principle of the honour of the Crown for a concept — the fiduciary duty — that, in addition to being limited to certain types of relations that did not always concern the constitutional rights of Aboriginal peoples, had paternalistic overtones (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, at p. 219; *Guerin; Sparrow; Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 183; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation; Taku River Tlingit First Nation; Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 9, *per* McLachlin C.J.; *Mikisew*, at para. 51). Before being raised to the status of a constitutional principle, the honour of the Crown was originally referred to as the "sanctity" of the "word of the white man" (*R. v. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (B.C.C.A.), at p. 649, *aff'd* (1965), 52 D.L.R. (2d) 481 (S.C.C.); see also *R. v. Sioui*,

consultation ne soit pas dénaturée et invoquée d'une manière qui compromette la négociation au lieu de la favoriser. C'est ce qui se produirait, à mon avis, si on retenait l'argument des intimés selon lequel les traités, et plus particulièrement l'Entente définitive, n'ont pas pour objet de définir les obligations constitutionnelles des parties, y compris les modalités de la consultation de la partie autochtone par la partie étatique avant l'exercice par cette dernière des droits que lui reconnaît le traité.

[104] Les différents objectifs — à court, moyen et long terme — de l'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procèdent tous d'un même principe fondamental en ce qui concerne les droits des peuples autochtones : l'honneur de la Couronne, qui est toujours en jeu dans les rapports entre l'État et les peuples autochtones (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 24). De toute évidence, lorsque ces rapports portent sur les droits constitutionnels spéciaux de ces peuples, l'honneur de la Couronne devient alors source d'obligations et de droits constitutionnels, comme c'est le cas pour l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones relativement aux droits ancestraux ou issus de traités de ces derniers (*R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 6).

[105] Dans notre jurisprudence, le principe de l'honneur de la Couronne tend à se substituer à une notion qui possède à la fois une portée se limitant à certains types de rapports n'intéressant pas toujours les droits constitutionnels des Autochtones et des relents de paternalisme, à savoir l'obligation de fiduciaire (*St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, p. 219; *Guerin; Sparrow; Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 183; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda; Première nation Tlingit de Taku River; Mitchell c. M.N.R.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 9, la juge en chef McLachlin; *Mikisew*, par. 51). Avant d'être élevé au rang de principe constitutionnel, l'honneur de la Couronne s'est d'abord entendu du caractère « sacré » de la [TRADUCTION] « parole de l'homme blanc » (*R. c. White* (1964), 50 D.L.R. (2d) 613 (C.A.C.-B.), p. 649, *conf. par* (1965), 52 D.L.R.

[1990] 1 S.C.R. 1025, at p. 1041, and *Province of Ontario v. Dominion of Canada* (1895), 25 S.C.R. 434, at pp. 511-12, *per* Gwynne J. (dissenting)). The honour of the Crown thus became a key principle for the interpretation of treaties with Aboriginal peoples (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at para. 41; *R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393, at paras. 24 and 46; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 78, *per* McLachlin J. (as she then was), dissenting, but not on this issue; *Mikisew*, at para. 51).

[106] Associating the honour of the Crown with the observance of duly negotiated treaties implies that some value is placed on the treaty negotiation process. But for the treaty to have legal value, its force must be such that neither of the parties can disregard it. The principle of the honour of the Crown does not exempt the Aboriginal party from honouring its own undertakings. What is in question here is respect for the ability of Aboriginal peoples to participate actively in defining their special constitutional rights, and for their autonomy of judgment.

[107] To allow one party to renege unilaterally on its constitutional undertaking by superimposing further rights and obligations relating to matters already provided for in the treaty could result in a paternalistic legal contempt, compromise the national treaty negotiation process and frustrate the ultimate objective of reconciliation. This is the danger of what seems to me to be an unfortunate attempt to take the constitutional principle of the honour of the Crown hostage together with the principle of the duty to consult Aboriginal peoples that flows from it.

[108] The Crown does indeed act honourably when it negotiates in good faith with an Aboriginal nation to conclude a treaty establishing how that nation is to exercise its special rights in its traditional territory. Adhering to the principle of the honour of the Crown also requires that in the course of negotiations the Crown consult the Aboriginal party, to an extent that can vary, and in some cases find ways to “accommodate” it, before taking steps or making

(2d) 481 (C.S.C.); voir également *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, p. 1041, et *Province of Ontario c. Dominion of Canada* (1895), 25 R.C.S. 434, p. 511-512, le juge Gwynne (dissident)). L’honneur de la Couronne est ainsi devenu un principe cardinal d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones (*R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, par. 41; *R. c. Sundown*, [1999] 1 R.C.S. 393, par. 24 et 46; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 78, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, mais non sur cette question; *Mikisew*, par. 51).

[106] Associer l’honneur de la Couronne au respect des traités dûment négociés suppose une certaine valorisation du processus de négociation de ces traités. Or, la valeur juridique même du traité dépend de la capacité de celui-ci d’être respecté par les deux parties. Le principe de l’honneur de la Couronne ne dispense pas la partie autochtone de l’obligation d’honorer ses propres engagements. Il en va du respect de la capacité des peuples autochtones de prendre une part active à la définition de leurs droits constitutionnels spéciaux, du respect de leur autonomie de jugement.

[107] Permettre à une partie de revenir unilatéralement sur son engagement constitutionnel en y superposant des droits et obligations additionnels portant sur des matières déjà prévues au traité risque de se traduire par un mépris juridique paternaliste, de compromettre le processus national de négociation de traités et de nuire à la poursuite de l’objectif ultime de réconciliation. Voilà le péril auquel nous expose ce qui me semble être une malheureuse prise en otage du principe constitutionnel de l’honneur de la Couronne et du principe en découlant, l’obligation de consulter les Autochtones.

[108] La Couronne se montre assurément honorable lorsqu’elle négocie de bonne foi avec une nation autochtone un traité précisant les modalités d’exercice des droits spéciaux de celle-ci sur son territoire traditionnel. Le respect du principe de l’honneur de la Couronne exige aussi que, en cas de négociation, cette dernière consulte avec une intensité variable la partie autochtone et, dans certains cas, trouve le moyen de l’« accommoder » avant de prendre des

decisions that could infringe special constitutional rights in respect of which the Crown has already agreed to negotiate a framework for exercising them (*Haida Nation; Taku River*). Since the honour of the Crown is more a normative legal concept than a description of the Crown's actual conduct, it implies a duty on the part of the Crown to consult Aboriginal peoples not only with respect to the Aboriginal rights to which the negotiations actually relate, but also with respect to any Aboriginal right the potential existence of which the Crown can be found to have constructive knowledge, provided, of course, that what it plans to do might adversely affect such rights (*Haida Nation*, at para. 35). As we have seen, this principle also requires that the Crown keep its word and honour its undertakings after a treaty has been signed.

[109] In concluding a treaty, the Crown does not act dishonourably in agreeing with an Aboriginal community on an elaborate framework involving various forms of consultation with respect to the exercise of that community's rights: consultation in the strict sense, participation in environmental and socio-economic assessments, co-management, etc. Nor, in such cases — which are the norm since the signing of the *James Bay and Northern Québec Agreement* in 1975 — does the Crown act dishonourably in concluding a land claim agreement based on Aboriginal rights if it requires the Aboriginal party to agree that no parallel mechanism relating to a matter covered by the treaty will enable that party to renege on its undertakings. Legal certainty is the primary objective of all parties to a comprehensive land claim agreement.

[110] It has sometimes been asserted, incorrectly in my opinion, that in treaty negotiations, the Crown and Aboriginal parties have deeply divergent points of view respecting this objective of legal certainty, which only the Crown is really interested in pursuing. Excessive weight should not be given to the arguments of the parties to this case, as their

mesures ou décisions susceptibles d'attenter à des droits constitutionnels spéciaux dont elle a justement accepté de négocier les modalités d'exercice (*Nation haïda; Taku River*). En réalité, étant davantage un concept juridique normatif qu'un concept descriptif de l'action réelle de la Couronne, l'honneur de la Couronne implique l'obligation pour celle-ci de consulter les Autochtones non seulement au sujet des droits ancestraux effectivement visés par les négociations, mais également au sujet de tout droit ancestral dont la connaissance ou l'existence potentielle peut lui être imputée, pour autant, bien entendu, que les dispositions qu'elle envisage de prendre seraient susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur de tels droits (*Nation haïda*, par. 35). Ce même principe commande aussi, comme nous l'avons vu, que la Couronne tienne parole et respecte ses engagements une fois un traité conclu.

[109] Dans le cadre de la conclusion d'un traité, il n'y a rien de déshonorant pour la Couronne à s'entendre avec une communauté autochtone sur un régime détaillé et multiforme de consultation relative à l'exercice des droits de cette communauté : consultation au sens strict, participation à l'évaluation environnementale et socioéconomique, cogestion, etc. En outre, dans un tel cas — et c'est normalement ce qui se produit depuis la signature de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* en 1975 — lors de la conclusion de tout accord de règlement d'une revendication territoriale fondée sur des droits ancestraux, il n'y a rien non plus de déshonorant de la part de la Couronne à exiger de la partie autochtone qu'aucun régime parallèle relatif à une matière prévue au traité ne permette à celle-ci de revenir sur ses engagements. En effet, la sécurité juridique est l'objectif premier de toutes les parties à un accord portant règlement de revendication territoriale globale.

[110] On a parfois affirmé, à tort selon moi, que, dans la négociation d'un traité, la partie étatique et la partie autochtone divergeaient profondément d'opinions relativement à cet objectif de sécurité juridique, ou « certitude », dont seul l'État aurait à cœur la poursuite. Il ne faut pas accorder un poids démesuré aux thèses avancées par les parties en

positions have clearly become polarized as a result of the adversarial context of this proceeding.

[111] In fact, according to studies commissioned by the United Nations, (1) lack of precision with respect to their special rights continues to be the most serious problem faced by Aboriginal peoples, and (2) Aboriginal peoples attach capital importance to the conclusion of treaties with the Crown (M. Saint-Hilaire, “La proposition d’entente de principe avec les Innus: vers une nouvelle génération de traités?” (2003), 44 *C. de D.* 395, at pp. 397-98). It is also wrong, in my opinion, to say that Aboriginal peoples’ relational understanding of the treaty is incompatible with the pursuit of the objective of legal certainty. On this understanding, that of “treaty making”, the primary purpose of these instruments is to establish a relationship that will have to evolve (M. L. Stevenson, “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., *Speaking Truth to Power: A Treaty Forum* (2001), 113, at p. 121; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). The concept of an agreement that provides certainty is not synonymous with that of a “final agreement”, or even with that of an “entire agreement”. Legal certainty cannot be attained if one of the parties to a treaty can unilaterally renege on its undertakings with respect to a matter provided for in the treaty where there is no provision for its doing so in the treaty. This does not rule out the possibility of there being matters not covered by a treaty with respect to which the Aboriginal party has not surrendered possible Aboriginal rights. Nor does legal certainty imply that an equitable review mechanism cannot be provided for in a treaty.

[112] Thus, it should be obvious that the best way for a court to contribute to ensuring that a treaty fosters, in the words of Binnie J., “a positive long-term relationship between Aboriginal and non-Aboriginal communities” (at para. 10) consists first and foremost in ensuring that the parties cannot unilaterally renege on their undertakings. And once legal certainty has been pursued as a common objective at the negotiation stage, it

l’espèce, qui ont arrêté des positions sans nul doute polarisées par le contexte contradictoire de la présente instance.

[111] En effet, des travaux commandés par l’Organisation des Nations Unies ont révélé que (1) le déficit de précision de leurs droits spéciaux demeurerait le problème le plus important pour les peuples autochtones, en même temps que (2) l’importance capitale que revêt aux yeux de ces peuples la conclusion de traités avec les États (M. Saint-Hilaire, « La proposition d’entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 *C. de D.* 395, p. 397-398). On fait également fausse route, à mon avis, lorsqu’on affirme que la conception relationnelle que se font les Autochtones des traités est incompatible avec la poursuite d’un objectif de sécurité juridique. Suivant cette conception de la [TRADUCTION] « négociation de traités » (« *treaty making* »), ces instruments viseraient principalement à établir une relation qui serait appelée à évoluer (M. L. Stevenson, « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., *Parlons franchement à propos des traités* (2001), 123, p. 132; R. A. Williams, *Linking Arms Together* (1997)). Or, la notion d’« accord sûr » ne coïncide pas avec celle d’« accord définitif », ni même avec celle d’« accord complet ». Il ne saurait y avoir de sécurité juridique si une des parties à un traité pouvait — unilatéralement et sans que cela ne soit prévu au traité — revenir sur ses engagements à l’égard d’une matière prévue à ce traité. Cela ne veut pas dire qu’il ne peut pas exister de matières dont les parties n’auront pas traité et à l’égard desquelles la partie autochtone pourra ne pas avoir renoncé à d’éventuels droits ancestraux. La sécurité juridique n’exclut pas non plus la possibilité de prévoir, dans un traité, un mécanisme équitable de réexamen.

[112] En ce sens, il devrait être évident que la meilleure façon pour les tribunaux de contribuer à ce qu’un traité favorise, comme le souhaite le juge Binnie, « une relation à long terme harmonieuse entre les collectivités autochtones et non autochtones » (par. 10), consiste d’abord et avant tout à s’assurer que les parties ne puissent revenir unilatéralement sur leurs engagements. Et il se trouve que, en aval de sa poursuite en tant qu’objectif partagé à

cannot become a one-way proposition at the stage of implementation of the treaty. On the contrary, certainty with respect to one party's rights implies that the party in question must discharge its obligations and respect the other party's rights. Having laboured so hard, in their common interest, to substitute a well-defined legal system for an uncertain normative system, both the Aboriginal party and the Crown party have an interest in seeing their efforts bear fruit.

[113] Except where actions are taken that are likely to unilaterally infringe treaty rights of an Aboriginal people, it is counterproductive to assert, as the respondents do, that the common law duty to consult continues to apply in all cases, even where a treaty exists. However, the appellants' argument goes much too far. As I explain more fully below, the fact that a treaty has been signed and that it is the entire agreement on some aspects of the relationship between an Aboriginal people and the non-Aboriginal population does not imply that it is a complete code that covers every aspect of that relationship. It is in fact because the agreement in issue does provide that the Aboriginal party has a right to various forms of consultation with respect to the rights the Crown wishes to exercise in this case that rights and obligations foreign to the mechanism provided for in the treaty must not be superimposed on it, and not simply, as the appellants submit, because this is a "modern" treaty constituting a land claims agreement.

[114] It is true that s. 35(3) of the *Constitution Act, 1982* recognizes the existence of a category of treaties, called "land claims agreements", which, in constitutional law, create "treaty" rights within the meaning of s. 35(1). Thus, although the courts will certainly take the context of the negotiation of each treaty into consideration, they will avoid, for example, developing rules specific to each category of treaty identified in the legal literature or by the government (e.g., "peace and friendship" treaties, "pre-Confederation" treaties, "numbered" treaties and "modern" treaties).

l'étape de la négociation, la sécurité juridique ne saurait, à l'étape de la mise en œuvre d'un traité, opérer à sens unique. Au contraire, la sécurité des droits d'une partie implique nécessairement que celle-ci s'acquitte de ses obligations et respecte les droits de l'autre partie. S'étant toutes deux échinées, dans leur intérêt commun, à substituer un système juridique précis à un régime normatif incertain, la partie autochtone et la partie étatique ont toutes deux intérêt à ce que leur œuvre produise ses effets.

[113] Sauf en ce qui concerne la prise de mesures susceptibles d'enfreindre unilatéralement des droits reconnus par traité à un peuple autochtone, il est contre-productif d'affirmer, comme le font les intimés, que l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel demeure toujours applicable, même en présence d'un traité. Cela dit, la thèse des appelants va beaucoup trop loin. Comme je l'explique plus amplement ci-dessous, le fait qu'un traité ait été signé et qu'il s'agisse de l'entente complète sur certains aspects de la relation des Autochtones avec les non-Autochtones ne signifie pas qu'il s'agit d'un code complet couvrant tous les aspects de cette relation. En l'espèce, c'est justement parce que l'accord en cause traite bel et bien des différentes formes de consultation auxquelles a droit la partie autochtone concernant les droits que la Couronne veut exercer qu'il faut se garder de superposer à ce régime des droits et obligations qui lui sont étrangers, et non pas simplement, comme le prétendent les appelants, parce qu'il s'agit d'un traité « moderne » constituant un accord portant règlement de revendications territoriales.

[114] Il est vrai que le par. 35(3) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît l'existence d'une catégorie de traités, appelés « accords sur des revendications territoriales », dont la loi constitutionnelle confirme qu'ils créent des droits « issus de traités » visés au par. 35(1). Cela dit, les tribunaux prendront certes acte du contexte des négociations de chaque traité, mais ils éviteront, par exemple, de dégager des règles particulières pour chaque catégorie de traités reconnue par la doctrine ou l'administration publique (p. ex. traités « de paix et d'amitié », traités « préconfédératifs », traités « numérotés », traités « modernes »).

[115] In *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, LeBel J. and I rejected the date of signature as the criterion for determining the rules of interpretation applicable to treaties entered into with Aboriginal peoples: “. . . the issue relates to the context in which an agreement was negotiated and signed, not to the date of its signature” (para. 114). We arrived at that conclusion because we did not believe that distinct legal meanings flowed from the identification in the legal literature and by the government of various categories of treaties on the basis of the historical periods in which the treaties were signed. This approach was also taken by McLachlin J., dissenting on a different issue, in *Marshall*, as she said that “each treaty must be considered in its unique historical and cultural context”, which “suggests” that the practice of “slot[ting] treaties into different categories, each with its own rules of interpretation . . . should be avoided” (para. 80).

[116] If, in a given case, a court feels freer to maintain a certain critical distance from the words of a treaty and can as a result interpret them in a manner favourable to the Aboriginal party, this will be because it has been established on the evidence, including historical and oral evidence, that the written version of the exchange of promises probably does not constitute an accurate record of all the rights of the Aboriginal party and all the duties of the Crown that were created in that exchange. It is true that, where certain time periods are concerned, the context in which the agreements were reached will more readily suggest that the words are not faithful. But this is a question that relates more to the facts than to the applicable law, which is, in the final analysis, concerned with the common intention of the parties. From a legal standpoint, a comprehensive land claim agreement is still a treaty, and nothing, not even the fact that the treaty belongs to a given “category”, exempts the court from reading and interpreting the treaty in light of the context in which it was concluded in order to identify the parties’ common intention. This Court has had occasion to mention that, even where the oldest of treaties are involved, the interpretation “must be realistic and reflect the intention

[115] Dans *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557, le juge LeBel et moi avons rejeté la date de conclusion comme critère déterminant les règles d’interprétation des traités conclus avec les Autochtones : « . . . le choix de la méthode d’interprétation se rattache au contexte de la négociation et de la signature d’un accord, et non à la date à laquelle il a été signé » (par. 114). Cette conclusion procédait d’un refus de reconnaître une signification juridique autonome ou immédiate aux diverses catégories de traités que la doctrine et l’administration publique ont établies sur la base d’un découpage historique. Cette approche a aussi été défendue par la juge McLachlin, dissidente sur une autre question, qui a affirmé, dans l’arrêt *Marshall*, que « chaque traité doit être examiné à la lumière de son contexte historique et culturel particulier », principe qui « tend à indiquer » que la pratique consistant à « classer les traités en diverses catégories, dont chacune aurait ses propres règles d’interprétation [. . .] devrait être évitée » (par. 80).

[116] Dans les cas où les tribunaux se sentiront davantage libres de prendre une certaine distance critique par rapport au texte d’un traité et pourront, de ce fait, l’interpréter d’une manière favorable à la partie autochtone, ce sera parce que la preuve, y compris la preuve historique et orale, aura établi qu’il est probable que la version écrite de l’échange de promesses ne consigne pas fidèlement tous les droits de la partie autochtone et toutes les obligations de la Couronne qu’a créés cet échange. Il est vrai que, pour certaines époques, le contexte de conclusion des accords suggérera plus facilement l’existence d’une telle infidélité du texte. Mais cela ressortit davantage aux faits qu’au droit applicable, lequel s’attache en dernière analyse à l’intention commune des parties. Du point de vue juridique, les accords de règlement de revendications territoriales globales demeurent des traités. Et rien, pas même l’appartenance du traité à une « catégorie » donnée, ne dispense de lire et d’interpréter ce traité à la lumière du contexte de sa conclusion afin de dégager l’intention commune des parties. La Cour a d’ailleurs eu l’occasion de rappeler que, même lorsqu’il s’agit de traités plus anciens, l’interprétation « doit être réaliste et refléter l’intention des deux parties et non seulement celle [de la première

of both parties, not just that of the [First Nation]” (*Sioui*, at p. 1069). I would even say that it would be wrong to think that the negotiating power of Aboriginal peoples is directly related to the time period in which the treaty was concluded, as certain Aboriginal nations were very powerful in the early years of colonization, and the European newcomers had no choice but to enter into alliances with them.

[117] My finding with regard to the interpretation of treaties is equally applicable to the relationship between treaties and the law external to them or, in other words, to the application to treaties of the rules relating to conflicting legislation: the mere fact that a treaty belongs to one “category” or another cannot mean that a different set of rules applies to it in this regard. The appellants’ invitation must therefore be declined: even when the treaty in issue is a land claims agreement, the Court must first identify the common intention of the parties and then decide whether the common law constitutional duty to consult applies to the Aboriginal party.

[118] Thus, the basis for distinguishing this case from *Mikisew* is not the mere fact that the treaty in issue belongs to the category of modern land claims agreements. As Binnie J. mentions in the case at bar (at para. 53), the treaty in issue in *Mikisew* was silent on how the Crown was to exercise its right under the treaty to require or take up tracts “from time to time for settlement, mining, lumbering, trading or other purposes”. This constituted an omission, as, without guidance, the exercise of such a right by the Crown might have the effect of nullifying the right of the Mikisew under the same treaty “to pursue their usual vocations of hunting, trapping and fishing”. Therefore, where there is a treaty, the common law duty to consult will apply only if the parties to the treaty have failed to address the issue of consultation.

nation] » (*Sioui*, p. 1069). Je dirais même qu’il serait erroné de penser que le pouvoir de négociation des Autochtones est directement fonction de l’époque du traité, car certaines nations autochtones étaient très puissantes au début de la colonisation et les arrivants européens ne pouvaient se passer d’alliances avec elles.

[117] Ma conclusion au sujet de l’interprétation des traités vaut tout autant en ce qui concerne la relation entre ceux-ci et le droit qui leur est extérieur, autrement dit, au sujet de l’application aux traités des règles relatives aux conflits de lois : le simple fait qu’un traité appartienne à l’une ou l’autre des « catégories » ne saurait assujettir celui-ci à un régime distinct à cet égard. L’invitation des appelants doit donc être déclinée : même lorsque le traité en cause est un accord portant règlement de revendications territoriales, la Cour doit d’abord dégager l’intention commune des parties; elle se prononcera ensuite sur l’application, à la partie autochtone, du régime jurisprudentiel relatif à l’obligation constitutionnelle de consultation.

[118] C’est donc sur une autre base que la simple appartenance du traité en cause à la catégorie des accords modernes de règlement de revendications territoriales que la présente affaire se distingue de l’affaire *Mikisew*. Comme le rappelle en l’espèce le juge Binnie (par. 53), le traité en cause dans *Mikisew* était silencieux sur les modalités d’exercice du droit reconnu à la Couronne de requérir ou prendre des terrains « de temps à autre [. . .] pour des fins d’établissements, de mine, d’opérations forestières, de commerce ou autres objets ». Il s’agissait là d’une omission, car, en l’absence de balises, l’exercice d’un tel droit par la Couronne risquait de rendre inopérant le droit des Mikisew « de se livrer à leurs occupations ordinaires de la chasse au fusil, de la chasse au piège et de la pêche » que le même traité leur reconnaissait par ailleurs. Par conséquent, en présence d’un traité, l’obligation jurisprudentielle de consultation ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière.

[119] Moreover, where, as in *Mikisew*, the common law duty to consult must be discharged to remedy a gap in the treaty, the duty undergoes a transformation. Where there is a treaty, the function of the common law duty to consult is so different from that of the duty to consult in issue in *Haida Nation* and *Taku River* that it would be misleading to consider these two duties to be one and the same. It is true that both of them are constitutional duties based on the principle of the honour of the Crown that applies to relations between the Crown and Aboriginal peoples whose constitutional — Aboriginal or treaty — rights are at stake. However, it is important to make a clear distinction between, on the one hand, the Crown's duty to consult before taking actions or making decisions that might infringe Aboriginal rights and, on the other hand, the minimum duty to consult the Aboriginal party that necessarily applies to the Crown with regard to its exercise of rights granted to it by the Aboriginal party in a treaty. This, in my opinion, is the exact and real meaning of the comment in *Mikisew* that the “honour of the Crown exists as a source of obligation independently of treaties as well” (para. 51). This is also the exact meaning of the comment in *Haida Nation* that the “jurisprudence of this Court supports the view that the duty to consult and accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty and continues beyond formal claims resolution” (para. 32).

[120] Where the Crown unilaterally limits a right granted to an Aboriginal people in a treaty in taking an action that does not amount to an exercise of one of its own rights under that treaty, the infringement is necessarily a serious one, and the Crown's duty is one of reasonable accommodation. This principle is very similar to that of minimal impairment, with respect to which a duty to consult was held to exist in *Sparrow*.

[119] Par ailleurs, lorsque, comme dans l'affaire *Mikisew*, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel doit être mobilisée afin de combler une lacune du traité, cette obligation connaît alors un phénomène de différenciation. En effet, en présence d'un traité, l'obligation jurisprudentielle de consultation remplit une fonction bien distincte de celle de l'obligation de consultation en cause dans les affaires *Nation haïda* et *Taku River*, si bien qu'il serait trompeur d'assimiler ces deux obligations. Certes, il s'agit dans les deux cas d'une obligation constitutionnelle, fondée sur le principe de l'honneur de la Couronne qui doit présider aux relations entre celle-ci et les peuples autochtones lorsque les droits constitutionnels — ancestraux ou issus de traités — des seconds sont en jeu. Cependant, il est important de bien distinguer, d'une part, l'obligation de consultation qui s'impose à la Couronne préalablement à la prise de mesures ou dispositions qui risquent d'enfreindre les droits ancestraux d'un peuple autochtone et, d'autre part, l'obligation minimale en matière de consultation de la partie autochtone qui s'applique impérativement à la Couronne relativement à l'exercice par celle-ci des droits que la première lui a reconnus par traité. Voilà, à mon avis, la signification précise et véritable du passage suivant de l'arrêt *Mikisew*, selon lequel l'« honneur de la Couronne existe également en tant que source d'obligation indépendante des traités » (par. 51). C'est dans ce sens précis que doit être également compris le passage suivant de l'arrêt *Nation haïda* selon lequel la « jurisprudence de la Cour étaye le point de vue selon lequel l'obligation de consulter et d'accommoder fait partie intégrante du processus de négociation honorable et de conciliation qui débute au moment de l'affirmation de la souveraineté et se poursuit au-delà du règlement formel des revendications » (par. 32).

[120] Lorsque, autrement que dans l'exercice d'un droit découlant d'un traité, la Couronne restreint unilatéralement un droit conféré par ce traité à un peuple autochtone, une telle atteinte est forcément grave et l'obligation qu'a alors la Couronne consiste à prendre des mesures d'accommodement raisonnable. Et cette norme rejoint d'ailleurs celle de l'atteinte minimale, contexte dans lequel l'arrêt *Sparrow* a reconnu l'obligation de consulter.

[121] The consultation that must take place if the Crown's exercise of its own rights under a treaty impairs a right of the Aboriginal party will consist in either: (1) the measures provided for in the treaty in this regard; or (2) if no such measures are provided for in the treaty, the consultation required under the common law framework, which varies with the circumstances, and in particular with the seriousness of any potential effects on the Aboriginal party's rights under the treaty (*Haida Nation*, at para. 39; *Mikisew*).

[122] One thing must be made clear at this point, however. Where a treaty provides for a mechanism for consulting the Aboriginal party when the Crown exercises its rights under the treaty — one example would be the participation of the Aboriginal party in environmental and socio-economic assessments with respect to development projects — what the treaty does is to override the common law duty to consult the Aboriginal people; it does not affect the general administrative law principle of procedural fairness, which may give rise to a duty to consult rights holders individually. The constitutional duty to consult Aboriginal peoples is rooted in the principle of the honour of the Crown, which concerns the special relationship between the Crown and Aboriginal peoples as peoples (*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paras. 59-60). It is as a result of this special relationship, originally based on the recognition of Aboriginal institutions that existed before the Crown asserted its sovereignty, that Aboriginal peoples, as peoples, can enter into treaties with the Crown. The general rules of administrative law do not normally form part of the matters provided for in comprehensive land claims agreements.

[123] When all is said and done, the fatal flaw in the appellants' argument that the duty to consult can never apply in the case of a modern treaty is that they confuse the concept of an agreement that provides certainty with that of an "entire agreement". The imperative of legal certainty that is central to the negotiation of a modern treaty and

[121] La consultation requise en vue de l'exercice de droits reconnus à la Couronne par un traité, lorsqu'il y a atteinte à un droit des Autochtones, comportera : (1) soit les mesures prévues par le traité à cet égard; (2) soit, à défaut de telles mesures dans le traité, au degré de consultation que le régime jurisprudentiel établit et qui est fonction des circonstances, notamment la gravité des effets potentiels sur les droits que le traité reconnaît à la partie autochtone (*Nation haïda*, par. 39; *Mikisew*).

[122] Une précision importante doit toutefois être apportée ici. Lorsqu'un traité établit des mesures de consultation de la partie autochtone en vue de l'exercice par la partie étatique des droits que lui reconnaît ce traité, par exemple la participation de la partie autochtone concernée à l'évaluation environnementale et socioéconomique des projets de développement, ce que le traité a pour effet d'écartier dans un tel cas est bien l'obligation jurisprudentielle de consultation du peuple autochtone, non pas toute obligation de consulter individuellement le titulaire d'un droit pouvant découler du principe général du droit administratif qu'est l'équité procédurale. L'obligation constitutionnelle de consultation des Autochtones procède du principe de l'honneur de la Couronne, lequel concerne la relation toute particulière qu'entretiennent avec l'État les Autochtones en tant que peuples (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 59-60). C'est d'ailleurs cette relation particulière, fondée à l'origine sur la reconnaissance d'ordres autochtones préexistants à l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté, qui explique que, en tant que peuples, les Autochtones peuvent conclure des traités avec l'État. Les règles générales du droit administratif ne font normalement pas partie des matières prévues dans les accords de règlement de revendications territoriales globales.

[123] Au fond, l'erreur qui vicie la thèse des appellants selon laquelle tout traité moderne écarte, de par sa nature, l'obligation jurisprudentielle de consultation est qu'ils confondent la notion d'« accord sûr » et celle d'« accord complet ». L'impératif de sécurité juridique qui est à la base de la négociation d'un traité moderne et qui appelle au respect de la volonté

that requires a court to defer to the will of the parties must not blind the courts to omissions by the parties. That an agreement is complete cannot be presumed; it must be found to be complete.

[124] The Court obviously cannot bind itself in future cases by assuming that every modern treaty is free of omissions or other gaps with respect to consultation. The possibility of so important a matter being omitted from a modern treaty may at first blush seem unlikely, but as can be seen from the instant case, it is very real. Were it not for the transitional law provisions in Chapter 12, there would probably have been a gap in this case and, on an exceptional basis, in the legal context of the modern treaty, the common law duty to consult could duly have been applied to fill that gap. But no such gap can be found in this case. Yet it is in fact just such a “procedural gap” that Binnie J. finds (at para. 38) to be confirmed here, but he reaches this conclusion without considering the treaty’s transitional law provisions, which, in my view, contain the answers to the questions raised in this case. I disagree with the argument that such a procedural gap exists in this case, and I also disagree with superimposing the common law duty to consult on the treaty. These, therefore, are the basic differences between us.

[125] Yukon also submits that the existence of a duty to consult may be inferred from a treaty only in accordance with its express terms. Once again, this is an argument that goes too far and is in no way consistent with the general principles of interpretation of treaties with Aboriginal peoples, even when those principles are applied to modern treaties. As we will see, the treaty itself contains interpretive provisions to the effect that an interpretation should not be limited to the express terms of the treaty, and in particular that its provisions must be read together and that any ambiguities should be resolved in light of the objectives set out at the beginning of each chapter.

des parties ne saurait rendre les tribunaux aveugles aux omissions de ces dernières. La complétude d’un accord ne se présume pas, elle se constate.

[124] La Cour ne peut évidemment pas se lier pour l’avenir et tenir pour acquis que tout traité moderne ne comporte aucune omission ou autre lacune en matière de consultation. La possibilité que, dans un traité moderne, on ait pu omettre une matière aussi importante peut sembler à première vue étonnante, mais nous verrons que la présente affaire démontre qu’une telle éventualité est pourtant bien réelle. En effet, si ce n’était des dispositions de droit provisoire que contient le chapitre 12, il y aurait probablement eu lacune en l’espèce et, à titre exceptionnel dans l’univers juridique des traités modernes au point de vue empirique, l’obligation jurisprudentielle de consultation aurait pu dûment s’appliquer pour combler cette lacune. Mais aucune lacune de ce genre ne peut être constatée dans la présente affaire. Il se trouve que c’est précisément une telle « lacune procédurale » (« *procedural gap* », par. 38) que le juge Binnie affirme être confirmée en l’espèce, et ce, sans se pencher sur le droit provisoire prévu au traité, dispositions qui, selon moi, apportent la réponse aux questions posées par les pourvois. Rejetant la thèse de l’existence, en l’espèce, d’un tel hiatus procédural, je ne souscris pas davantage à la surimposition au traité du régime jurisprudentiel de l’obligation de consultation. Voilà donc ce qui nous sépare pour l’essentiel.

[125] Dans son appel, le Yukon prétend en outre que l’existence d’une obligation de consultation ne pourra être inférée d’un traité que suivant les stipulations expresses de celui-ci. Une fois de plus, il s’agit d’un argument qui va trop loin et ne correspond d’aucune manière aux principes généraux d’interprétation des traités avec les peuples autochtones, même lorsque ces principes sont appliqués aux traités modernes. Comme nous le verrons, le traité lui-même contient des dispositions interprétatives qui précisent qu’il ne faut pas s’en tenir aux stipulations expresses, et notamment qu’il faut lire ses dispositions en corrélation et, au besoin, résoudre les ambiguïtés à la lumière des objectifs énoncés au début de chaque chapitre.

[126] These general considerations alone would form a sufficient basis for dismissing the appeal. But the provisions of the Final Agreement also confirm this conclusion, and they must, in any event, be reviewed in order to assess the respondents' argument.

II. Treaty in Issue

[127] The analysis of the treaty that must be conducted in this case has three steps. To begin, it will be necessary to review the general framework of the treaty and highlight its key concepts. The next step will be to identify the substantive treaty rights that are in issue here, namely, on the one hand, the Crown's right the exercise of which raises the issue of consultation and, on the other hand, the right or rights of the Aboriginal party, which could be limited by the exercise of the Crown's right. Finally, and this is the determining factor, it will be necessary to discuss the formal rights and duties that result from the consultation process provided for in the treaty.

A. *General Framework*

[128] "Comprehensive" Aboriginal land claims agreements form part of the corpus of our constitutional law. And the effect of the implementing legislation of such agreements is that they are usually binding on third parties. The agreements are most often the fruit of many years of intense negotiations. The documents in which they are set out therefore command the utmost respect.

[129] This Court was recently asked to interpret the *James Bay and Northern Québec Agreement* for the first time, some 35 years after it was signed in 1975. Since that year, 19 other similar agreements have been concluded across the country. Subsequently, to take the most striking example, although only one comprehensive claim in British Columbia has resulted in a final settlement and only seven others in that province are currently at relatively advanced stages of negotiation, no fewer than 52 other claims there have been accepted for negotiation by the Treaty Commission.

[126] Il serait possible, sur la seule base des considérations d'ordre général qui précèdent, de rejeter l'appel principal. Cependant, les dispositions de l'Entente définitive confirment elles aussi cette conclusion. Leur examen est d'ailleurs nécessaire pour évaluer la thèse des intimés.

II. Traité en cause

[127] L'analyse du traité que requiert la présente affaire comporte trois volets. Il faudra d'abord en discerner le régime général et en dégager les notions clés. Il s'agira ensuite de déterminer les droits matériels issus de traités qui sont ici en jeu, c'est-à-dire, d'une part, le droit de la partie étatique dont l'exercice soulève la question de la consultation et, d'autre part, le droit ou les droits de la partie autochtone qui, du fait de cet exercice risque de se retrouver limités par celui du droit de la Couronne. Enfin, élément déterminant, il sera question des droits et obligations formels qui résultent du processus de consultation prévu au traité.

A. *Régime général*

[128] Les accords portant règlement de revendications territoriales autochtones dites « globales » font partie de notre corpus constitutionnel. Qui plus est, par l'effet de leur loi de mise en œuvre, ces accords lient normalement les tiers. Ils sont d'habitude le fruit de nombreuses années d'intenses négociations. Les documents qui les consignent commandent donc le plus grand respect.

[129] Notre Cour a récemment été appelée à interpréter pour la première fois la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, quelque 35 ans après sa signature en 1975. Or, depuis cette date, c'est 19 autres accords du genre qui ont été conclus à travers le pays. Ensuite, et pour prendre l'exemple le plus fort, si à ce jour une seule revendication globale a fait l'objet d'un accord de règlement définitif en Colombie-Britannique et si sept autres seulement y sont à un stade plus ou moins avancé de négociation, en revanche pas moins de 52 autres revendications y ont été acceptées pour négociation par la Commission des traités.

[130] It was after 20 years of negotiations that the Umbrella Final Agreement between the Government of Canada, the Council for Yukon Indians and the Government of the Yukon (“Umbrella Agreement”) was signed on May 29, 1993. At that time, the Little Salmon/Carmacks First Nation was a member of the Council for Yukon Indians, and it still is today, along with nine other First Nations. The Umbrella Agreement provided for the conclusion, in accordance with its terms, of specific agreements with the various Yukon First Nations (s. 2.1.1).

[131] Although the Umbrella Agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2), it provides that “Settlement Agreements shall be land claims agreements within the meaning of section 35 of the *Constitution Act, 1982*” (s. 2.2.1). Moreover, according to the Umbrella Agreement, “[a] Yukon First Nation Final Agreement shall include the provisions of the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to that Yukon First Nation” (s. 2.1.3). It can be seen from the final agreements in question that the parties have given effect to this undertaking. Even the numbering of the Umbrella Agreement’s provisions has been reproduced in the 11 final agreements that have been concluded under it so far. These 11 final agreements represent over half of all the “comprehensive” land claims agreements (that is, agreements resulting from claims that Aboriginal rights exist) signed across the country. The Final Agreement in issue here was signed near Carmacks on July 21, 1997 and was subsequently ratified and implemented by enacting legislation; this last step was a condition of validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12).

[132] The Umbrella Agreement, as a whole, is founded on a few basic concepts. It should be noted from the outset that this agreement applies to a larger territory than the land claims settlement concluded under it actually does. The agreement refers to “Settlement Land”, which is defined as “Category A Settlement Land, Category B Settlement Land or Fee Simple Settlement Land”, and to “Non-Settlement Land”, which is defined as “all land and water in the Yukon other than

[130] C’est au terme d’une vingtaine d’années de négociations que, le 29 mai 1993, était signé l’Accord-cadre définitif entre le gouvernement du Canada, le Conseil des Indiens du Yukon et le gouvernement du Yukon (« Accord-cadre »). La Première nation de Little Salmon/Carmacks était alors membre du Conseil des Indiens du Yukon. Elle l’est toujours, avec neuf autres premières nations. L’Accord-cadre prévoyait la conclusion, suivant ses stipulations, d’ententes particulières avec les diverses premières nations du Yukon (art. 2.1.1).

[131] Tandis que l’Accord-cadre « n’a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2), en revanche « [l]es ententes portant règlement constituent des accords sur des revendications territoriales au sens de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (art. 2.2.1). De plus, l’Accord-cadre précise que « [t]oute entente définitive conclue par une première nation du Yukon doit inclure les dispositions de l’Accord-cadre définitif ainsi que les dispositions spécifiques applicables à cette première nation du Yukon » (art. 2.1.3). La lecture des ententes définitives en question révèle que cet engagement a été tenu par les parties. On a même repris, dans les 11 ententes définitives conclues jusqu’à maintenant conformément à l’Accord-cadre, la numérotation des dispositions de cet accord. Ces 11 ententes représentent ainsi plus de la moitié de la totalité des accords de règlement de revendications territoriales « globales » (c’est-à-dire fondée sur l’allégation de droits ancestraux) conclus au pays. L’Entente définitive qui nous intéresse a été signée près de Carmacks, le 21 juillet 1997, et ultérieurement ratifiée et mise en œuvre par des lois, dernière étape qui constituait une condition de validité (art. 2.2.11 et 2.2.12).

[132] Certaines notions structurent l’ensemble de l’Accord-cadre. Soulignons d’entrée de jeu que celui-ci vise un territoire plus grand que ne le fait, comme tel, le règlement des revendications dont il est porteur. En effet, il y est question, outre d’une « terre visée par le règlement » ou « terre visée par un règlement » (« *Settlement Land* ») coïncidant avec, « [s]elon le cas, les terres visées par le règlement de catégorie A, les terres visées par le règlement de catégorie B ou les terres visées par le règlement

Settlement Land” and as including “Mines and Minerals in Category B Settlement Land and Fee Simple Settlement Land, other than Specified Substances” (Chapter 1). The nature of this distinction will be helpful in our analysis of the provisions relating to legal certainty (Division 2.5.0). But one point that should be made here is that the framework provided for in the agreement varies considerably depending on which of these two broad categories the land in question belongs to. It should also be pointed out that, under the agreement, “Crown land” — such as the land in issue here that was transferred to Mr. Paulsen on October 18, 2004 — is land that, as defined, is not settlement land. Another concept used in the Umbrella Agreement is that of “traditional territory”, which transcends the distinction between settlement land and non-settlement land (Chapter 1 and Division 2.9.0). This concept of “traditional territory” is relevant not only to the possibility of overlapping claims of various Yukon First Nations, but also to the extension of claims beyond the limits of Yukon and to the negotiation of transboundary agreements (Division 2.9.0). As we will see, it is also central to the fish and wildlife co-management system established in Chapter 16 of the Final Agreement. The land that was in question in the decision of the Director of Agriculture dated October 18, 2004 in respect of Mr. Paulsen’s application is located within the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, and more specifically in the northern part of that territory, in a portion that overlaps with the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[133] The appellants’ argument is based entirely on the principle that the agreement provides certainty. More precisely, it is based on an interpretation according to which that principle is indistinguishable from the principle of the “entire agreement”. As a result, they have detached a key general provision of the Final Agreement from its context and

détenues en fief simple », d’une « terre non visée par un règlement » ou « terre non visée par le règlement » (« *Non-Settlement Land* »), expression qui s’entend ici « de terres et d’eaux du Yukon qui ne sont pas des terres visées par un règlement » ainsi que des « mines et [des] minéraux — à l’exclusion des matières spécifiées — des terres visées par le règlement de catégorie B et des terres visées par le règlement détenues en fief simple » (chapitre 1). La nature de cette distinction sera utile lorsque nous examinerons les dispositions relatives à la sécurité juridique ou certitude (section 2.5.0). Mais signalons déjà que le régime prévu par l’accord varie considérablement selon qu’il est question de terres relevant de l’une ou l’autre de ces deux grandes catégories. Il convient aussi de souligner que, aux termes de l’accord, une « terre de la Couronne » — telle celle dont la cession à M. Paulsen le 18 octobre 2004 est ici en cause — est une terre qui, par définition, n’est pas une terre visée par le règlement. L’Accord-cadre utilise aussi la notion de « territoire traditionnel » qui dépasse l’opposition entre les terres visées par le règlement de la revendication et celles qui ne le sont pas (chapitre 1 et section 2.9.0). Cette notion de « territoire traditionnel » n’intéresse pas seulement la question du possible chevauchement des revendications de différentes premières nations du Yukon, mais aussi de leur débordement au-delà des limites du Yukon et de la négociation d’accords transfrontaliers (section 2.9.0). Comme nous le verrons, cette notion est également au cœur du régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques instauré par le chapitre 16 de l’entente définitive. La terre qui, le 18 octobre 2004, faisait l’objet de la décision du directeur de l’agriculture relativement à la demande de M. Paulsen se situe à l’intérieur du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, plus précisément dans sa partie nord, sur une portion qui chevauche le territoire traditionnel de la Première nation de Selkirk.

[133] La thèse des appelants repose entièrement sur le principe de l’« accord sûr ». Plus exactement, elle repose sur une interprétation imperméable à ce qui le distingue de celui d’« accord complet ». C’est ce qui explique comment ils en arrivent à détacher de son contexte une disposition générale fort importante de l’entente définitive pour en donner

interpreted it in a way that I do not find convincing. The “entire agreement” clause (s. 2.2.15), the actual source of which is the Umbrella Agreement and on which the appellants rely, provides that “Settlement Agreements shall be the entire agreement between the parties thereto and [that] there shall be no representation, warranty, collateral agreement or condition affecting those Agreements except as expressed in them.” This clause is consistent with the “out-of-court settlement” aspect of comprehensive land claims agreements. But it is not the only one, which means that such clauses must be considered in the broader context of the Final Agreement, and in particular of the provisions respecting legal certainty, which are set out under the heading “Certainty” (Division 2.5.0).

[134] On this key issue of legal certainty, the Umbrella Agreement and, later, all the final agreements negotiated under it were entered into in accordance with the 1986 federal policy on comprehensive claims (Saint-Hilaire, at pp. 407-8, note 45). It is actually possible to refer to the 1993 policy, as the 1986 policy was not modified on this point. Since 1986, the official federal policy has stated in this respect that rights with respect to land that are consistent with the agreement and “Aboriginal rights which are not related to land and resources or to other subjects under negotiation will not be affected by the exchange” (Indian and Northern Affairs Canada, *Federal Policy for the Settlement of Native Claims* (1993), at p. 9). In short, in the 1986 policy, the government announced that its conduct would be honourable in that it would aim for equitable, or [TRANSLATION] “orthodox”, exchanges (Saint-Hilaire, at p. 407). In other words, the principle endorsed in the federal policy since 1986 has involved a distinction between the agreement that provides certainty and the “entire agreement”. So much for the general principle behind the division of the agreement in issue entitled “Certainty”. Let us now consider in greater detail the specific provisions applicable to the exchange of rights established in the Final Agreement.

une interprétation qui ne me convainc pas. La clause de l’« entente complète » (« *entire agreement clause* ») (art. 2.2.15), dont la source matérielle est l’Accord-cadre et sur laquelle les appelants se fondent, est rédigée ainsi : « Chaque entente portant règlement constitue l’entente complète intervenue entre les parties à cette entente et il n’existe aucune autre assertion, garantie, convention accessoire ou condition touchant cette entente que celles qui sont exprimées dans cette dernière. » Il s’agit ici de la dimension transaction ou « règlement à l’amiable » des accords portant règlement de revendications territoriales globales. Or, celle-ci n’est pas la seule, de sorte qu’il faut replacer une telle clause dans le contexte plus général de l’entente définitive, et notamment de ses dispositions relatives à la sécurité juridique — ou « certitude » — ou, comme ici, relative aux « Précisions » (section 2.5.0).

[134] Sur cette question essentielle de la sécurité juridique, l’Accord-cadre et, par la suite, toutes les ententes définitives négociées suivant les stipulations de celui-ci, ont été conclus conformément à la politique fédérale de 1986 sur les revendications globales (Saint-Hilaire, p. 407-408, note 45). En fait, on peut ici se reporter à la politique de 1993, puisque sur cette question celle-ci n’apportait aucune modification à la politique de 1986. Depuis 1986, la politique fédérale officielle indique à cet égard que « ne seront pas touchés par l’échange » les droits de nature foncière qui sont compatibles avec l’accord ni les « droits ancestraux qui ne sont pas liés aux terres et aux ressources ou à d’autres points négociés » (Affaires indiennes et du Nord Canada, *Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones* (1993), p. 10). En somme, la politique de 1986 annonçait un comportement honorable en visant des échanges équitables c’est-à-dire « orthodoxes » (Saint-Hilaire, p. 407). Autrement dit, le principe promu par la politique fédérale depuis 1986 établit une distinction entre la notion d’« accord sûr » et celle d’« accord complet ». Voilà pour le principe général qui préside à la section relative aux « Précisions » de l’accord qui nous occupe. Voyons maintenant plus en détail les modalités précises de l’échange de droits établi par l’Entente définitive.

[135] The Umbrella Agreement provides (in s. 2.5.1) that, in consideration of the promises, terms, conditions and provisos in a Yukon First Nation's final agreement,

2.5.1.1 subject to 5.14.0 [which sets out a procedure for designating "Site Specific Settlement Land" to which s. 2.5.0 will not apply], that Yukon First Nation and all persons who are eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada, all their aboriginal claims, rights, titles, and interests, in and to,

(a) Non-Settlement Land and all other land and water including the Mines and Minerals within the sovereignty or jurisdiction of Canada, except the Northwest Territories, British Columbia and Settlement Land,

(b) the Mines and Minerals within all Settlement Land, and

(c) Fee Simple Settlement Land; [and]

2.5.1.2 that Yukon First Nation and all persons eligible to be Yukon Indian People it represents, as of the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, cede, release and surrender to Her Majesty the Queen in Right of Canada all their aboriginal claims, rights, titles and interests in and to Category A and Category B Settlement Land and waters therein, to the extent that those claims, rights, titles and interests are inconsistent or in conflict with any provision of a Settlement Agreement . . .

According to the agreement settling its comprehensive land claim, the Little Salmon/Carmacks First Nation therefore "surrender[ed]" any Aboriginal rights it might have *in respect of land, water, mines and minerals*, (1) subject to the procedure for designating "site specific settlement land" (of which

[135] L'Accord-cadre prévoit (art. 2.5.1) que, en contrepartie des promesses, conditions et réserves prévues par l'entente définitive conclue par une première nation du Yukon :

2.5.1.1 sous réserve de la section 5.14.0 [qui prévoit une procédure de désignation de « sites spécifiques » auxquels la section 2.5.0 ne s'appliquera pas], cette première nation du Yukon et toutes les personnes qui sont admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux :

a) concernant les terres non visées par le règlement et les autres terres et eaux — y compris les mines et les minéraux — relevant de la souveraineté ou de la compétence du Canada, à l'exception des Territoires du Nord-Ouest, de la Colombie-Britannique et des terres visées par le règlement;

b) concernant les mines et les minéraux se trouvant à l'intérieur des terres visées par le règlement;

c) concernant les terres visées par le règlement détenues en fief simple;

2.5.1.2 cette première nation du Yukon et toutes les personnes admissibles en tant qu'Indiens du Yukon représentées par cette première nation — à la date de cette entente définitive — renoncent, en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, à l'ensemble de leurs revendications, droits, titres et intérêts ancestraux à l'égard des terres visées par le règlement de catégorie A et de catégorie B et des eaux qui s'y trouvent, dans la mesure où ces revendications, droits, titres et intérêts sont incompatibles ou entrent en conflit avec quelque disposition d'une entente portant règlement . . .

Aux termes de l'accord portant règlement de sa revendication globale, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a donc « renonc[é] » à tous ses possibles droits ancestraux *relatifs aux terres, eaux, mines et minéraux*, (1) sous réserve de la procédure de désignation de « sites spécifiques » — dont

two parcels were located near the land in question in Mr. Paulsen's application), (2) except insofar as those rights extended into the Northwest Territories or British Columbia, and (3) except for those relating to settlement land and waters therein, but only to the extent that the rights in question were not inconsistent with the settlement and provided that they extended neither to land held in fee simple nor to mines and minerals — as is specified in the definition of non-settlement lands. For greater certainty, the Final Agreement accordingly adds that

2.5.1.4 neither that Yukon First Nation nor any person eligible to be a Yukon Indian Person it represents, their heirs, descendants and successors, shall, after the Effective Date of that Yukon First Nation's Final Agreement, assert any cause of action, action for declaration, claim or demand of whatever kind or nature, which they ever had, now have, or may hereafter have against Her Majesty the Queen in Right of Canada, the Government of any Territory or Province, or any person based on,

- (a) any aboriginal claim, right, title or interest ceded, released or surrendered pursuant to 2.5.1.1 and 2.5.1.2; [or]
- (b) any aboriginal claim, right, title or interest in and to Settlement Land, lost or surrendered in the past, present or future . . .

[136] It is also important to consider general provision 2.2.4, which reflects the new orthodox exchange principle introduced by the 1986 federal policy that applied to the negotiation of the Umbrella Agreement:

Subject to 2.5.0, 5.9.0 [effects of the registration, granting, declaration or expropriation of any interest in a Parcel of Settlement Land less than the entire interest], 5.10.1 [effects of the registration, granting or expropriation of the fee simple title in a Parcel of Settlement Land] and 25.2.0 [negotiation of the transboundary aspect of claims], Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to

deux se situent à proximité de la terre faisant l'objet de la demande de Paulsen —, (2) sauf dans la mesure où ces droits s'étendraient aux Territoires du Nord-Ouest ou à la Colombie-Britannique et (3) à l'exception de ceux qui porteraient sur des terres et eaux visées par le règlement, mais cela dans la seule mesure où ils ne seraient pas incompatibles avec celui-ci et ne s'étendraient ni à des terres détenues en fief simple ni aux mines et minéraux — ce qui précise la définition des terres non visées par un règlement. Pour plus de sûreté, l'Entente définitive ajoute qu'en conséquence :

2.5.1.4 ni cette première nation du Yukon ni aucune personne admissible en tant qu'Indien du Yukon représentée par cette première nation, ou leurs héritiers, descendants et successeurs, ne feront valoir ou présenteront, selon le cas, après la date d'entrée en vigueur de cette entente définitive, quelque cause d'action, action déclaratoire, réclamation ou demande de quelque nature que ce soit — passée, actuelle ou future — à l'encontre soit de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, soit du gouvernement d'un territoire ou d'une province, ou de quelque autre personne, et qui serait fondée, selon le cas :

- a) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral visé par la renonciation prévue aux articles 2.5.1.1 et 2.5.1.2;
- b) sur quelque revendication, droit, titre ou intérêt ancestral relatif à des terres visées par le règlement qui a été ou sera perdu, ou qui a fait, fait ou fera l'objet d'une renonciation . . .

[136] Il est également important de souligner la disposition générale 2.2.4, qui reprend le nouveau principe des échanges orthodoxes introduit par la politique fédérale de 1986, laquelle a présidé à la négociation de l'Accord-cadre :

Sous réserve des sections 2.5.0, 5.9.0 [effets de l'enregistrement, de l'octroi, de la déclaration ou de l'expropriation d'un intérêt inférieur à l'intérêt complet dans une parcelle de terre visée par le règlement] et 25.2.0 [négociation de la dimension transfrontalière des revendications] et de l'article 5.10.1 [effets de l'enregistrement, de l'octroi ou de l'expropriation du titre en fief simple dans une parcelle de terre visée par le règlement],

exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them.

[137] The spirit of the Final Agreement is apparent on the very face of these provisions respecting legal certainty: except where otherwise provided in the agreement itself, the agreement replaces the common law Aboriginal rights framework with the one it establishes for the matters it covers. But that is not all.

[138] The Final Agreement also includes general and interpretive provisions, such as general provision 2.2.5, which, like so many others, is reproduced from the Umbrella Agreement. This provision states that “Settlement Agreements shall not affect the rights of Yukon Indian People as Canadian citizens and their entitlement to all of the rights, benefits and protection of other citizens applicable from time to time.” There are also relevant provisions in Division 2.6.0 of the Umbrella Agreement:

- 2.6.1 The provisions of the Umbrella Final Agreement, the specific provisions of the Yukon First Nation Final Agreement and Transboundary Agreement applicable to each Yukon First Nation shall be read together.
- 2.6.2 Settlement Legislation shall provide that:
- 2.6.2.1 subject to 2.6.2.2 to 2.6.2.5, all federal, territorial and municipal Law shall apply to Yukon Indian People, Yukon First Nations and Settlement Land;
- 2.6.2.2 where there is any inconsistency or conflict between any federal, territorial or municipal Law and a Settlement Agreement, the Settlement Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;
- 2.6.2.3 where there is any inconsistency or conflict between the provisions of

les ententes portant règlement n’ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits.

[137] L’esprit de l’Entente définitive ressort déjà à la lecture de ces dispositions relatives à l’objectif de sécurité juridique : sauf exception prévue par l’entente elle-même, celle-ci substitue au régime jurisprudentiel relatif aux droits ancestraux celui qu’elle instaure pour les matières dont elle dispose. Mais il y a plus.

[138] L’Entente définitive comporte également des dispositions générales et interprétatives, notamment la disposition générale 2.2.5, qui a comme tant d’autres été reprise de l’Accord-cadre et qui précise que « [l]es ententes portant règlement ne portent pas atteinte aux droits des Indiens du Yukon en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens. » La section 2.6.0 de l’Accord-cadre contient elle aussi des dispositions pertinentes :

- 2.6.1 Les dispositions de l’Accord-cadre définitif, les dispositions spécifiques de l’entente définitive conclue par une première nation du Yukon ainsi que l’accord transfrontalier applicable à chaque première nation du Yukon doivent être lus en corrélation.
- 2.6.2 La loi de mise en œuvre doit renfermer des dispositions portant que:
- 2.6.2.1 sous réserve des articles 2.6.2.2 à 2.6.2.6, les règles de droit fédérales, territoriales et municipales s’appliquent aux Indiens du Yukon, aux premières nations du Yukon et aux terres visées par un règlement;
- 2.6.2.2 les dispositions d’une entente portant règlement l’emportent sur les dispositions incompatibles d’une règle de droit fédérale, territoriale ou municipale;
- 2.6.2.3 les dispositions de l’Accord-cadre définitif l’emportent sur les

the Umbrella Final Agreement and the specific provisions applicable to a Yukon First Nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict; [and]

2.6.2.4 where there is any inconsistency or conflict between Settlement Legislation and any other Legislation, the Settlement Legislation shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict;

. . .

2.6.3 There shall not be any presumption that doubtful expressions in a Settlement Agreement be resolved in favour of any party to a Settlement Agreement or any beneficiary of a Settlement Agreement.

. . .

2.6.5 Nothing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations.

2.6.6 Settlement Agreements shall be interpreted according to the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, with such modifications as the circumstances require.

2.6.7 Objectives in Settlement Agreements are statements of the intentions of the parties to a Settlement Agreement and shall be used to assist in the interpretation of doubtful or ambiguous expressions.

2.6.8 Capitalized words or phrases shall have the meaning assigned in the Umbrella Final Agreement.

These interpretive provisions establish, *inter alia*, a principle of equality between the parties (s. 2.6.3) and a principle of contextual interpretation based on the general scheme of the provisions, divisions and chapters and of the treaty as a whole in accordance with its systematic nature (s. 2.6.1). The latter principle is confirmed by the rule that in the event of ambiguity, the provisions of the treaty are to

dispositions spécifiques incompatibles, applicables à une première nation du Yukon;

2.6.2.4 les dispositions de la loi de mise en œuvre l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre mesure législative;

. . .

2.6.3 Il n'existe aucune présomption que les expressions ambiguës d'une entente portant règlement doivent être interprétées en faveur soit d'une partie à cette entente soit de quelque personne en bénéficiant.

. . .

2.6.5 Les ententes portant règlement n'ont pas pour effet d'empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l'existence, à la nature ou à l'étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon.

2.6.6 Les ententes portant règlement sont interprétées conformément à la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985) ch. I-21, avec les adaptations nécessaires.

2.6.7 Les objectifs figurant dans une entente portant règlement constituent l'énoncé des intentions des parties à cette entente et doivent être utilisés dans l'interprétation des expressions douteuses ou ambiguës.

2.6.8 Les mots et expressions définis et utilisés dans l'Accord-cadre définitif ont le sens qui leur est attribué dans la définition correspondante.

De ces stipulations interprétatives se dégagent notamment le principe d'égalité des parties (art. 2.6.3) et le principe d'une interprétation contextuelle fondée sur l'économie générale des dispositions, sections, chapitres et de l'ensemble du traité suivant sa nature systématique (art. 2.6.1). Ce dernier principe est confirmé par la règle voulant que, en cas d'ambiguïté, l'interprétation des dispositions

be interpreted in light of the objectives stated at the beginning of certain chapters of the treaty (s. 2.6.7). The systematic nature of the treaty is also confirmed by the rule that when defined words and phrases are used, they have the meanings assigned to them in the definitions (s. 2.6.8). In other cases, the rules set out in the federal *Interpretation Act* apply (s. 2.6.6). This, then, is the framework for interpretation agreed on by the parties to the treaty. More precisely, this framework was first developed by the parties to the Umbrella Agreement, and was then incorporated by the parties into the various final agreements concluded under the Umbrella Agreement. Where there is any inconsistency or conflict, the rules of this framework prevail over the common law principles on the interpretation of treaties between governments and Aboriginal peoples.

[139] These general and interpretive provisions also establish certain rules with respect to the relationships of the Umbrella Agreement and any final agreement concluded under it, not only the relationship between them, but also that with the law in general. One of these rules is that in the event of inconsistency or conflict, the Umbrella Agreement prevails over the agreements concluded under it (s. 2.6.2.3). At first glance, this rule is surprising, since the parties to the Umbrella Agreement were very careful to specify that, on its own, that agreement “does not create or affect any legal rights” (s. 2.1.2). Section 2.6.2.3 is therefore somewhat imprecise. It can only refer to the provisions of the final agreement whose substance (and not form) derives from the Umbrella Agreement, and which prevail over the “specific” provisions. The implementing legislation, the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act*, S.C. 1994, c. 34, provides that “[i]n the event of a conflict or inconsistency between provisions of the Umbrella Final Agreement incorporated in a final agreement that is in effect and provisions of the final agreement that are specific to the first nation, the provisions of the Umbrella Final Agreement prevail to the extent of the conflict or inconsistency” (s. 13(4)). The other provisions of the treaty that relate to this issue of conflicting legislation have also been drawn from the federal implementing legislation (s. 13) and from its territorial

du traité tiennent compte des objectifs énoncés au début de certains chapitres de celui-ci (art. 2.6.7). Le caractère systématique du traité est également confirmé par la règle selon laquelle les mots et expressions définis sont porteurs de ces définitions lorsqu'ils sont utilisés (art. 2.6.8). Pour le reste, ce sont les règles établies par la loi fédérale d'interprétation qui s'appliquent (art. 2.6.6). Voilà donc le régime interprétatif dont les parties au traité ont elles-mêmes convenu. Plus exactement, ce régime a d'abord été élaboré par les parties à l'Accord-cadre, puis repris par les parties aux différentes ententes définitives conclues conformément aux stipulations de cet accord. Advenant toute incompatibilité, ce régime l'emporte sur les principes dégagés par la jurisprudence en matière d'interprétation de traités conclus par les gouvernements et les peuples autochtones.

[139] Les dispositions interprétatives et générales que nous venons de voir posent aussi certaines normes relatives aux rapports qu'entretiennent l'Accord-cadre et toute entente définitive conclue conformément à ses stipulations, non seulement entre eux, mais avec le reste du droit également. On peut noter à cet égard la norme énonçant la prépondérance — en cas d'incompatibilité constatée — de l'Accord-cadre sur les ententes conclues suivant ses stipulations (art. 2.6.2.3). À première vue, cette norme surprend, dans la mesure où les parties à l'Accord-cadre ont bien pris soin de préciser que, à lui seul, ce dernier « n'a pas pour effet de créer des droits légaux ou de porter atteinte à de tels droits » (art. 2.1.2). L'article 2.6.2.3 souffre donc d'une imprecision. Il ne peut s'agir que des dispositions de l'entente définitive dont la source matérielle (et non pas formelle) est l'Accord-cadre, lesquelles ont préséance sur les dispositions dites « spécifiques ». La loi de mise en œuvre, nommément la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 34, précise d'ailleurs que ce sont « [l]es dispositions de l'accord-cadre reprises dans un accord définitif en vigueur [qui] l'emportent sur les dispositions incompatibles qui sont propres à la première nation » (par. 13(4)). Le reste des stipulations du traité relatives à cette question des « conflits de loi » est également repris dans la loi fédérale de mise en œuvre (art. 13)

équivalent (s. 5). The rules can therefore be summarized in the principle that the Final Agreement prevails over any other non-constitutional legal rule, subject to the requirement that its provisions not be so construed as to affect the rights of “Yukon Indian people” as Canadian citizens and their entitlement to all the rights, benefits and protections of other citizens (s. 2.2.5). In short, therefore, with certain exceptions, the treaty overrides Aboriginal rights related to the matters to which it applies, and in cases of conflict or inconsistency, it prevails over all other non-constitutional law.

[140] It should be noted that in certain circumstances, the principle applied in the treaty with respect to particular non-constitutional legislation — the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, where reserves are concerned — is that the treaty replaces that legislation rather than prevailing over it (s. 4.1.2).

[141] Regarding the relationship between the treaty in issue and the rest of our constitutional law other than the case law on Aboriginal rights, such a treaty clearly cannot on its own amend the “Constitution of Canada” within the meaning of s. 52 and Part V of the *Constitution Act, 1982*. Thus, to give one example, it cannot on its own alter either the protections of rights and freedoms provided for in Part I of that Act, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (support for this can be found in s. 2.2.5 of the Final Agreement, which was discussed above), or the constitutional division of powers established in Part VI of the *Constitution Act, 1867*. Next, on the specific issue before us in the instant case, since the right to be consulted that corresponds to the common law duty to consult (1) transcends the distinction between Aboriginal rights and treaty rights, (2) is therefore not an Aboriginal right and even less so an Aboriginal right related to land and resources, and (3) accordingly cannot be surrendered under Division 2.5.0, it must be asked whether there is anything explicit in the treaty in issue about how the parties intended to deal with this duty. In other words, does the Final Agreement contain provisions that affect the general principle

ainsi que dans son équivalent territorial (art. 5). Les règles pertinentes peuvent donc être résumées par le principe selon lequel l’Entente définitive l’emporte sur toute autre règle de droit infraconstitutionnel, sous réserve du fait que ses dispositions ne doivent pas être interprétées d’une manière portant atteinte aux droits des « Indiens du Yukon » en tant que citoyens canadiens ni à leur droit de jouir de tous les droits, avantages et protections reconnus aux autres citoyens (art. 2.2.5). En somme, donc, sauf exception le traité se substitue aux droits ancestraux relativement aux matières dont il dispose et il a préséance, en cas d’incompatibilité, sur le reste du droit infraconstitutionnel.

[140] Il importe de souligner ici que, dans certaines circonstances, le traité fait également intervenir le principe de substitution plutôt que le principe de préséance à l’égard d’un texte infraconstitutionnel donné, en l’occurrence la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, pour ce qui est des réserves (art. 4.1.2).

[141] En ce qui a trait à la relation entre le traité en cause et le reste de notre droit constitutionnel au-delà du seul régime jurisprudentiel des droits ancestraux, un tel traité ne saurait évidemment à lui seul modifier la « Constitution du Canada » au sens de l’art. 52 et de la partie V de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il ne pourrait donc pas, par exemple, modifier à lui seul la protection des droits et libertés prévue à la partie I de cette dernière loi, c’est-à-dire la *Charte canadienne des droits et libertés* (ce qui tend à être confirmé par l’art. 2.2.5 de l’Entente définitive dont il a été question plus haut), ou la répartition fédérative des compétences prévue à la partie VI de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ensuite, relativement à la question qui nous intéresse particulièrement en l’espèce, dans la mesure où le droit d’être consulté qui est corrélatif de l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel (1) dépasse l’opposition entre droits ancestraux et droits issus de traité, (2) qu’il n’est donc pas un droit ancestral et encore moins un droit ancestral aux terres et aux ressources et (3) que, par conséquent, il ne saurait avoir fait l’objet d’une renonciation en vertu de la section 2.5.0, il convient de se demander si le traité qui nous occupe contient quelque chose d’explicite

discussed above that the common law duty to consult will apply only where the parties have failed to address this issue? I see none.

[142] It should be borne in mind that an Aboriginal people cannot, by treaty, surrender its constitutional right to be consulted before the Crown takes measures in a manner not provided for in the treaty that might violate, infringe or limit a right that Aboriginal people is recognized as having in the same treaty. By analogy, in contract law, such a surrender would constitute an unconscionable term. But it is not this rule that is in issue here so much as the minimum required content of the duty in the context of treaties with Aboriginal peoples. As set out above, s. 2.6.5 of the Final Agreement, which was reproduced from the Umbrella Agreement, provides that “[n]othing in a Settlement Agreement shall be construed to preclude any party from advocating before the courts any position on the existence, nature or scope of any fiduciary or other relationship between the Crown and the Yukon First Nations”. However, the fiduciary duty is not always constitutional in nature. Nor is it equivalent to the duty to consult implied by the principle of the honour of the Crown that the Crown must maintain in its relations with Aboriginal peoples as holders of special constitutional rights. The fiduciary duty may arise, for example, from relations the Crown maintains with Indians in managing reserve lands and, more generally, in administering the *Indian Act* (*Guerin; Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746).

[143] In actual fact, two points are made in s. 2.6.5. First, the settlement of an Aboriginal nation’s comprehensive claim does not automatically entail the settlement of any specific claim — based not on Aboriginal rights but rather on the *Indian Act* — that

au sujet de la façon dont les parties entendent régir cette obligation. Autrement dit, l’Entente définitive contient-elle des dispositions qui auraient une incidence sur le principe général dégagé plus haut, selon lequel l’obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s’appliquera qu’en cas d’omission des parties au traité d’avoir prévu cette matière? Je ne vois aucune disposition à cet effet.

[142] Il est utile de rappeler qu’un peuple autochtone ne saurait, par traité, renoncer à son droit constitutionnel d’être consulté avant la prise de mesures étatiques d’une manière non prévue par un traité et susceptible de violer, d’enfreindre ou de restreindre un droit reconnu aux Autochtones par ce même traité. Par analogie avec le droit des contrats, une telle renonciation constituerait une sorte de clause abusive. Or, ce n’est pas tant cette règle comme telle qui est en cause ici que le contenu minimal impératif de l’obligation dans le cas de traités conclus avec les peuples autochtones. Comme il a été souligné ci-dessus, l’art. 2.6.5 de l’Entente définitive — qui a été repris de l’Accord-cadre — précise que « [l]es ententes portant règlement n’ont pas pour effet d’empêcher une partie de faire valoir, devant les tribunaux, sa position quant à l’existence, à la nature ou à l’étendue des rapports fiduciaires ou autres qui existeraient entre la Couronne et les premières nations du Yukon ». L’obligation de fiduciaire n’a cependant pas toujours un caractère constitutionnel. De plus, elle ne coïncide pas avec l’obligation de consultation qu’implique le principe de l’honneur de la Couronne que celle-ci se doit de préserver dans ses relations avec les peuples autochtones en leur qualité de titulaires de droits constitutionnels spéciaux. Par exemple, l’obligation de fiduciaire peut naître des rapports qu’entretient la Couronne avec les Indiens dans sa gestion des terres de réserve et, de façon plus générale, dans l’administration de la *Loi sur les Indiens* (*Guerin; Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746).

[143] En réalité, l’art. 2.6.5 vise à rappeler deux choses. Premièrement le règlement de la revendication globale d’une nation autochtone n’emporte pas nécessairement règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette même nation et

this nation might have, generally on the strength of the Crown's fiduciary duty. A specific claim could also be based on a "historical" treaty. In the instant case, however, the Little Salmon/Carmacks First Nation expressly ceded, released and surrendered, in the agreement to settle its comprehensive land claim, namely the Final Agreement, any "claims, rights or causes of action which they may ever have had, may now have or may have hereafter" as a result of Treaty 11 (ss. 2.5.1.3, 2.5.1.4(c) and 2.5.2). Finally, unlike a comprehensive claim, a specific claim is not necessarily limited to land or resources. It was therefore quite natural to specify that the mere existence of a settlement of a Yukon First Nation's comprehensive land claim did not, without further verification, support a conclusion that any specific claim the First Nation might have had been settled.

[144] Second, s. 2.6.5 also evokes a more general principle. It provides that a final agreement does not preclude any party from advocating before the courts the existence of not only fiduciary, but also "other", relationships between the Crown and the Yukon First Nations. This, in reality, is but one manifestation of the equitable principle involving a higher standard for exchanges of rights between Aboriginal peoples and the Crown — which the Crown aimed to make more orthodox — that was first mentioned in the federal policy of 1986.

[145] Thus, s. 2.6.5 of the Final Agreement is not at all inconsistent with the general principle discussed above that the common law duty to consult, in its minimum required obligational form, will apply — despite the existence of a treaty — only if the parties to the treaty have clearly failed to provide for it. This will depend on whether the parties have come to an agreement on the issue, and if they have, the treaty will — unless, of course, the treaty itself provides otherwise — override the application to the parties of any parallel framework, including the common law framework.

qui reposerait, par exemple, non pas sur des droits ancestraux, mais sur la *Loi sur les Indiens*, le plus souvent sur le fondement de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Une revendication particulière pourrait aussi être basée sur un traité « historique ». En l'occurrence cependant, la Première nation de Little Salmon/Carmacks a renoncé expressément, dans l'accord de règlement de sa revendication globale que constitue l'Entente définitive, à tout éventuel « réclamation, droit ou cause d'action, passé, actuel ou futur » qui serait issu du Traité n° 11 (art. 2.5.1.3, 2.5.1.4c) et 2.5.2). Enfin, contrairement à une revendication globale, une revendication particulière ne porte pas toujours uniquement sur des terres ou ressources. Il était donc normal de rappeler que la seule existence du règlement de la revendication globale d'une première nation du Yukon ne permet pas, sans autre forme de vérification, de conclure au règlement de toute revendication particulière que pourrait avoir cette première nation.

[144] Deuxièmement, l'article 2.6.5 vise aussi à rappeler un principe d'ordre plus général. En effet, il prévoit qu'une entente définitive n'empêche pas une partie de défendre en justice l'existence de rapports non seulement fiduciaires mais également « autres » entre la Couronne et les premières nations du Yukon. Il ne s'agit là en réalité que d'une manifestation du principe équitable visant des échanges d'une qualité supérieure entre les peuples autochtones et la Couronne — que celle-ci veut plus orthodoxes — qui a d'abord été exprimé dans la politique fédérale de 1986.

[145] L'article 2.6.5 de l'Entente définitive n'est donc nullement incompatible avec le principe général qui a été dégagé plus haut et suivant lequel, comme contenu obligationnel minimal impératif, l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ne s'appliquera, nonobstant la présence d'un traité, que dans les cas d'omission claire des parties à ce traité d'avoir stipulé à cet égard. En effet, tout dépendra de ce que les parties auront ou non convenu sur la question, auquel cas le traité, sauf bien sûr renvoi à l'effet contraire dans celui-ci, aura écarté l'application entre les parties de tout régime parallèle, y compris le régime jurisprudentiel.

[146] In short, in providing in s. 2.2.4 that, subject to certain restrictions, “Settlement Agreements shall not affect the ability of aboriginal people of the Yukon to exercise, or benefit from, any existing or future constitutional rights for aboriginal people that may be applicable to them”, the parties could only have had an orthodox exchange of rights in mind. They most certainly did not intend that a consultation framework would apply in parallel with the one they were in the process of establishing in the treaty. If the treaty in issue establishes how the Crown is to exercise its rights under the treaty by providing for a given form of consultation with the Aboriginal party, then the effect of the entire agreement clause in s. 2.2.15 will be to override any parallel framework, including the one developed by this Court.

B. *Substantive Rights in Issue*

(1) Right to Transfer and Right of Access to Crown Land

[147] In the case at bar, it is Chapter 6 on rights of access that must be considered first in respect of the right of the Crown the exercise of which could affect the exercise of rights of the Aboriginal party. As I mentioned above, the agreement in issue establishes two broad categories of land: settlement land and non-settlement land. The category of non-settlement land includes Crown land, and the land in question in Mr. Paulsen’s application was Crown land. Chapter 6 is structured on the basis of the principle that the Aboriginal party and third parties have rights of access to unoccupied Crown land, on the one hand, and that the Crown and third parties have rights of access to undeveloped settlement land, on the other. This is a general principle to which there may, of course, be exceptions.

[146] En somme, en stipulant à l’art. 2.2.4 que, sous certaines réserves, « les ententes portant règlement n’ont pas pour effet de porter atteinte à la capacité des peuples autochtones du Yukon d’exercer des droits constitutionnels — existants ou futurs — qui sont reconnus aux peuples autochtones et qui s’appliquent à eux ou de tirer parti de tels droits », les parties ne pouvaient avoir à l’esprit qu’un échange orthodoxe de droits. Elles n’avaient assurément pas l’intention de prévoir l’application d’un régime de consultation parallèle à celui qu’elles pouvaient être en train d’établir par traité. Si le traité qui nous occupe énonce les modalités d’exercice par la Couronne des droits qu’il lui confère en instaurant une forme ou une autre de consultation de la partie autochtone, alors la clause de l’entente complète figurant à l’art. 2.2.15 aura pour effet d’écarter tout régime parallèle, y compris celui qui a été élaboré par la jurisprudence de notre Cour.

B. *Droits matériels en cause*

(1) Droit de cession et droit d’accès aux terres de la Couronne

[147] C’est le chapitre 6 sur les droits d’accès qui doit d’abord retenir notre attention en l’espèce relativement à la question du droit de la Couronne dont l’exercice est susceptible d’affecter l’exercice des droits de la partie autochtone. J’ai mentionné précédemment que l’accord en cause établit deux grandes catégories de terres, les terres visées par le règlement (« *Settlement Lands* ») et les autres (« *Non-Settlement Lands* ») qui comprennent les terres de la Couronne, parmi lesquelles se trouvait la terre faisant l’objet de la demande de M. Paulsen. Le principe qui structure le chapitre 6 est celui des droits d’accès de la partie autochtone et des tiers aux terres inoccupées de la Couronne d’une part (« *unoccupied Crown Land* ») et des droits d’accès de la Couronne et des tiers aux terres visées par le règlement qui n’ont pas été « mises en valeur » (« *undeveloped Settlement Land* ») de l’autre. Il s’agit d’un principe général qui peut certes connaître des exceptions.

[148] It is in Division 6.2.0 that the parties to the Umbrella Agreement — Canada, Yukon and the Council for Yukon Indians — provided for the right of access to Crown land — to be confirmed in the final agreements — of every Yukon Indian person and Yukon First Nation. The effect of the reproduction of that provision in the various final agreements was to grant every Yukon Indian person and Yukon First Nation to which those agreements applied a right of access for non-commercial purposes (s. 6.2.1), which is the right being relied on in this case. However, a review of that right leads to the right of the Crown the exercise of which is in issue here and which constitutes an exception to the right of access.

[149] The right of access of First Nations to Crown land for non-commercial purposes is subject to strict limits, and also to conditions and exceptions. It is limited in that the access in question is only “casual and insignificant” (s. 6.2.1.1), or “is for the purpose of Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16 — Fish and Wildlife” (s. 6.2.1.2), which is a chapter I will discuss below. The applicable conditions are set out in s. 6.2.4 — one example is a prohibition against significant interference with the use and peaceful enjoyment of the land by other persons. Finally, regarding the exceptions that are relevant here, the right of access in issue does not apply to Crown land “where access or use by the public is limited or prohibited” (s. 6.2.3.2), or “which is subject to an agreement for sale or a surface licence or lease”, except “to the extent the surface licence or lease permits public access” or “where the holder of the interest allows access” (s. 6.2.3.1 (emphasis added)).

[150] This last provision is the very one on which the decision on Mr. Paulsen’s application was based. It must therefore be determined whether the treaty requires the Crown to consult the Aboriginal party before exercising its right to transfer land belonging

[148] C’est à la section 6.2.0 que les parties à l’Accord-cadre, soit le Canada, le Yukon et le Conseil des Indiens du Yukon, ont prévu la confirmation dans les ententes définitives du droit de chaque Indien et première nation du Yukon d’accéder aux terres de la Couronne. La reprise de cette disposition dans les diverses ententes définitives a pour effet de conférer à chaque Indien et première nation du Yukon concerné un droit d’accès à des fins non commerciales (art. 6.2.1), droit qui est invoqué ici. Or, c’est en examinant ce droit qu’on arrive à cerner celui de la Couronne dont l’exercice est ici en cause et qui s’impose comme une exception au premier.

[149] En effet, le droit des premières nations d’accéder aux terres de la Couronne à des fins non commerciales est étroitement limité, en plus d’être assorti de conditions et d’exceptions. Il est limité en ce qu’il ne confère qu’un accès « occasionnel et négligeable » (art. 6.2.1.1) ou ayant « pour but la récolte de poissons ou d’animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 — Ressources halieutiques et fauniques » (art. 6.2.1.2), chapitre sur lequel je reviendrai. Les conditions applicables sont prévues à l’art. 6.2.4 — par exemple, une interdiction de porter atteinte de façon importante à l’utilisation et à la jouissance paisible de ces terres par d’autres personnes. Enfin, au sujet des exceptions qui sont pertinentes ici, le droit d’accès en cause ne s’applique pas aux terres de la Couronne « dont l’accès ou l’utilisation par le public est restreint ou prohibé » (art. 6.2.3.2) ou « faisant l’objet d’un contrat de vente, d’un permis ou d’un bail de surface », et ce, sauf « dans la mesure où le permis ou le bail de surface accorde un droit d’accès au public » ou « si le titulaire du contrat de vente ou encore du permis ou du bail de surface en permet l’accès » (art. 6.2.3.1 (je souligne)).

[150] Cette dernière disposition est précisément celle sur laquelle se fonde la décision sur la demande de M. Paulsen. Il s’agit donc de vérifier si, aux termes du traité, avant d’exercer son droit de céder des terres lui appartenant, d’une manière

to it in a way that could limit one or more rights granted to the Aboriginal party in the treaty. As I explain below, there are provisions in the treaty in question that govern this very issue.

[151] The Crown's right is clear, however. This exception to the right of access of First Nations to Crown land obviously implies that the Crown's general right to transfer land belonging to it continues to exist. Crown land, in respect of which Yukon's Aboriginal peoples have surrendered all Aboriginal rights and all rights arising out of Treaty No. 11, and which is not included in the land covered by the settlement of their comprehensive land claims, is defined in the agreement itself as land "vested from time to time in Her Majesty in Right of Canada, whether the administration and control thereof is appropriated to the Commissioner of the Yukon or not" (Chapter 1). Ownership of property implies, with some exceptions, the right to dispose of the property. The Crown's right to transfer land belonging to it is confirmed not only by s. 6.2.3.1 of the treaty, but also by s. 6.2.7, which limits that right by indicating that "Government shall not alienate Crown Land abutting any block of Settlement Land so as to deprive that block of Settlement Land of access from adjacent Crown Land or from a highway or public road." The treaty right being specifically invoked by the Little Salmon/Carmacks First Nation in respect of access to Crown land clearly ends where the Crown's right to transfer such land begins.

[152] Moreover, in invoking the right granted in s. 6.2.1.2 to every Yukon Indian person and Yukon First Nation, that of access to Crown land for the purpose of "Harvesting Fish and Wildlife in accordance with Chapter 16", the respondents are also engaging that chapter on fish and wildlife management. They further submit that the transfer of the land in question would reduce the value of the trapline held by one of them, Johnny Sam, under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229, and — in a more direct, but certainly no less significant,

susceptible de restreindre un ou plusieurs droits que le traité reconnaît à la partie autochtone, la Couronne doit au préalable consulter cette dernière. Comme je l'explique ci-dessous, le traité en cause contient des dispositions régissant précisément cette question.

[151] Le droit de la Couronne est cependant clair. En effet, cette exception au droit d'accès des premières nations aux terres de la Couronne suppose de toute évidence le maintien du droit général de la Couronne de céder des terres lui appartenant. Les terres de la Couronne sur lesquelles les Autochtones du Yukon ont renoncé à tout droit ancestral ou issu du Traité n° 11 et qui ne font pas partie des terres visées par le règlement de leur revendication territoriale globale sont définies dans l'accord même comme des terres « dont la propriété est dévolue à Sa Majesté du chef du Canada — que le commissaire du Yukon ait ou non pleine autorité sur celle-ci » (chapitre 1). Or, sauf exception, la propriété d'un bien implique le droit d'en disposer. Ce droit de la Couronne de céder des terres lui appartenant est confirmé non seulement par l'art. 6.2.3.1 du traité, mais aussi par l'art. 6.2.7 qui limite ce droit en indiquant que « [l]e gouvernement ne peut aliéner des terres de la Couronne attenantes à une pièce de terres visées par un règlement si cela aurait pour effet de couper cette pièce de terres soit des terres de la Couronne qui lui sont adjacentes, soit d'une route ou d'un chemin public. » Le droit issu de traité qu'invoque précisément la Première nation de Little Salmon/Carmacks relativement à l'accès aux terres de la Couronne s'arrête clairement là où commence le droit de celle-ci de céder de telles terres.

[152] Par ailleurs, en invoquant le droit que reconnaît l'art. 6.2.1.2 à chaque Indien et première nation du Yukon d'accéder aux terres de la Couronne pour s'adonner à « la récolte de poissons ou d'animaux sauvages conformément aux dispositions du Chapitre 16 », les intimés font également intervenir le chapitre relatif à la gestion des ressources halieutiques et fauniques. Ils soutiennent aussi que la cession de terre en cause diminuerait la valeur de la ligne de piégeage dont l'un d'entre eux, Johnny Sam, est titulaire en vertu de la *Loi sur la faune*,

manner — under the same Chapter 16 of the Final Agreement. Chapter 16 is accordingly in issue in this case and will have to be considered in greater detail.

(2) Fish and Wildlife Management

[153] Chapter 16 of the Final Agreement establishes a co-management framework with respect to fish and wildlife. It generally confirms the right of Yukon Indian people

to harvest for Subsistence within their Traditional Territory, and with the consent of another Yukon First Nation in that Yukon First Nation's Traditional Territory, all species of Fish and Wildlife for themselves and their families at all seasons of the year and in any numbers on Settlement Land and on Crown Land to which they have a right of access pursuant to 6.2.0 . . . [s. 16.4.2]

However, the actual scope of this general principle is limited in that the same provision concludes with the following words: “. . . subject only to limitations prescribed pursuant to Settlement Agreements” (s. 16.4.2). Those limitations are significant and they go beyond the exception to the right of access granted in Division 6.2.0, namely the Crown's exercise of its right to transfer land belonging to it. The exercise of the rights granted to the Aboriginal party in Chapter 16 is subject to limitations provided for not only in the final agreements, but also in “Legislation enacted for purposes of Conservation, public health or public safety” (s. 16.3.3); limitations provided for in legislation “must be consistent with this chapter, reasonably required to achieve those purposes and may only limit those rights to the extent necessary to achieve those purposes” (s. 16.3.3.1).

[154] There are other provisions in Chapter 16 of the Final Agreement, aside from s. 16.3.3, that regulate, in various ways, the right of Yukon Indian people to harvest fish and wildlife by, in particular, authorizing the fixing of quotas — referred to as

L.R.Y. 2002, ch. 229, et — de manière plus immédiate, mais assurément non moins importante — de ce même chapitre 16 de l'Entente définitive. Ce chapitre est donc en cause en l'espèce et il y a lieu de l'examiner plus en détail.

(2) Gestion des ressources halieutiques et fauniques

[153] Le chapitre 16 de l'Entente définitive instaure un régime de cogestion des ressources halieutiques et fauniques. Il vient confirmer de manière générale le droit des Indiens du Yukon

de récolter, à des fins de subsistance, dans les limites de leur territoire traditionnel et, avec le consentement de celle-ci, sur le territoire traditionnel d'une autre première nation du Yukon, toute espèce de poisson et d'animal sauvage, pour eux-mêmes et pour leur famille, en toute saison et sans limite de prises, sur des terres visées par un règlement et sur des terres de la Couronne où ils bénéficient d'un droit d'accès conformément à la section 6.2.0 . . . [art. 16.4.2]

Cependant, la portée réelle de ce principe général est limitée dans la mesure où la même disposition se termine par les mots suivants : « . . . sous réserve seulement des limites prévues par les ententes portant règlement » (art. 16.4.2). Ces limites sont importantes et vont au-delà de l'exception au droit d'accès conféré par la section 6.2.0 que constitue l'exercice par la Couronne de son droit de céder des terres lui appartenant. L'exercice des droits reconnus à la partie autochtone par le chapitre 16 est assujéti non seulement aux restrictions prévues par les dispositions des ententes définitives, mais aussi aux « mesures législatives édictées à des fins de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.3.3), mesures qui « doivent être compatibles avec les dispositions du présent chapitre, être raisonnablement nécessaires à la réalisation des fins susmentionnées et ne limiter les droits en question que dans la mesure nécessaire à la réalisation de ces fins » (art. 16.3.3.1).

[154] Outre l'article 16.3.3, d'autres dispositions du chapitre 16 de l'Entente définitive viennent encadrer de diverses manières le droit des Indiens du Yukon d'exploiter les ressources halieutiques et fauniques, notamment en permettant l'instauration

“total allowable harvest[s]” — “[w]hen opportunities to harvest Freshwater Fish or Wildlife are limited for Conservation, public health or public safety” (s. 16.9.1.1). Chapter 16 also establishes principles for sharing such harvests “between Yukon Indian People and other harvesters” (s. 16.9.1). Overall, the logic behind the principles used to allocate quotas is to “give priority to the Subsistence needs of Yukon Indian People while providing for the reasonable needs of other harvesters” (s. 16.9.1.1).

[155] Another goal of Chapter 16 of each of the final agreements, in addition to the simple fixing and allocation of quotas, is to regulate the exercise by Yukon Indian people of their rights to harvest fish and wildlife by setting up a multi-level management framework that combines the principle of participation of the First Nations in question and that of decentralization. Those with responsibilities in the context of that framework are, in each case, the First Nation in question, the renewable resources council (“council”), which has jurisdiction in respect of that First Nation’s traditional territory, the Fish and Wildlife Management Board (“Board”) (and its Salmon Sub-Committee), which has jurisdiction throughout the Yukon Territory, and, finally, the Minister responsible for the matter in issue. There is equal representation on the councils and the Board: thus, “[s]ubject to Transboundary Agreements and Yukon First Nation Final Agreements, each Council shall be comprised of six members consisting of three nominees of the Yukon First Nation and three nominees of the Minister” (s. 16.6.2), and “[t]he Board shall be comprised of six nominees of Yukon First Nations and six nominees of Government” (s. 16.7.2). Regarding the composition of the councils, the specific provisions of the final agreements add only that the First Nation and the Minister may each nominate one additional member as an alternate member (ss. 16.6.2.1 to 16.6.2.3). The chairperson of each council, and of the Board, is selected from the membership of the body in question in

de quotas, en l’occurrence des « récolte[s] totale[s] autorisée[s] », « [l]orsque les possibilités de récolter du poisson d’eau douce ou des animaux sauvages sont limitées pour des raisons de conservation, de santé publique ou de sécurité publique » (art. 16.9.1.1). Ce même chapitre prévoit aussi les principes de répartition de ces récoltes « entre les Indiens du Yukon et les autres personnes exerçant des activités de récolte » (art. 16.9.1). Dans l’ensemble, la logique présidant aux principes de répartition des quotas vise à « satisfaire en priorité les besoins pour fins de subsistance des Indiens du Yukon, tout en répondant aux besoins raisonnables des autres personnes qui s’adonnent à des activités de récolte » (art. 16.9.1.1).

[155] Au-delà des seules fins d’établissement et de répartition de quotas, le chapitre 16 de chacune des ententes définitives entend encadrer l’exercice par les Indiens du Yukon de leurs droits d’exploitation des ressources halieutiques et fauniques par la mise en place d’une structure de gestion à plusieurs niveaux conjuguant les principes de participation des premières nations concernées et de décentralisation. Les organes composant cette structure sont, dans chaque cas, la première nation concernée, le conseil des ressources renouvelables (« conseil ») compétent sur le territoire traditionnel de cette première nation, la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques (« Commission ») (et son sous-comité du saumon) — qui a compétence à l’échelle du territoire du Yukon — et, enfin, le ministre responsable de la matière en question. Les conseils et la Commission sont des organismes paritaires; « [s]ous réserve des dispositions des accords transfrontaliers et des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon, chaque conseil est formé de six membres dont trois sont choisis par la première nation du Yukon visée et trois par le ministre » (art. 16.6.2), et « [l]a Commission est formée de six personnes choisies par les premières nations du Yukon et de six autres choisies par le gouvernement » (art. 16.7.2). Relativement à la composition des conseils, les dispositions spécifiques des ententes définitives ne font qu’ajouter la possibilité pour la première nation et le ministre de proposer chacun un membre supplémentaire à titre de membre suppléant (art. 16.6.2.1

accordance with procedures it has established for itself (ss. 16.6.3 and 16.7.3). If no chairperson is selected within 30 days in the case of a council, or 60 days in the case of the Board, the Minister must, after consulting the council or the Board, as the case may be, appoint one from its membership (ss. 16.6.3.1 and 16.7.3.1).

[156] There are very few instances in which the organs referred to in Chapter 16, other than the Minister, are given decision-making powers. In one of the rare cases, the First Nation is given, “for Category 1 Traplines, the final allocation authority” (ss. 16.11.10.6 and 16.5.1.2) — I should mention that this is not the category to which Johnny Sam’s trapline belongs. The First Nation also has sole authority to “align, realign or group Category 1 Traplines where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines” (s. 16.5.1.3).

[157] More generally, the First Nation also has the following decision-making powers:

... [to] manage, administer, allocate or otherwise regulate the exercise of the rights of Yukon Indian People under 16.4.0 [concerning the harvesting of fish and wildlife] within the geographical jurisdiction of the Council established for that Yukon First Nation’s Traditional Territory by,

- (a) Yukon Indian People enrolled pursuant to that Yukon First Nation Final Agreement,
- (b) other Yukon Indian People who are exercising rights pursuant to 16.4.2, and
- (c) except as otherwise provided in a Transboundary Agreement, members of a transboundary claimant group who are Harvesting pursuant to that Transboundary Agreement in that Yukon First Nation’s Traditional Territory ... [s. 16.5.1.1]

However, the final paragraph of this provision contains the following clarification: “. . . where not inconsistent with the regulation of those rights by

à 16.6.2.3). Le président de chaque conseil et celui de la Commission sont choisis parmi les membres de l’organe en question, conformément à la procédure de sélection établie par celui-ci (art. 16.6.3 et 16.7.3). Si cela n’est pas fait dans un délai de 30 ou 60 jours, suivant le cas et respectivement, le ministre, après consultation de l’organe concerné, désigne l’un des membres de celui-ci comme président (art. 16.6.3.1 et 16.7.3.1).

[156] Hormis le ministre, les organes prévus au chapitre 16 sont très rarement investis de pouvoirs décisionnels. L’un de ces rares cas est l’attribution à la première nation de la « compétence en dernier ressort en ce qui concerne la répartition des lignes de piégeage de catégorie 1 » (art. 16.11.10.6 et 16.5.1.2) — signalons qu’il ne s’agit pas de la catégorie à laquelle appartient la ligne de piégeage de Johnny Sam. La première nation est aussi seule compétente pour « tracer ou modifier le tracé des lignes de piégeage de catégorie 1 ou encore grouper ces lignes de piégeage, si ces mesures n’ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3).

[157] La première nation détient en outre, plus généralement, les pouvoirs décisionnels suivants :

... gérer, administrer, répartir ou réglementer de quelque autre façon que ce soit l’exercice, par les personnes énumérées ci-après, des droits des Indiens du Yukon prévus par la section 16.4.0 [relativement au prélèvement des ressources halieutiques et fauniques], dans la région qui relève de la compétence du conseil établi pour son territoire traditionnel :

- a) les Indiens du Yukon inscrits en application de son entente définitive;
- b) les autres Indiens du Yukon qui exercent des droits prévus par l’article 16.4.2;
- c) sauf disposition contraire d’un accord transfrontalier, les membres d’un groupe revendicateur transfrontalier qui exercent, sur son territoire traditionnel, des activités de récolte conformément à cet accord transfrontalier ... [art. 16.5.1.1]

Or, le dernier alinéa de cette même disposition donne la précision suivante : « . . . en respectant les mesures de réglementation de ces droits qui sont

Government in accordance with 16.3.3 and other provisions of this chapter” (s. 16.5.1.1, final portion). The reality is that, aside from the allocation of individual rights from a group harvesting allocation, Chapter 16 mainly concerns management activities that ultimately fall under the Minister’s authority. The organs mentioned in Chapter 16 other than the Minister have in most cases — with some exceptions where they are given a form of decision-making authority — a power limited to holding consultations before a decision is made.

[158] It is in this context that the respondents’ argument regarding the *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004) must be considered. Management plans such as this one are referred to in Chapter 16 of the various final agreements and more specifically, for our purposes, in ss. 16.6.10 and 16.6.10.1, which read as follows:

Subject to Yukon First Nation Final Agreements, and without restricting 16.6.9 [on the Councils’ general powers], each Council:

16.6.10.1 may make recommendations to the Minister on the need for and the content and timing of Freshwater Fish and Wildlife management plans, including Harvesting plans, Total Allowable Harvests and the allocation of the remaining Total Allowable Harvest [under 16.9.4], for species other than the species referred to in 16.7.12.2 [species included in international agreements, threatened species declared by the Minister as being of territorial, national or international interest, and Transplanted Populations and Exotic Species] . . .

[159] A management plan such as the one relied on by the respondents is a policy statement regarding proposed legal acts, in particular decision

appliquées par le gouvernement conformément à l’article 16.3.3 et aux autres dispositions du présent chapitre » (art. 16.5.1.1, *in fine*). Le fait est que, sauf en matière de répartition de droits individuels à partir d’une allocation de prélèvement de groupe, il est surtout question au chapitre 16 d’activités de gestion qui relèvent, en fin de processus, du ministre. Les organes mentionnés au chapitre 16 — à l’exception du ministre — se voient parfois confier un pouvoir quasi décisionnel, mais il ne s’agit le plus souvent que d’un simple pouvoir consultatif prédécisionnel.

[158] C’est dans ce contexte qu’il faut situer l’argument des intimés relatif au plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la Première nation de Little Salmon/Carmacks — *Community-based Fish and Wildlife Management Plan: Little Salmon/Carmacks First Nation Traditional Territory, 2004-2009* (2004). Il est question de tels plans de gestion au chapitre 16 des diverses ententes définitives et, plus particulièrement, pour les fins qui nous intéressent, aux art. 16.6.10 et 16.6.10.1, qui prévoient ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des ententes définitives conclues par les premières nations du Yukon et sans restreindre la portée générale de l’article 16.6.9 [relatif aux attributions générales des Conseils], chaque conseil peut :

16.6.10.1 présenter au ministre des recommandations quant au besoin d’établir des plans de gestion du poisson d’eau douce et des animaux sauvages, à la teneur de ces plans et au moment de leur production, notamment en ce qui concerne les plans de récolte, les récoltes totales autorisées et la répartition du reste de la récolte totale autorisée [en vertu de l’article 16.9.4], à l’égard des espèces autres que celles visées à l’article 16.7.12.2 [espèces visées par des accords internationaux, espèces menacées ou déclarées par le ministre comme étant d’intérêt territorial, national ou international, populations transplantées et espèces exotiques] . . .

[159] Un plan de gestion tel celui invoqué par les intimés constitue un énoncé de politique faisant état d’actes juridiques projetés, le plus souvent des

making and the making of regulations under statutory authority. As its title indicates, therefore, this plan only sets out an administrative agreement on how the partners plan to exercise their legal powers.

[160] The passage from the management plan to which the respondents refer reads as follows:

Concern: There is a need to protect the Yukon River from Tatchun Creek to Minto as important habitat for moose, salmon, and other wildlife.

This section of the Yukon River contains a number of sloughs and islands, and was identified as important habitat for moose during calving, summer and winter. Moose were commonly seen in this area back in the 1960s, but fewer have been seen in recent years. “Dog Salmon Slough” was one area noted in particular as an important habitat area. Bears use Dog Salmon Slough for fishing. Moose might be staying away from river corridors now with the increased river travel traffic during summer. The review process for land applications in this area needs to consider the importance of these habitat areas to fish and wildlife.

Solution: Conserve the important moose and salmon habitat along the Yukon River from Tatchun Creek to Minto.

Pursue designating the area between Tatchun Creek and Minto along the Yukon River as a Habitat Protection Area under the *Wildlife Act*.

The community and governments need to get together to decide what kind of activities should happen in this important wildlife habitat. This is an overlap area with Selkirk First Nation, and the CRRC [Carmacks Renewable Resource Council] needs to consult with them. A [Little Salmon/Carmacks First Nation] Game Guardian could also assist in evaluating the area for designation and providing management guidelines. [pp. 32-33]

[161] Two concerns can therefore be identified: the protection of fish and wildlife and the designation of areas. As I will explain below, the protection of fish and wildlife could be, and in fact

décisions ou des textes réglementaires devant être pris en vertu de la loi. Comme l’indique son titre, ce plan ne fait donc que consigner une entente administrative sur la façon dont les partenaires prévoient exercer leurs pouvoirs juridiques.

[160] Le passage pertinent du plan de gestion auquel renvoient les intimés est le suivant :

[TRADUCTION] Préoccupation : Il faut protéger le fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto, puisqu’il s’agit d’un habitat important pour le saumon, les orignaux et d’autres animaux sauvages.

Cette partie du fleuve Yukon contient un certain nombre de faux chenaux et d’îles, et elle est considérée comme un habitat important pour les orignaux pendant le vèlage, l’été et l’hiver. On y voyait couramment des orignaux dans les années 1960, alors qu’on en observe plus rarement au cours des dernières années. Le faux chenal Dog Salmon (« *Dog Salmon Slough* ») était un endroit particulièrement reconnu comme un habitat important. Les ours pêchent à cet endroit. C’est peut-être en raison de l’accroissement de la circulation maritime pendant l’été que les orignaux se tiennent loin des corridors fluviaux. Il faut, dans le cadre du processus d’examen des demandes d’aliénation de terres dans cette région, tenir compte de l’importance de ces habitats pour le poisson et les animaux sauvages.

Solution : Conserver l’habitat important pour les orignaux et le saumon le long du fleuve Yukon, de Tatchun Creek jusqu’à Minto.

Demander la désignation de la région entre Tatchun Creek et Minto, le long du fleuve Yukon, comme région de protection de l’habitat sous le régime de la *Loi sur la faune*.

La communauté et les gouvernements doivent se concerter pour décider quels types d’activités devraient être menées dans cet habitat faunique important. Il s’agit d’un territoire qui chevauche celui de la Première Nation de Selkirk, et le CRRC [Conseil des ressources renouvelables de Carmacks] doit consulter cette première nation. Un garde-faune [de la Première nation de Little Salmon/Carmacks] pourrait aussi aider à l’évaluation de la région devant être désignée et fournir des lignes directrices en matière de gestion. [p. 32-33]

[161] Deux préoccupations ressortent donc : la protection du poisson et des animaux sauvages et la désignation des sites. Comme je l’expliquerai plus loin, le processus menant à la cession de terre

was, taken into consideration in the process leading to the transfer of land. As for the designation of a protected area, which could have prevented any transfer of the land in question in Mr. Paulsen's application from occurring, it was a complex process. Such a designation would have required that three steps be completed successfully: (1) the Little Salmon/Carmacks First Nation would have to recommend the designation after consulting the Selkirk First Nation and the renewable resources council, in accordance with the relevant provisions of the management plan; (2) the Commissioner in Executive Council would have to designate the area by making a regulation under s. 187 of the *Wildlife Act*, the effect of which would simply be to make it possible to withdraw the lands in question from disposition; and (3) the Commissioner in Executive Council would have to actually withdraw the lands from disposition by making an order under s. 7(1)(a) of the *Yukon Lands Act*, R.S.Y. 2002, c. 132, which would be done if the Commissioner in Executive Council considered it advisable to do so in the public interest. These steps had not yet been taken, and in the meantime no provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question had been agreed upon, despite the fact that such a suspension had been suggested in September 2004, a few weeks before the decision on Mr. Paulsen's application, at a meeting concerning an agricultural policy review that was attended by representatives from the First Nation and the Agriculture Branch.

[162] In sum, the provisions of Chapter 16 on fish and wildlife management establish a framework under which the First Nations are generally invited to participate in fish and wildlife management at the pre-decision stage. In particular, the invitation they receive to propose fish and wildlife management plans can be regarded as consultation.

(3) Trapline

[163] The respondents submit that the land transfer in issue will reduce the value of the trapline

pouvait prendre en considération la protection du poisson et des animaux sauvages et, de fait, il le faisait. Pour ce qui est d'une désignation d'aire protégée, ce qui aurait pu éventuellement conduire à soustraire à toute cession la terre visée par la demande de M. Paulsen, il s'agissait d'un processus complexe. Une telle désignation aurait requis que trois étapes soient franchies avec succès : (1) une recommandation de désignation formulée par la Première nation de Little Salmon/Carmacks après consultation avec la Première nation de Selkirk et le conseil des ressources renouvelables conformément aux dispositions pertinentes du plan de gestion; (2) une désignation effectuée par le commissaire en conseil exécutif au moyen d'un règlement pris en vertu de l'art. 187 de la *Loi sur la faune*, désignation qui a tout simplement pour effet d'ouvrir la possibilité de soustraire les terres à la cession; (3) la soustraction comme telle des terres à la cession par décret du commissaire en conseil exécutif pris en vertu de l'al. 7(1)a de la loi du Yukon intitulée *Loi sur les terres*, L.R.Y. 2002, ch. 132, une telle mesure étant prise dans les cas où ce dernier l'estime conforme à l'intérêt public. De telles étapes restaient à franchir et, dans l'intervalle, aucune suspension provisoire du traitement des demandes portant sur des terres de la région visée n'avait été convenue, malgré une suggestion à cet effet formulée lors d'une rencontre qui avait eu lieu en septembre 2004, soit quelques semaines avant la décision sur la demande de M. Paulsen, et qui portait sur la révision de la politique agricole et réunissait des représentants de la première nation et de la Direction de l'agriculture.

[162] En somme, les dispositions du chapitre 16 qui concernent la gestion des ressources halieutiques et fauniques instaurent un régime par lequel les premières nations sont généralement invitées à participer à la gestion des ressources halieutiques et fauniques sur une base prédécisionnelle. Notamment, l'invitation qui leur est faite de proposer des plans de gestion des ressources halieutiques et fauniques peut être considérée comme une consultation.

(3) Ligne de piégeage

[163] Les intimés soutiennent que la cession de terre en cause diminuera la valeur de la ligne de

held by Johnny Sam under the *Wildlife Act*, to which Division 16.11.0 of the Final Agreement on trapline management and use applies. In addition to the principles on the allocation of possible quotas between the First Nations and other harvesters, Chapter 16 of the Yukon final agreements includes specific rules for the trapping of furbearers. Division 16.11.0 incorporates, with necessary changes, the framework for granting individual traplines, or “concessions”, established in the *Wildlife Act*. The changes made to that general framework in the final agreements relate primarily to the allocation of traplines in the First Nations’ traditional territory.

[164] Section 16.11.2 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations under the Umbrella Agreement reads as follows:

In establishing local criteria for the management and Use of Furbearers in accordance with 16.6.10.6 [which delegates the authority to adopt bylaws under the *Wildlife Act*] and 16.6.10.7 [which grants the authority to make recommendations to the Minister and the First Nation], the Councils shall provide for:

- 16.11.2.1 the maintenance and enhancement of the Yukon’s wild fur industry and the Conservation of the fur resource; and
- 16.11.2.2 the maintenance of the integrity of the management system based upon individual trapline identity, including individual traplines within group trapping areas.

[165] The Final Agreement contains a specific provision concerning the allocation of traplines between Aboriginal and non-Aboriginal people in the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation, namely s. 16.11.4.1, which provides that “[t]he overall allocation of traplines which have more than 50 percent of their area in that portion of the Traditional Territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation which is

piégeage dont est titulaire Johnny Sam en vertu de la *Loi sur la faune* et à laquelle se rapporte la section 16.11.0 de l’Entente définitive relative à la gestion et à l’utilisation des lignes de piégeage. Au-delà des principes relatifs à la répartition d’éventuels contingents entre les premières nations et les autres exploitants, le chapitre 16 des ententes définitives du Yukon assujettit le piégeage d’animaux à fourrure à des règles particulières. En fait, la section 16.11.0 renvoie avec les adaptations nécessaires au régime d’octroi de lignes, ou « concessions » de piégeage individuelles que prévoit la *Loi sur la faune*. Les modifications qu’apportent les ententes définitives à ce régime d’application générale concernent pour l’essentiel la répartition des lignes de piégeage au sein du territoire traditionnel des premières nations concernées.

[164] En effet, l’art. 16.11.2 des diverses ententes définitives conclues aux termes de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon stipule que :

Dans l’établissement, conformément aux articles 16.6.10.6 [portant délégation d’un pouvoir réglementaire en vertu de la *Loi sur la faune*] et 16.6.10.7 [attribuant un pouvoir de recommandation auprès du ministre et de la première nation], des critères locaux en matière de gestion et d’utilisation des animaux à fourrure, les conseils doivent viser les objectifs suivants :

- 16.11.2.1 le maintien et la mise en valeur de l’industrie de la fourrure d’animaux sauvages au Yukon et la conservation de cette ressource;
- 16.11.2.2 le maintien de l’intégrité du système de gestion fondé sur l’identification des lignes de piégeage individuelles, y compris des lignes de piégeage individuelles situées dans des secteurs de piégeage collectif.

[165] L’Entente définitive contient une disposition spécifique relative à la répartition des lignes de piégeage entre Autochtones et allochtones sur le territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks. Il s’agit de l’art. 16.11.4.1, qui précise que « [l]e nombre total de lignes de piégeage qui sont situées dans une proportion de plus de 50 % dans la partie du territoire traditionnel de la première nation de Little Salmon/Carmacks

not overlapped by another Yukon First Nation's Traditional Territory is 11 traplines held by Yukon Indian People and three traplines held by other Yukon residents." This allocation does not apply to Johnny Sam's trapline, since it is located entirely within the portion of the traditional territory of the Little Salmon/Carmacks First Nation that overlaps the traditional territory of the Selkirk First Nation.

[166] Furthermore, as I mentioned above, the Final Agreement establishes two categories of traplines. After being granted to an individual, a trapline located in the traditional territory of a First Nation may, with the written consent of its registered holder, be designated a Category 1 trapline (s. 16.11.8). Otherwise, it will be a Category 2 trapline. Such a designation gives the First Nation the authority — particularly if the trapline is vacant or underused — to reallocate it (ss. 16.5.1.2 and 16.11.10.6), or to align it, realign it or group it with another line "where such alignments, realignments or groupings do not affect Category 2 Traplines" (s. 16.5.1.3). Authority over Category 2 lines rests not with the First Nation, but with the Minister (ss. 16.3.1 and 16.11.10.7 and Division 16.8.0). In their decisions, the courts below indicated that Johnny Sam's trapline is a Category 2 trapline.

[167] Section 16.11.13 establishes the right of "Yukon Indian People holding traplines whose Furbearer Harvesting opportunities will be diminished due to other resource development activities [to] be compensated". This right is broader than the right to compensation the holder of a trapline has under s. 82 of the *Wildlife Act*, which is limited to situations in which a concession is revoked or the re-issuance of a concession is refused for purposes related to the conservation of wildlife or to protection of the public interest, but without giving two years' notice. Regarding the consequences the transfer of land to one person might have on another person's right to trap, I would point out that the *Wildlife Act* (s. 13(1)) provides that "[a] person

qui ne coïncide pas avec le territoire traditionnel d'une autre première nation est de onze lignes de piégeage détenues par les Indiens du Yukon et de trois lignes de piégeage détenues par d'autres résidents du Yukon. » La ligne de piégeage dont est titulaire Johnny Sam n'est pas visée par cette répartition, dans la mesure où elle se situe entièrement dans cette portion du territoire traditionnel de la Première nation de Little Salmon/Carmacks qui chevauche celui de la Première nation de Selkirk.

[166] En outre, tel qu'il est mentionné ci-dessus, l'Entente définitive établit deux catégories de lignes de piégeage. Une fois octroyée à un individu, une ligne de piégeage se situant dans le territoire traditionnel d'une première nation peut, avec le consentement écrit de son détenteur inscrit, être désignée ligne de piégeage de catégorie 1 (art. 16.11.8). À défaut, la ligne sera donc de catégorie 2. Une telle désignation a pour effet de conférer compétence à la première nation en ce qui concerne — notamment en cas de vacance ou de sous-utilisation — sa réattribution (art. 16.5.1.2 et 16.11.10.6) ou encore son tracé ou son groupage avec une autre ligne « si ces mesures n'ont aucune incidence sur les lignes de piégeage de catégorie 2 » (art. 16.5.1.3). Les lignes de catégorie 2 relèvent quant à elles non pas de la première nation mais du ministre (art. 16.3.1 et 16.11.10.7 et section 16.8.0). Les décisions des juridictions inférieures indiquent que la ligne de piégeage détenue par Johnny Sam appartient à la catégorie 2.

[167] L'article 16.11.13 établit le droit des « Indiens du Yukon qui détiennent des lignes de piégeage et dont les possibilités de récolte d'animaux à fourrure diminueront en raison d'autres activités de mise en valeur des ressources [d']être indemnisés ». Ce droit va au-delà de ce que prévoit l'art. 82 de la *Loi sur la faune* en faveur du titulaire d'une ligne de piégeage, c'est-à-dire le droit d'être indemnisé pour seule cause de révocation ou refus de renouvellement, aux fins de protection de la faune ou de l'intérêt public, sans préavis d'au moins deux ans. Relativement aux conséquences que peut avoir la cession d'une terre à une personne sur le droit de trapper d'une autre, je signale que la *Loi sur la faune* (par. 13(1)) précise qu'« [i] est interdit de chasser ou

shall not hunt or trap wildlife within one kilometre of a building which is a residence, whether or not the occupants are present in the building at the time, unless the person has the permission of the occupants to do so.”

[168] Having discussed the granting of rights and establishment of duties in Chapter 16 of the Final Agreement, on which the respondents are relying, I must now ask whether this chapter establishes a specific procedure to be followed by the Yukon government to consult the signatory First Nation before exercising its right to transfer Crown land under the (Yukon) territory’s jurisdiction. The answer is no. The consultation provided for in ss. 16.3.3.2, 16.5.4 and 16.7.16 relates to the management of fish and wildlife, not to the impact an action might have in relation to fish and wildlife. However, ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13 provide that the First Nation, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board, respectively, have standing as interested parties to participate in the public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the particular traditional territory. But the terms “agency”, “board” or “commission” refer, in particular, to the bodies in question in Chapter 12 of the Final Agreement, which establishes a procedure for consulting the First Nations signatories by ensuring their participation in the environmental and socio-economic assessment of development activities such as the one that resulted from the approval of Mr. Paulsen’s application.

[169] I would nevertheless like to point out that Johnny Sam had rights as the holder of the trapline. He had the same rights as anyone else where procedural fairness is concerned. He also had the right to be compensated in accordance with s. 16.11.13. But the respondents are neither arguing that there has been a breach of procedural fairness nor asserting their right to compensation. What they are seeking

de piéger une espèce faunique dans un rayon d’un kilomètre d’une maison d’habitation, que les occupants soient présents ou non à ce moment, à moins d’avoir la permission de ces derniers. »

[168] Après avoir exposé la répartition de droits et d’obligations effectuée au chapitre 16 de l’Entente définitive invoqué par les intimés, il faut maintenant se demander si ce chapitre instaure une procédure particulière de consultation de la première nation signataire par le gouvernement du Yukon, préalablement à l’exercice par ce dernier de son droit de céder des terres de la Couronne relevant du Territoire (du Yukon). La réponse est négative. En effet, la consultation prévue aux art. 16.3.3.2, 16.5.4 et 16.7.16 se rapporte à la gestion des ressources halieutiques et fauniques et non pas aux répercussions qu’une mesure est susceptible d’entraîner en ce domaine. En revanche, les art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13 disposent que la première nation, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques, respectivement, ont qualité, en tant que partie intéressée, pour participer aux audiences publiques d’une agence, d’un office ou d’une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné. Or, cette « agence », cet « office » ou cette « commission », ce seront notamment les organes dont il est question au chapitre 12 de l’Entente définitive, lequel prévoit une procédure de consultation des premières nations signataires concernées en garantissant leur participation à l’évaluation environnementale et socioéconomique des activités de développement, comme l’est l’activité qui résulte de l’approbation de la demande de M. Paulsen.

[169] Je tiens tout de même à signaler que la ligne de piégeage conférait des droits à Johnny Sam. Ce dernier bénéficiait en effet des droits que possède tout administré en matière d’équité procédurale. Il avait aussi le droit d’être indemnisé conformément aux dispositions de l’art. 16.11.13. Or, les intimés n’invoquent ni un manquement à l’équité procédurale ni leur droit à une

is to have the decision on Mr. Paulsen's application quashed on the ground that the Crown had a common law duty to consult them (R.F. on cross-appeal, at para. 86). It is my view, therefore, that a review of the rights granted in the Final Agreement with respect to consultation prior to a decision such as the one in issue in this case is indispensable.

C. *Formal Rights and Duties in Issue*

[170] The appellants argue that Chapter 12 is not applicable on the ground that it had not yet been implemented at the relevant time. According to the respondents, the process provided for in Chapter 12 would have been applicable had it been implemented, but it is only one form of consultation among all those that would be applicable — in their view, the common law duty is not excluded. Binnie J. also proposes that the common law duty to consult should apply where the Crown exercises a right granted to it in the treaty, even if the treaty provides for consultation in relation to that right. I disagree with him on this point. As I mentioned above, respect for the autonomy of the parties implies that effect must be given to the provisions they have agreed on in finalizing the relationship between them on a given matter. I cannot therefore agree with disregarding provisions adopted by the parties with respect to the transitional law.

[171] The Umbrella Agreement and the Final Agreement in issue here state that the settlement legislation must provide that a settlement agreement is binding on third parties (s. 2.4.2.3), and the *Yukon First Nations Land Claims Settlement Act* provides that “[a final agreement or transboundary agreement that is in effect] is binding on all persons and bodies that are not parties to it” (s. 6(2)). Both these agreements are binding not only on the parties, but also on third parties. Therefore, in my opinion, it is necessary for this Court to review the provisions of Chapter 12.

indemnité. Ce qu'ils réclament c'est la cassation de la décision sur la demande de M. Paulsen, au motif que la Couronne avait, selon la jurisprudence pertinente, l'obligation de les consulter (m.i. en appel incident, par. 86). Il est donc déterminant, à mon avis, d'examiner les droits que confère l'Entente définitive en matière de consultation lors d'une décision comme celle en cause en l'espèce.

C. *Droits et obligations formels en cause*

[170] Les appelants écartent l'application du chapitre 12, au motif qu'il n'aurait pas été mis en œuvre au moment des faits pertinents. Par ailleurs, du point de vue des intimés, le processus prévu par le chapitre 12 se serait appliqué s'il avait été mis en vigueur mais ne représente qu'une forme de consultation parmi toutes celles qui seraient applicables — l'obligation jurisprudentielle de consultation ne serait pas exclue. Le juge Binnie, quant à lui, propose aussi le maintien de l'obligation jurisprudentielle de consultation lors de l'exercice par la Couronne d'un droit prévu par le traité et ce, même en présence de dispositions relatives à la consultation relativement à ce droit. Je ne suis pas d'accord avec lui sur ce point. Comme je l'ai mentionné plus tôt, il en va du respect de l'autonomie des parties de respecter les stipulations dont elles ont convenu pour sceller leurs relations sur une matière donnée. Pour cette raison je ne peux accepter qu'on fasse fi des stipulations des parties concernant le droit transitoire.

[171] L'Accord-cadre et l'Entente définitive ici en cause prévoient que la loi de mise en œuvre devra indiquer que l'entente portant règlement lie les tiers (art. 2.4.2.3), et la *Loi sur le règlement des revendications territoriales des premières nations du Yukon* précise qu'« [i] est entendu [que tout accord — définitif ou transfrontalier — en vigueur] a force obligatoire pour toute personne et tout organisme qui n'y sont pas parties » (par. 6(2)). Cet accord et cette entente lient non seulement les parties, mais aussi les tiers. Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour ne saurait écarter l'examen des dispositions du chapitre 12.

[172] Chapter 12 of the Umbrella Agreement, which can also be found in the final agreements, did not simply lay the foundations for an environmental and socio-economic assessment process that was to be implemented by means of a statute other than the general implementing legislation for those agreements — which was done by enacting the *Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act*, S.C. 2003, c. 7 (“YESAA”) — it also contains transitional law provisions regarding the duties of the parties to the Umbrella Agreement and the final agreements that would apply even before the enactment of that statute implementing the process in question.

[173] In reality, the Yukon final agreements provided that they would be implemented and would come into effect by way of legislation or of an order-in-council, as the case may be, and that their coming into effect was a condition precedent to their validity (ss. 2.2.11 and 2.2.12). This could be understood to mean that, since Chapter 12 required the enactment of specific implementing legislation, it constituted an exception to the general implementation of a final agreement and created no legal rights or duties until that legislation was enacted. But that is not what the Final Agreement says.

[174] In Division 12.2.0 of the Final Agreement, the expression “Development Assessment Legislation” is defined as “Legislation enacted to implement the development assessment process set out in this chapter” (emphasis added). This definition therefore does not concern special implementing legislation for Chapter 12 as a whole, but legislation to implement the *process* provided for in that chapter. This is confirmed by s. 12.3.1, which provides that “Government shall implement a development assessment process consistent with this chapter by Legislation”. Logically, therefore, when a final agreement concluded under the Umbrella Agreement with the Yukon First Nations comes into effect, the result, even if the assessment process has not yet been implemented, is to give effect to several provisions of Chapter 12 that are common to all the final agreements, including

[172] Le chapitre 12 de l’Accord-cadre, qu’on retrouve aussi dans les ententes définitives, n’a pas fait que jeter les bases d’un processus d’évaluation environnementale et socioéconomique qui devait être mis en œuvre au moyen d’une loi distincte de la loi de mise en œuvre générale de ces ententes — ce qui fut fait par la *Loi sur l’évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon*, L.C. 2003, ch. 7 (« LÉESY ») — mais il contient également des dispositions de droit provisoires relatives aux obligations des parties à l’Accord-cadre et aux ententes définitives qui s’appliquent même avant la promulgation de cette loi de mise en œuvre du processus qu’il envisage.

[173] En réalité, les ententes définitives du Yukon prévoient que leur mise en œuvre et mise en vigueur se font par loi ou par décret, selon le cas, et que leur mise en vigueur constitue une condition de leur validité (art. 2.2.11 et 2.2.12). On pourrait donc être amené à croire que, dans la mesure où il requiert la promulgation d’une loi de mise en œuvre spécifique, le chapitre 12 constitue une exception à la mise en vigueur générale d’une entente définitive, de telle sorte que, tant que n’a pas été promulguée cette loi, le chapitre 12 n’est porteur d’aucun droit ou obligation juridique. Or, ce n’est pas ce qui ressort du texte de l’Entente définitive.

[174] Aux termes de la section 12.2.0 de l’instrument qui nous occupe, l’expression « [loi] sur l’évaluation des activités de développement » s’entend de la « mesure législative édictée pour assurer la mise en œuvre du processus d’évaluation des activités de développement défini dans le présent chapitre » (je souligne). Cette définition ne renvoie donc pas à une loi de mise en œuvre particulière du chapitre 12 dans son ensemble, mais à la mise en œuvre du *processus* prévu à ce chapitre. Cette conclusion est confirmée par l’art. 12.3.1, qui prévoit que « [l]e gouvernement assure, au moyen d’une mesure législative, la mise en œuvre d’un processus d’évaluation des activités de développement conforme aux dispositions du présent chapitre ». Par conséquent, en toute logique, même si le processus d’évaluation n’a pas encore été mis en œuvre, l’entrée en vigueur d’une entente définitive conclue aux termes

those that establish the applicable transitional law.

[175] Section 12.19.5 provides that “[n]othing in [Chapter 12] shall be construed to affect any existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect.” This provision sets out the transitional law that would apply until the *YESAA* came into force, establishing that until then, existing statutes and regulations with respect to development assessment would constitute the minimum to which Yukon First Nations were entitled, which meant that those statutes and regulations could not be amended so as to reduce the level of protection enjoyed by the First Nations. Chapter 12 does not require that any amendments be made to that existing law in the meantime.

[176] In addition, s. 12.3.4 provides that “Government shall recommend to Parliament or the Legislative Assembly, as the case may be, the Development Assessment Legislation consistent with this chapter as soon as practicable and in any event no later than two years after the effective date of Settlement Legislation.” The “settlement legislation” referred to here is clearly not the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12, but the “settlement legislation” provided for in Division 2.4.0 — the legislation to implement the particular final agreement. Both the territorial settlement legislation and the corresponding federal legislation came into force in 1995. As for the specific process contemplated in Chapter 12, it was ultimately implemented by Parliament by means of the *YESAA*.

[177] The transitional law, that is, the law that applied before the *YESAA* came into force, included, in addition to s. 12.19.5, which was discussed above, s. 12.3.6 of the Final Agreement, which read as follows:

de l’Accord-cadre avec les premières nations du Yukon donne effet à plusieurs dispositions de ce chapitre 12 que toutes les ententes définitives ont en commun, notamment ses dispositions établissant le droit provisoire applicable.

[175] L’article 12.19.5 dispose que le chapitre 12 « n’a pas pour effet de porter atteinte à tout processus existant d’évaluation des activités de développement au Yukon avant l’entrée en vigueur de la [loi] sur l’évaluation des activités de développement. » Cette disposition établit le droit provisoire applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY* et signifie que, avant son entrée en vigueur, les lois et règlements existants en la matière établissent le minimum auquel ont droit les premières nations du Yukon, de sorte que ces textes ne sauraient être modifiés d’une manière qui réduirait le niveau de protection reconnu à ces dernières. Par ailleurs, durant ce même intervalle aucune modification de ce même droit existant n’est exigée par le chapitre 12.

[176] En outre, l’art. 12.3.4 prévoit que « [l]e gouvernement recommande au Parlement ou à l’Assemblée législative, selon le cas, l’édition d’une mesure législative sur l’évaluation des activités de développement qui soit compatible avec les dispositions du présent chapitre et ce, dès que possible ou au plus tard deux ans après la date d’entrée en vigueur de la loi de mise en œuvre. » Cette toute dernière loi de mise en œuvre n’est de toute évidence pas la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12, mais bien la loi de mise en œuvre dont il est question à la section 2.4.0 — la loi de mise en œuvre de l’entente définitive concernée. Tant la loi territoriale de mise en œuvre des premières ententes définitives que la loi fédérale correspondante sont entrées en vigueur en 1995. Quant à la mise en œuvre spécifique du processus prévu au chapitre 12, c’est finalement le Parlement qui y a procédé avec la *LÉESY*.

[177] Relativement au droit provisoire, c’est-à-dire au droit qui était applicable avant l’entrée en vigueur de la *LÉESY*, outre l’art. 12.19.5 vu plus haut, l’art. 12.3.6 de l’Entente définitive prévoyait ceci :

Prior to the enactment of Development Assessment Legislation, the parties to the Umbrella Final Agreement shall make best efforts to develop and incorporate in the implementation plan provided for in 12.19.1, interim measures for assessing a Project which shall be consistent with the spirit of this chapter and within the existing framework of Law and regulatory agencies. [Emphasis added.]

No implementation plan of the type provided for in s. 12.19.1 was produced in this case. Moreover, s. 12.19.4 provided that Chapter 12 was not to “be construed to prevent Government, in Consultation with Yukon First Nations, from acting to improve or enhance socio-economic or environmental procedures in the Yukon in the absence of any approved detailed design of the development assessment process”. No evidence of any such action was adduced in the case at bar. By virtue of s. 12.19.5, therefore, the applicable interim framework corresponded to the “existing development assessment process in the Yukon prior to the Development Assessment Legislation coming into effect”.

[178] However, it should be mentioned that the interim framework, which was intended to apply for only a relatively short period, was ultimately in effect longer than planned. This is because the bill that became the implementing legislation for the process contemplated in Chapter 12 was not introduced until October 3, 2002, that is, over five and a half years after the February 14, 1997 deadline provided for in s. 12.3.4 of the Final Agreement. In fact, that deadline had already passed when the Final Agreement was signed in 1997. Since it is clear from the provisions of Chapter 12 that before the *YESAA* came into force, the parties to the Umbrella Agreement were required to make best efforts to ensure that the Yukon First Nations received the benefit of the spirit of that chapter as soon as was practicable, it is important to begin — not in order to apply the *letter* of the *YESAA*, but in order to clearly understand the *spirit* of Chapter 12, of which certain other provisions that were applicable expressly stated that, in the interim, best efforts were to be made to honour that spirit — by

Avant l'édiction de la législation sur l'évaluation des activités de développement, les parties à l'Accord-cadre définitif s'efforcent d'élaborer et d'incorporer au plan de mise en œuvre prévu à l'article 12.19.1 des mesures provisoires d'évaluation des projets qui soient conformes à l'esprit du présent chapitre et respectent les limites existantes établies par les règles de droit applicables et les organismes réglementaires. [Je souligne.]

Aucun plan de mise en œuvre de la nature de celui visé à l'art. 12.19.1 n'a été produit en l'espèce. Du reste, l'art. 12.19.4 précisait que le chapitre 12 n'avait « pas pour effet d'empêcher le gouvernement, en consultation avec les premières nations du Yukon, de prendre des mesures afin d'améliorer les procédures existantes en matière socio-économique ou environnementale au Yukon, en l'absence d'un plan détaillé approuvé [*« approved detailed design »*] du processus d'évaluation des activités de développement ». Aucune preuve n'a été déposée en l'espèce à l'égard d'une telle mesure. Par conséquent, conformément à l'art. 12.19.5, le régime provisoire applicable correspondait au « processus existant d'évaluation des activités de développement au Yukon avant l'entrée en vigueur de la [loi] sur l'évaluation des activités de développement ».

[178] Il convient cependant de noter que le régime provisoire, qui ne devait s'appliquer que pendant une période relativement courte, s'est prolongé plus longtemps que prévu. En effet, je dois souligner que le projet qui est à l'origine de la loi de mise en œuvre du processus envisagé au chapitre 12 n'a été déposé que le 3 octobre 2002, soit plus de cinq ans et demi après l'échéance du 14 février 1997 prévue à l'art. 12.3.4 de l'Entente définitive. En fait, lorsque cette entente a été signée en 1997, cette échéance était déjà dépassée. Comme il ressort de l'économie des dispositions du chapitre 12 que, avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*, les parties à l'Accord-cadre devaient s'efforcer de faire en sorte que les premières nations du Yukon bénéficient de l'esprit de ce chapitre dans les meilleurs délais, il importe, dans un premier temps, de vérifier ce à quoi aurait eu droit la Première nation de Little Salmon/Carmacks en vertu de la *LÉESY* si le processus que celle-ci met en œuvre s'était appliqué à la demande de M. Paulsen, et ce, dans le but, non pas de rendre applicable la *lettre* de la *LÉESY*, mais

determining what the Little Salmon/Carmacks First Nation would have been entitled to under the YESAA if the process implemented in that Act had applied to Mr. Paulsen's application.

(1) Permanent Process: YESAA

[179] One objective of Chapter 12 of the final agreements concluded with the Yukon First Nations is to ensure the implementation of a development assessment process that "provides for guaranteed participation by Yukon Indian People and utilizes the knowledge and experience of Yukon Indian People in the development assessment process" (s. 12.1.1.2). This framework was designed to incorporate both the participation of the First Nations and a certain degree, if not of decentralization, at least of administrative deconcentration. These objectives are achieved through the membership of the bodies established in Chapter 12 of the final agreements and the YESAA, and through the oversight by those bodies of development activities planned for the territory in question. This integrated mechanism was intended, with some exceptions, to become Yukon's default assessment procedure. The relationship between the process established in Chapter 12 and the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, is made clear in s. 63 of the YESAA. In addition to the principle of a *single* assessment, Chapter 12 (ss. 12.14.1.2 and 12.14.3.2) and its implementing legislation (ss. 82(1), 83(1) and 84(1)) confirm the principle of *prior* assessment (prior to the authorization of any project).

[180] The process for which Chapter 12 lays the foundations involves two main organs: the Yukon Development Assessment Board and all the "designated offices" at the local level. The YESAA also refers to them as the "Board" and the "designated offices". The membership of the Board is established in s. 8 of the YESAA. The basis for its membership is equal representation. The Board's Executive Committee consists of one member nominated by the Council for Yukon Indians, one member nominated by the government and a chairperson appointed by the Minister after consultation with the first two members. The Minister then appoints additional members such that, excluding

de bien saisir l'*esprit* du chapitre 12, dont certaines autres dispositions qui étaient quant à elles applicables prévoyaient expressément qu'on devait provisoirement s'efforcer d'y faire honneur.

(1) Processus permanent : LÉESY

[179] Le chapitre 12 des ententes définitives conclues avec les premières nations du Yukon a notamment pour objectif d'assurer la mise en place d'un processus d'évaluation des activités de développement « garantissant la participation des Indiens du Yukon au processus d'évaluation des activités de développement et faisant appel à leurs connaissances et à leur expérience » (art. 12.1.1.2). Ce régime devait intégrer à la fois la participation des premières nations et un certain niveau, sinon de décentralisation, du moins de déconcentration administrative. Ces objectifs sont assurés par la composition des organes établis par le chapitre 12 des ententes définitives et la LÉESY, ainsi que par le droit de regard de ces organes sur les activités de développement prévues sur le territoire touché. Ce dispositif intégré était appelé, sous réserve d'exceptions, à devenir la procédure d'évaluation par défaut au Yukon. La relation entre le processus établi au chapitre 12 et la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, est précisée à l'art. 63 de la LÉESY. Outre le principe de l'évaluation *unique*, le chapitre 12 (art. 12.14.1.2 et 12.14.3.2) et sa loi de mise en œuvre (par. 82(1), 83(1) et 84(1)) reprennent celui de l'évaluation *préalable* (à toute autorisation d'un projet donné).

[180] Le processus dont le chapitre 12 jette les fondations est constitué de deux organes principaux : la Commission d'évaluation des activités de développement du Yukon et l'ensemble des « organismes désignés » au niveau local. Dans la LÉESY, la Commission devient un « Office » et les organismes des « bureaux ». La composition de l'Office est prévue à l'art. 8 de la LÉESY. L'Office se veut paritaire. Son comité de direction — appelé « comité exécutif » dans les ententes définitives — est composé d'un membre proposé par le Conseil des Indiens du Yukon, d'un membre proposé par le gouvernement et d'un président nommé par le ministre après consultation des deux premiers. Le

the chairperson, half the members are nominees of the Council for Yukon Indians and the other half are nominees of the government. As for the designated offices, they are, pursuant to the *YESAA*, outposts of the Board. Their staff “shall be composed of employees of the Board assigned to that office by the Board” (s. 23(1)).

[181] Chapter 12 establishes two broad categories of assessments — mandatory assessments and optional assessments — which are conducted upon request by the government or by a First Nation, but when the request is made by a First Nation, the government’s consent is required, with some exceptions that are subject to specific conditions (ss. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 and 12.8.1.10 of the Final Agreement, and s. 60 of the *YESAA*). The Board is responsible for optional assessments. It is possible to simply except a project from assessment (s. 47(2) *YESAA*). As for mandatory assessments, they are the responsibility of the designated office for the assessment district in which the project is to be undertaken, or of the Board if the assessment district office refers the assessment to it (s. 50(1) *YESAA*) or if such projects have been classified by way of regulations as requiring submission to the Board (s. 122(c) *YESAA*). In short, if a project (1) is not excepted from assessment, (2) is not the subject of an accepted optional assessment, or (3) is not one that is required by regulations to be assessed by the Board or that has been referred to the Board by the office for the project’s assessment district, it will be assessed by the assessment district office.

[182] If the environmental and socio-economic assessment process provided for in Chapter 12 — and in fact in the *YESAA*, which implements the process — had applied at the time of the events in this case, Mr. Paulsen’s application would have had to be assessed by the designated office for the Mayo assessment district, which was established along with five others (for a total of six) by order of the Minister under s. 20(1) of the *YESAA*. Projects like the one in question in Mr. Paulsen’s application were neither excepted by regulations nor required to be assessed by the Board. Section 2 of the

ministre y nomme ensuite des membres supplémentaires de façon à ce que, exclusion faite du président, la moitié des membres soient des personnes dont la nomination a été proposée par le Conseil des Indiens du Yukon et l’autre moitié par le gouvernement. Quant aux bureaux désignés, en vertu de la *LÉESY*, ils sont des antennes de l’Office. Leur personnel « est formé des personnes que l’Office y affecte parmi son propre personnel » (par. 23(1)).

[181] Le chapitre 12 établit deux grandes catégories d’évaluation : les évaluations obligatoires et les évaluations facultatives, lesquelles sont effectives sur demande du gouvernement ou d’une première nation, mais dans ce dernier cas, sauf exceptions et conditions prévues, avec l’assentiment du gouvernement (art. 12.8.1.4, 12.8.1.5, 12.8.1.8, 12.8.1.9 et 12.8.1.10 de l’Entente définitive et art. 60 de la *LÉESY*). Les évaluations facultatives relèvent de l’Office. Un projet peut aussi être simplement exclu de l’évaluation (par. 47(2) *LÉESY*). Les évaluations obligatoires relèvent quant à elles soit du bureau désigné de la circonscription où le projet doit être réalisé, soit de l’Office si le bureau de circonscription le lui réfère (par. 50(1) *LÉESY*) ou si un tel projet a fait l’objet d’une telle classification par règlement (al. 122c) *LÉESY*). En somme, si un projet (1) n’est pas exclu de toute évaluation, (2) ne fait pas l’objet d’une évaluation facultative acceptée ou (3) n’est pas soumis par règlement à une évaluation par l’Office ou ne lui a pas été déféré par le bureau de la circonscription du projet, il fera l’objet d’une évaluation par ce dernier.

[182] Si le processus d’évaluation environnementale et socioéconomique prévu au chapitre 12, en fait, à la *LÉESY* qui le met en œuvre, s’était appliqué au moment des faits, alors la demande de M. Paulsen aurait dû obligatoirement être évaluée par le bureau désigné de la circonscription de Mayo, créée avec cinq autres (pour un total de six) par arrêté ministériel en vertu du par. 20(1) de la *LÉESY*. En effet, un projet comme celui faisant l’objet de la demande de M. Paulsen n’a pas été exclu par règlement, ni fait l’objet d’une précision pour évaluation par l’Office. L’article 2 du *Règlement sur les*

Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations, SOR/2005-379, refers to Schedule 1 to those regulations concerning “activities that may . . . be made subject to assessment” within the meaning of s. 47 of the *YESAA*. The following activity is listed as Item 27 of Part 13 — entitled “Miscellaneous” — of Schedule 1:

On land under the administration and control of the Commissioner of Yukon or on settlement land, the construction, establishment, modification, decommissioning or abandonment of a structure, facility or installation for the purpose of agriculture, commercial recreation, public recreation, tourist accommodation, telecommunications, trapping or guiding persons hunting members of a species prescribed as a species of big game animal by a regulation made under the *Wildlife Act*, R.S.Y. 2002, c. 229.

[183] Finally, s. 5 of the *Assessable Activities, Exceptions and Executive Committee Projects Regulations* provides that “[p]rojects for which proposals are to be submitted to the executive committee under paragraph 50(1)(a) of the [*YESAA*] are specified in Schedule 3.” Since nothing in that schedule corresponds to Mr. Paulsen’s application, it must be concluded that the assessment would have been the responsibility of the Mayo designated office, although that office could have referred the project to the Board.

[184] Since Mr. Paulsen’s project falls into the category of projects for which an assessment by an assessment district office is mandatory, it is possible to give a precise answer to the question of what measures the respondents would have been entitled to had the letter of the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement applied in the case of Mr. Paulsen’s application.

[185] It should first be observed that neither the Final Agreement nor the *YESAA* provides for direct participation by the First Nation in the assessment itself. It is only through the Council for Yukon Indians, or more precisely through those of the Board’s members assigned to the Mayo office who were appointed after being nominated by the Council, that the First Nation

activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction, DORS/2005-379, renvoie à l’annexe 1 de celui-ci concernant les « activités qui pourraient [. . .] être assujetties à l’évaluation » au sens de l’art. 47 de la *LÉESY*. Cette annexe, à l’art. 27 de sa partie 13, intitulée « Divers », fait état de l’activité suivante :

Sur une terre dont le commissaire du Yukon a la gestion et la maîtrise ou sur une terre désignée, construction, exploitation, modification, désaffectation, fermeture ou abandon d’une structure ou installation agricole, récréative commerciale ou publique, touristique, de télécommunication, de piégeage ou destinée aux guides de chasse au gros gibier d’une espèce prévue par règlement du Yukon pris en vertu de la *Loi sur la faune*, L.R.Y. 2002, ch. 229.

[183] Enfin, l’article 5 du *Règlement sur les activités susceptibles d’évaluation, les exceptions et les projets de développement soumis au comité de direction* indique que « [l]es projets de développement pour lesquels des propositions doivent être soumises au comité de direction en application du paragraphe 50(1) de la [*LÉESY*] sont précisés à l’annexe 3. » Or, comme rien dans cette annexe ne correspond à la demande de M. Paulsen, il faut donc en conclure que l’évaluation aurait ressorti au bureau désigné de Mayo, même si ce dernier aurait pu déférer le projet à l’Office.

[184] Comme le projet Paulsen appartient à la catégorie des projets impliquant une évaluation obligatoire par un bureau de circonscription, il est possible de répondre précisément à la question de savoir quelles sont les mesures auxquelles auraient eu droit les intimés si la lettre du processus prévu au chapitre 12 de l’Entente définitive s’était appliquée à la demande de M. Paulsen.

[185] Il faut d’abord constater que ni l’Entente définitive ni la *LÉESY* ne prévoient la participation directe de la première nation au travail d’évaluation comme tel. La première nation n’aurait *participé* à l’évaluation de la demande de M. Paulsen que par l’intermédiaire du Conseil des Indiens du Yukon, plus exactement par le truchement de ceux des membres détachés par l’Office au bureau de Mayo qui

would have *participated* in the assessment of Mr. Paulsen's application. Furthermore, no provisions regarding the proportion of Aboriginal assessors required for assessments by the designated offices can be found either in the final agreements or in the *YESAA*. All that we know in this respect is that the Final Agreement and the *YESAA* require equal representation in the Board's *overall* membership.

[186] Regarding the right of interested parties, not to actively take part in the assessment itself, but to be heard, the Final Agreement provides that “[i]n accordance with the Development Assessment Legislation, a Designated Office . . . shall ensure that interested parties have the opportunity to participate in the assessment process” (s. 12.6.1.3). Moreover, as I mentioned above, the organs — the First Nations, the renewable resources council and the Fish and Wildlife Management Board — that make up the co-management framework for fish and wildlife established in Chapter 16 of the Final Agreement have standing as interested parties to participate in public proceedings of any agency, board or commission on matters that affect the management and conservation of fish and wildlife and their habitats in the traditional territory in question (ss. 16.5.3, 16.6.11 and 16.7.13). Also, s. 55(1)(b) of the *YESAA* provides that “[w]here a proposal for a project is submitted to a designated office under paragraph 50(1)(b), the designated office shall . . . determine whether the project will be located, or might have significant environmental or socio-economic effects, in the territory of a first nation.” The word “territory” is defined as follows in s. 2(1) of the *YESAA*: “in relation to a first nation for which a final agreement is in effect, that first nation’s traditional territory and any of its settlement lands within Yukon that are not part of that traditional territory”. After it has been determined under s. 55(1)(b) that the project will be so located or that it might have such effects, s. 55(4) of the *YESAA* applies. It reads as follows:

auraient été nommés sur proposition de ce conseil. D’ailleurs, ni les ententes définitives ni la *LÉESY* ne précisent la proportion d’évaluateurs autochtones en cas d’évaluation par les bureaux désignés. Tout ce que nous savons à cet égard est que l’Entente définitive et la *LÉESY* exigent la parité dans la composition d’ensemble de l’Office.

[186] Au sujet du droit des parties intéressées, non pas de prendre part activement à l’évaluation elle-même, mais d’être entendues, l’Entente définitive prévoit ceci : « Conformément à la législation sur l’évaluation des activités de développement, les organismes désignés [. . .] font en sorte que les parties intéressées aient l’occasion de participer au processus d’évaluation » (art. 12.6.1.3). D’ailleurs, les organes composant le système de cogestion des ressources halieutiques et fauniques mis en place par le chapitre 16 de l’Entente définitive — soit les premières nations, le conseil des ressources renouvelables et la Commission de gestion des ressources halieutiques et fauniques — ont, comme je l’ai mentionné plus tôt, qualité pour participer à titre de partie intéressée aux audiences publiques tenues par une agence, un office ou une commission relativement à des questions ayant une incidence sur la gestion et la conservation des ressources halieutiques et fauniques et de leurs habitats dans le territoire traditionnel concerné (art. 16.5.3, 16.6.11 et 16.7.13). Aussi, l’alinéa 55(1)b) de la *LÉESY* précise que, « [s]aisi d’une proposition relative à un projet de développement en application du paragraphe 50(1), le bureau désigné [. . .] établit si le lieu de réalisation se trouve dans le territoire d’une première nation ou si le projet est susceptible d’avoir, dans un tel territoire, des effets importants sur l’environnement ou la vie socioéconomique. » Il faut savoir que le par. 2(1) de cette même loi définit ainsi le terme « territoire » : « En ce qui touche les premières nations qui sont parties à un accord définitif en vigueur, leur territoire traditionnel ainsi que leurs terres désignées situées à l’extérieur de celui-ci mais au Yukon ». Une fois faite, la détermination prévue à l’al. 55(1)b), la *LÉESY* précise en conséquence, au par. 55(4), que

Before making a recommendation . . . a designated office shall seek views about the project, and information that it believes relevant to the evaluation, from any first nation identified under paragraph (1)(b) and from any government agency, independent regulatory agency or first nation that has notified the designated office of its interest in the project or in projects of that kind.

Therefore, under the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and in the *YESAA*, the Little Salmon/Carmacks First Nation would have had the right only to be heard in the assessment of Mr. Paulsen's application, and not to actively take part in it by delegating assessors.

[187] This, therefore, is the collective consultation measure to which the respondents would have been entitled in the case of Mr. Paulsen's application had the process provided for in Chapter 12 of the Final Agreement and implemented by the *YESAA* applied to it. This should enable us now to answer the ultimate question in the case at bar: whether, given that the letter of that process does not apply, the respondents could receive the benefit of the spirit of the process, as was their right under the transitional provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. For this purpose, we must reiterate that although those transitional provisions did impose a particular responsibility on the Crown party, they were nevertheless not silent with respect to the participation of the Aboriginal party. Thus, s. 12.3.6 refers in this regard to efforts on the part not only of "government", but of the parties to the Umbrella Agreement.

(2) Transitional Law: Any "Existing Process" Before the Coming Into Force of the *YESAA*

[188] As far as Mr. Paulsen's application is concerned, the "existing process" within the meaning of the transitional law provisions, that is, of ss. 12.3.6 and 12.19.5 of the Final Agreement, was the process provided for in the *Environmental Assessment Act*, S.Y. 2003, c. 2, and Yukon's 1991

[I]e bureau désigné ne formule ses recommandations [. . .] qu'après avoir, d'une part, demandé l'avis de la première nation dont le territoire est touché aux termes de l'alinéa (1)(b) et des autorités publiques, organismes administratifs autonomes et premières nations l'ayant avisé de leur intérêt dans le projet de développement ou dans les projets de même catégorie et, d'autre part, cherché à obtenir d'eux l'information qu'il estime nécessaire à l'examen.

Aux termes du processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et des dispositions de la *LÉESY*, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'aurait donc eu droit que d'être entendue lors de l'évaluation de la demande de M. Paulsen, et non pas d'y prendre part activement en y déléguant des évaluateurs.

[187] Voilà donc ce à quoi auraient eu droit les intimés comme mesure de consultation collective relativement à la demande de M. Paulsen si le processus prévu au chapitre 12 de l'Entente définitive et mis en œuvre par la *LÉESY* s'était appliqué à cette demande. Cela devrait maintenant nous permettre de répondre à la question que pose la présente affaire en dernière analyse, soit celle de savoir si, à défaut d'applicabilité de la lettre de ce processus, les intimés ont pu bénéficier de l'esprit de celui-ci, comme ils y avaient droit en vertu de l'économie des dispositions provisoires du chapitre 12 de l'Entente définitive. Pour ce faire, il faudra nous rappeler que, même si ces dispositions de droit provisoire conféraient une responsabilité particulière à la partie étatique, elles n'étaient pas pour autant silencieuses quant à la participation de la partie autochtone. En effet, l'art. 12.3.6 parle à cet égard des efforts qui sont dus non seulement de la part du « gouvernement », mais de celle de toutes les parties à l'Accord-cadre.

(2) Droit provisoire : tout « processus existant » avant l'entrée en vigueur de la *LÉESY*

[188] Au sens des dispositions de droit provisoire, c'est-à-dire les art. 12.3.6 et 12.19.5 de l'Entente définitive, le « processus existant » était, en ce qui concerne la demande de M. Paulsen, celui prévu à la *Loi sur l'évaluation environnementale*, L.Y. 2003, ch. 2, et à la politique agricole yukonnaise

agriculture policy, which, moreover, also referred to the environmental legislation (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (the “agriculture policy”), Section II, at para. 6(1)). Since the parties did not rely on that Act, I will merely mention that the assessment provided for in it was completed, but more than five months after the date of the decision on Mr. Paulsen’s application, despite the fact that it was a mandatory prior assessment.

[189] Under the 1991 agriculture policy, Mr. Paulsen’s application first had to undergo a “pre-screening” by the Land Claims and Implementation Secretariat, the Lands Branch and the Agriculture Branch. The prescreening process involved determining whether the application was eligible for consideration, and in particular whether the application was complete, whether the land in question was available, whether that land was under territorial jurisdiction, whether there was a possibility that the land would be subject to Aboriginal land claims, whether the land had agronomic capability and, more specifically, whether the application was, at first glance, consistent with the policy then in effect.

[190] Mr. Paulsen’s application then had to undergo a more technical review by the Agriculture Land Application Review Committee (“ALARC”). ALARC is a cross-sector, interdepartmental committee that, among other things, reviews the farm development plan that every applicant for agricultural land must submit (agriculture policy, Section II, at subpara. 9(1)(c)). ALARC’s review of Mr. Paulsen’s application was originally scheduled for June 26, 2002, but it could not proceed on that date because the applicant had not yet submitted a farm development plan.

[191] On June 10, 2002, an analysis by the Agriculture Branch showed that if Mr. Paulsen’s application were accepted as configured, it would not represent the most efficient use of the land. On October 20, 2003, Mr. Paulsen reconfigured the parcel in question in his application. On February 24, 2004, ALARC recommended that his

de 1991 qui renvoyait d’ailleurs aussi à la législation sur l’environnement (*Agriculture for the 90s: A Yukon Policy* (1991) (la « politique agricole »), section II, par. 6(1)). Comme les parties n’ont pas invoqué cette loi, je me limiterai à mentionner que l’évaluation prévue par celle-ci a été complétée, mais plus de cinq mois après la date de la décision sur la demande de M. Paulsen, et ce, même s’il s’agissait d’une évaluation préalable obligatoire.

[189] Aux termes de la politique agricole de 1991, la demande de M. Paulsen a d’abord fait l’objet d’un examen préliminaire par le Secrétariat des revendications territoriales et de la mise en œuvre, par la Direction des terres ainsi que par la Direction de l’agriculture. Cet examen préliminaire devait consister en un contrôle de recevabilité de la demande, et notamment de son caractère complet, de la disponibilité de la terre visée, de la compétence territoriale sur celle-ci, d’éventuelles revendications territoriales autochtones dont elle pouvait faire l’objet, de son potentiel agricole et, plus généralement, de la conformité a priori de la demande à la politique en vigueur.

[190] La demande de M. Paulsen devait ensuite faire l’objet d’un examen davantage technique par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres agricoles (« CEDATA »). Il s’agit d’un comité intersectoriel et interministériel qui procède notamment à l’examen du plan d’exploitation exigé de toute personne sollicitant l’obtention d’une terre à des fins agricoles (politique agricole, section II, al. 9(1)c)). L’examen de la demande de M. Paulsen par le CEDATA avait été initialement prévu pour le 26 juin 2002. Toutefois, comme le demandeur n’avait toujours pas produit de plan d’exploitation à cette date, cet examen n’a pas pu avoir lieu au moment prévu.

[191] Le 10 juin 2002, une analyse effectuée par la Direction de l’agriculture a révélé que, si elle était acceptée suivant la délimitation proposée, la demande de M. Paulsen ne constituerait pas une utilisation optimale du sol. Le 20 octobre 2003, M. Paulsen a revu la délimitation de la terre qui faisait l’objet de sa demande. Le 24 février 2004, le

application proceed to an assessment by the Land Application Review Committee (“LARC”).

[192] LARC is a body whose membership consists of representatives of the Yukon government and, depending on the case, of Yukon First Nations, Yukon municipalities and/or the federal Department of Fisheries and Oceans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 4.0: Membership/Public Participation, A.R., vol. II, at p. 29). It is chaired by a territorial government official. A First Nation will be represented on LARC if, as was the case here, the application to be reviewed has potential consequences for the management of its “traditional territory”.

[193] LARC’s mandate is, in particular, to “review matters concerning land applications from a technical land-management perspective, in accordance with legislation, First Nation Final & Self Government Agreements and criteria in specific land application policies” (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, Section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, A.R., vol. II, at p. 32).

[194] A notice concerning Mr. Paulsen’s application was published on March 26, 2004, and the public were invited to submit written comments within 20 days. On April 28, 2004, the Agriculture Branch sent a summarized version of the application to the Little Salmon/Carmacks First Nation (A.R., vol. II, at p. 6) together with a letter notifying the First Nation that the application was to be reviewed by LARC and asking it to submit its written comments within 30 days. The First Nation was also sent an information package, which included notice that the LARC meeting was scheduled for August 13, 2004.

[195] On July 27, 2004, Susan Davis, the Director of Land and Resources of the Little Salmon/Carmacks First Nation, sent Yukon’s Lands Branch

CEDATA a recommandé que sa demande soit évaluée par le Comité d’examen des demandes d’aliénation de terres (« CEDAT »).

[192] Le CEDAT se compose de représentants du gouvernement du Yukon et, suivant les cas, des premières nations du Yukon, des municipalités du Yukon et/ou du ministère fédéral des Pêches et Océans (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 4.0: Membership/Public Participation, d.a., vol. II, p. 29). Il est présidé par un fonctionnaire territorial. Une première nation y est représentée si la demande à examiner peut avoir des conséquences sur la gestion de son « territoire traditionnel », ce qui était le cas en l’espèce.

[193] Le CEDAT a notamment pour mandat d’[TRADUCTION] « examiner d’un point de vue technique de gestion du territoire certains aspects des demandes d’aliénation de terres, conformément aux lois, aux ententes définitives et accords d’autonomie gouvernementale des premières nations et aux critères prévus par certaines politiques relatives aux demandes d’aliénation de terres » (*Land Application Review Committee (LARC): Terms of Reference*, section 6.0: Land Application & Policy Development Procedures — Mandate, d.a., vol. II, p. 32).

[194] Le 26 mars 2004, la demande de M. Paulsen a fait l’objet de publicité et le public a été invité à formuler ses observations par écrit dans les 20 jours suivant cette date. Le 28 avril 2004, la Direction de l’agriculture a communiqué une version résumée de la demande de M. Paulsen à la Première nation de Little Salmon/Carmacks (d.a., vol. II, p. 6), accompagnée d’une lettre informant celle-ci que la demande serait examinée par le CEDAT et l’invitant à présenter ses observations écrites dans les 30 jours suivant cette date. Une trousse d’information contenant notamment la date prévue de la réunion du CEDAT, en l’occurrence le 13 août 2004, a aussi été envoyée à la première nation.

[195] Le 27 juillet 2004, la directrice des terres et ressources de la Première nation de Little Salmon/Carmacks, Susan Davis, a fait parvenir à la Direction

a letter in which she expressed the First Nations' concerns about Mr. Paulsen's application (A.R., vol. II, at p. 22). Those concerns were threefold. First of all, the First Nation was concerned about the impact of the application on the trapline. It was also concerned about the anticipated impact on settlement land under its comprehensive land claim agreement, and in particular on two parcels of site specific settlement land (a concept referred to above) as well as on the cabin of the holder of the trapline concession, which was located on one of those parcels. Finally, the First Nation asked the Yukon government to take into consideration the fact that there might be sites of heritage or archaeological interest, including a historical trail, on the land in question in the agriculture land application.

[196] LARC met to review Mr. Paulsen's application on August 13, 2004. For reasons that are not explained in the record of this case, the Little Salmon/Carmacks First Nation, without notifying the other members in advance, did not attend the meeting and did not request an adjournment of the August 13, 2004 review, to which it had been invited as a member of LARC. However, it can be seen from the minutes of that meeting that even though no representatives of the First Nation attended, its concerns had been taken into account even before the meeting. The following passages are relevant:

The original rectangular parcel was reconfigured in October, 2003. The NRO [Natural Resources Officer] inspection report in April this year recommended it be reconfigured again to remove a portion, which is a potential timber allocation area for point source permits [*sic*]. Opposition from the First Nation has caused the abandonment of that plan.

Little Salmon Carmacks First Nation [LSCFN] express concern that the application is within Trapline Concession Number 143, held by an elder [Johnny Sam]. Forestfire burns have impacted this trapline, and

des terres du Yukon une lettre exprimant les préoccupations de la première nation relativement à la demande de M. Paulsen (d.a., vol. II, p. 22). Les préoccupations exprimées étaient de trois ordres. La première nation s'inquiétait d'abord des répercussions de la demande sur la ligne de piégeage. Elle se préoccupait des conséquences à prévoir sur les terres visées par le règlement de la revendication territoriale globale de la première nation, notamment sur deux sites spécifiques (notion vue ci-haut) ainsi que sur le refuge de trappe du titulaire de la ligne de piégeage, qui se trouve sur l'un de ces sites. Enfin, la première nation invitait l'administration yukonnaise à prendre en considération la présence possible de sites pouvant revêtir une valeur patrimoniale ou archéologique, dont un sentier historique, sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles.

[196] Le CEDAT a procédé à l'examen de la demande de M. Paulsen le 13 août 2004. Pour des raisons non précisées dans le présent dossier, sans prévenir d'avance les autres membres, la Première nation de Little Salmon/Carmacks n'a pas pris part à la réunion et n'a pas demandé l'ajournement de l'examen du 13 août 2004 auquel elle avait été invitée à titre de membre du CEDAT. Le procès-verbal de cette réunion atteste toutefois que, en dépit de l'absence de représentants de la première nation, les préoccupations de celles-ci ont été prises en compte, et ce, même avant la réunion en question. Je reproduis ci-après les extraits pertinents du procès-verbal :

[TRADUCTION] La parcelle rectangulaire originale a été reconfigurée en octobre 2003. Le rapport d'inspection de l'agent des ressources naturelles d'avril de cette année recommandait sa reconfiguration afin d'en retirer une partie, qui constitue une zone potentielle d'attribution de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. Par suite de l'opposition manifestée par la première nation, ce projet a été abandonné.

La Première nation de Little Salmon/Carmacks [PNLSC] s'est dite préoccupée par le fait que la demande vise une terre se trouvant à l'intérieur de la concession de piégeage n° 143 dont est titulaire un aîné [Johnny Sam].

the only area left is a small strip of land between the Klondike Highway and the Yukon River, which is considered to be suitable land for farming. As a result of the report, there have been several agriculture land applications requesting land in the area for raising livestock and building houses. The combination of agriculture and timber harvesting impacts on this already damaged trapline would be a significant deterrent to the ability of the trapper to continue his traditional pursuits. There are two site specifics, personal/traditional use areas considered to be LSCFN settlement lands in the area in question, S-4B and S-127B. Both of these locations are in close proximity to the point source timber permit application. The impact on these sites and users would be the loss of animals to hunt in the area. S-4B is also the site of Concession 143's base camp and trapper cabin.

Des incendies de forêt ont endommagé ce territoire et il n'en reste qu'une petite bande de terre entre la route Klondike et le fleuve Yukon, laquelle est considérée propice à l'agriculture. À la suite du rapport, plusieurs demandes d'aliénation de terres à des fins agricoles ont été présentées afin d'obtenir des terres dans la région en vue d'y élever du bétail et d'y construire des maisons. L'effet conjugué d'activités agricoles et d'activités de récolte du bois sur cette ligne de piégeage par ailleurs déjà endommagée nuirait de façon appréciable à la capacité du trappeur de continuer ses activités traditionnelles. Il y a, dans la région en question, deux zones utilisées à des fins personnelles ou traditionnelles, sites spécifiques S-4B et S-127B, qui sont considérées comme des terres visées par le règlement de la PNLSC. Ces deux emplacements se trouvent près de la zone concernant la demande de permis de coupe de bois visant des sources ponctuelles. L'effet des activités envisagées sur les sites et les usagers serait une réduction de la quantité d'animaux pouvant être chassés dans la région. Le site S-4B est aussi l'emplacement du camp de base et de la cabane du trappeur de la concession de piégeage n^o 143.

Other LSCFN concerns related [*sic*] to cultural sites: There are potential areas of heritage and cultural interests which may be impacted by point source timber harvesting. An historic First Nation trail follows the ridge in the area. [A]t present these sites have not been researched or identified, and there would need to be an archaeological survey carried out in order to confirm the presence [*sic*] or lack thereof of any such sites.

D'autres préoccupations exprimées par la PNLSC se rapportaient à des sites culturels : il y aurait certains endroits susceptibles de présenter de l'intérêt du point de vue culturel et patrimonial qui pourraient être touchés par les activités de récolte de bois. Un sentier historique de la première nation suit la ligne de crête dans la région. [A]ctuellement, aucun de ces sites n'a été identifié ou n'a fait l'objet de recherches. Il faudrait procéder à une reconnaissance archéologique pour confirmer la présence ou l'absence de tels sites.

Environment advised they walked the site and discovered an old trap on top of the bluff, facing the Yukon River. The owner of Trapline #143 will have the right to seek compensation. An appropriate 30-metre setback is recommended from the bluff. There was evidence of bears and moose. There will be some loss of wildlife habitat in the area, but it is not significant.

Des fonctionnaires du ministère de l'Environnement ont affirmé avoir marché dans le site en question et y avoir découvert un vieux piège en haut de la falaise, face au fleuve Yukon. Le propriétaire de la ligne de piégeage n^o 143 aura le droit de demander d'être indemnisé. Il est recommandé de créer une zone tampon adéquate de 30 mètres à partir de la falaise. Certains éléments indiquaient la présence d'ours et d'originaux. Il y aura une certaine perte au plan de l'habitat faunique dans la zone visée, mais peu importante.

Recommendation: Approval in principle. Setback from the bluff 30 meters Subdivision approval will be required. Trapper, based on reduced trapping opportunities, has opportunity to seek compensation.

Recommandation : Approbation de principe. Zone tampon de 30 mètres à partir de la falaise [. . .] Il faudra faire approuver le lotissement. Le trappeur pourra demander une indemnisation, sur la base de la réduction des possibilités de piégeage.

[197] On September 2, 2004, the territorial government's archaeologist reported that no evidence of prehistoric artifacts had been found on the land in question in the agriculture land application, but as a precaution he also recommended a 30-metre buffer between the bluff and the land that was to be transferred.

[198] The territorial government's conduct raises questions in some respects. In particular, there is the fact that the appellant David Beckman, in his capacity as Director of Agriculture, did not notify the respondent First Nation of his decision of October 18, 2004 until July 27, 2005. Under s. 81(1) of the *YESAA*, the designated office and, if applicable, the executive committee of the Board would have been entitled to receive copies of that decision and, one can only assume, to receive them within a reasonable time. Here, the functional equivalent of the designated office is LARC. Even if representatives of the respondent First Nation did not attend the August 13 meeting, it would be expected that the Director of Agriculture would inform that First Nation of his decision within a reasonable time. Nonetheless, the time elapsed after the decision did not affect the quality of the prior consultation.

[199] The territorial government's decision to proceed with Mr. Paulsen's application at the pre-screening stage despite the requirement of consultation in the context of the respondent First Nation's fish and wildlife management plan was not an exemplary practice either. In that respect, Yukon's 1991 agriculture policy provided that "[a]pplications to acquire land for agriculture will be reviewed by the Fish and Wildlife Branch to safeguard wildlife interests", that "[m]easures will be taken to avoid overlap between allocation of lands for agriculture and key wildlife habitat" and that, in particular, all "key wildlife habitat will be excluded from agricultural disposition except where the Fish and Wildlife Branch determines that adverse effects upon wildlife interests can be successfully mitigated" (Section II, subpara. 6(3)(b)). As we have seen, however, Susan Davis did not express concern about this in her letter of July 27, 2004 to Yukon's

[197] Le 2 septembre 2004, l'archéologue du gouvernement territorial a rapporté n'avoir pu relever aucune trace d'artefact préhistorique sur la terre faisant l'objet de la demande d'aliénation à des fins agricoles, mais par prudence a recommandé à son tour la création d'une zone tampon de 30 mètres de largeur entre la falaise et la terre qui serait éventuellement cédée.

[198] À certains égards, la conduite des autorités territoriales soulève des interrogations. C'est notamment le cas en ce qui a trait au fait que, en sa qualité de directeur de l'agriculture, l'appellant M. Beckman n'a signifié que le 27 juillet 2005 à la première nation intimée sa décision du 18 octobre 2004. En vertu du par. 81(1) de la *LÉESY*, le bureau désigné et, le cas échéant, le comité de direction de l'Office auraient eu droit de recevoir une copie de cette décision, et ce, on peut le supposer, à l'intérieur d'un délai raisonnable. L'équivalent fonctionnel du bureau désigné est ici le CEDAT. Même si les représentants de la première nation intimée ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août, on se serait attendu à ce que le directeur de l'agriculture informe cette première nation de sa décision dans un délai raisonnable. Ce délai, survenu après la décision, n'a cependant pas affecté la qualité de la consultation préalable.

[199] La décision qu'a prise l'administration territoriale, au terme de l'examen préalable, de poursuivre le traitement de la demande de M. Paulsen malgré la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques de la première nation intimée n'est pas davantage un exemple de bonne pratique. La politique agricole yukonnaise de 1991 prévoyait pourtant à ce sujet que les [TRADUCTION] « [d]emandes d'acquisition de terres à des fins agricoles seraient examinées par la Direction de la faune et du poisson en vue de protéger la faune », que des « [m]esures seraient prises pour éviter que, dans l'attribution de terres à des fins agricoles, on empiète sur des habitats essentiels pour la faune » et qu'en particulier tout « habitat essentiel pour faune serait exclu des terres susceptibles d'aliénation à des fins agricoles, sauf dans les cas où la Direction de la faune et du poisson juge qu'il est possible d'atténuer les effets

Lands Branch. And as can be seen from the minutes of the August 13, 2004 meeting, the concerns of the Little Salmon/Carmacks First Nation with respect to resource conservation were taken into consideration. Also, the required consultation in the context of the fish and wildlife management plan was far more limited than the consultation to which the First Nation was entitled in participating in LARC, which was responsible for assessing the specific project in issue in this appeal. Finally, the First Nation, the renewable resources council and the Minister had not agreed on a provisional suspension of the processing of applications for land in the area in question.

[200] Despite these aspects of the handling of Mr. Paulsen's application that are open to criticism, it can be seen from the facts as a whole that the respondents received what they were entitled to receive from the appellants where consultation as a First Nation is concerned. In fact, in some respects they were consulted to an even greater extent than they would have been under the *YESAA*. As we saw above, the only right the First Nation would have had under the *YESAA* was to be heard by the assessment district office as a stakeholder (s. 55(4)). That consultation would have been minimal, whereas in the context of the 1991 agriculture policy, the First Nation was invited to participate directly in the assessment of Mr. Paulsen's application as a member of LARC.

[201] It is true that the First Nation's representatives did not attend the August 13, 2004 meeting. They did not notify the other members of LARC that they would be absent and did not request that the meeting be adjourned, but they had nonetheless already submitted comments in a letter.

[202] Thus, the process that led to the October 18, 2004 decision on Mr. Paulsen's application was

préjudiciables sur la faune » (section II, al. 6(3b)). Cependant, comme on a pu le constater, Susan Davis n'a pas exprimé cette préoccupation dans sa lettre du 27 juillet 2004 à la Direction des terres du Yukon. De plus, comme le démontre le procès-verbal de la réunion du 13 août 2004, les préoccupations de la Première nation de Little Salmon/Carmacks concernant la conservation des ressources ont été prises en considération. Au surplus, la consultation qui avait cours dans le cadre du plan de gestion des ressources halieutiques et fauniques était beaucoup plus limitée que celle à laquelle donnait droit la participation de la première nation au CEDAT qui était chargé d'évaluer le projet spécifique faisant l'objet du présent pourvoi. De surcroît, la première nation, le conseil des ressources renouvelables et le ministre ne s'étaient pas entendus sur la suspension provisoire du traitement de toute demande d'aliénation de terres dans la région visée.

[200] Au-delà de ces aspects critiquables du cheminement de la demande de M. Paulsen, l'ensemble des faits révèle que les intimés ont reçu des appels ce à quoi ils avaient droit de la part de ceux-ci en matière de consultation à titre de première nation. En réalité, ils ont même obtenu à certains égards davantage que ce que leur aurait procuré la *LÉESY*. En effet, comme on a pu le constater précédemment, le seul droit qu'aurait obtenu la première nation en vertu de la *LÉESY* est celui d'être entendue à titre de personne intéressée (par. 55(4)) par le bureau de circonscription. Il s'agissait là d'une consultation minimale, alors que, dans le contexte de l'application de la politique agricole de 1991, la première nation a été invitée à participer directement, à titre d'évaluateur membre du CEDAT, à l'évaluation de la demande de M. Paulsen.

[201] Il est vrai que les représentants de la première nation ne se sont pas présentés à la réunion du 13 août 2004. Cela est survenu sans qu'ils ne préviennent au préalable les autres membres du CEDAT et sans demander l'ajournement de la réunion, mais ils avaient néanmoins fait des commentaires par lettre.

[202] Par conséquent, le processus qui a mené à la décision du 18 octobre 2004 relativement à la

consistent with the transitional law provisions of Chapter 12 of the Final Agreement. There is no legal basis for finding that the Crown breached its duty to consult.

III. Conclusion

[203] Whereas past cases have concerned unilateral actions by the Crown that triggered a duty to consult for which the terms had not been negotiated, in the case at bar, as in the Court's recent decision regarding the *James Bay and Northern Québec Agreement*, the parties have moved on to another stage. Formal consultation processes are now a permanent feature of treaty law, and the Final Agreement affords just one example of this. To give full effect to the provisions of a treaty such as the Final Agreement is to renounce a paternalistic approach to relations with Aboriginal peoples. It is a way to recognize that Aboriginal peoples have full legal capacity. To disregard the provisions of such a treaty can only encourage litigation, hinder future negotiations and threaten the ultimate objective of reconciliation.

[204] The appellants seek a declaration that the Crown did not have a duty to consult under the Final Agreement with respect to Mr. Paulsen's application. Their interpretation of the Final Agreement is supported neither by the applicable principles of interpretation nor by either the context or the provisions of the Final Agreement. The cross-appellants argue that the common law duty to consult continued to apply despite the coming into effect of the Final Agreement. As I explained above, it is my view that there is no gap in the Final Agreement as regards the duty to consult. Its provisions on consultation in relation to the management of fish and wildlife were in effect. And the Little Salmon/Carmacks First Nation had in fact submitted comments in the process provided for in that respect. Moreover, the administrative law rights of Johnny Sam are governed neither by the common law duty to consult nor by the Final Agreement. Although the Little Salmon/Carmacks First Nation's argument

demande de M. Paulsen respectait les dispositions de droit provisoire prévues au chapitre 12 de l'Entente définitive. Il n'existe aucun motif juridique permettant de conclure que l'obligation de consultation de la Couronne a été violée.

III. Conclusion

[203] Si, jusqu'ici, les litiges ont mis en cause une action unilatérale de la Couronne qui déclenchait une obligation de consulter dont les modalités n'avaient pas été négociées, le présent dossier, tout comme celui dans lequel la Cour a récemment été appelée à étudier la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, indique que les parties sont maintenant passées à une autre étape. Les processus formels de consultation font maintenant résolument partie de l'univers juridique des traités. L'Entente définitive n'en est qu'un exemple. Donner leur plein effet aux stipulations d'un traité comme l'Entente définitive c'est renoncer à toute approche paternaliste à l'égard des peuples autochtones. Il s'agit d'une façon de reconnaître leur pleine capacité juridique. Méconnaître les stipulations d'un tel traité ne peut qu'encourager le recours aux tribunaux, nuire aux négociations futures et compromettre la réalisation de l'objectif ultime de réconciliation.

[204] L'appel principal visait à obtenir une déclaration portant que la Couronne n'avait pas d'obligation de consultation en vertu de l'Entente définitive en relation avec la demande de M. Paulsen. L'interprétation que font les appelants de l'Entente définitive n'est appuyée ni par les principes interprétatifs applicables, ni par le contexte de l'Entente définitive ou les stipulations de celle-ci. Par ailleurs, l'appel incident est fondé sur la survivance, malgré l'entrée en vigueur de l'Entente définitive, de l'obligation de consultation de source jurisprudentielle. Comme je l'ai expliqué précédemment, je suis d'avis qu'il n'existe aucun hiatus dans l'Entente définitive concernant l'obligation de consultation. Ses dispositions concernant la consultation en relation avec la gestion des ressources halieutiques et fauniques étaient en vigueur. La Première nation de Little Salmon/Carmacks a d'ailleurs présenté ses observations dans le cadre du processus prévu à cet effet. Par ailleurs, les droits de Johnny Sam,

that it had a right to be consulted with respect to Mr. Paulsen's application is valid, the source of that right is not the common law framework. The fact is that the transfer to Mr. Paulsen constituted an agricultural development project that was subject to Chapter 12 of the Final Agreement and that that chapter's transitional provisions established the applicable framework.

[205] In this case, given that Mr. Paulsen's application would have been subject to a mandatory assessment by the local assessment district office, the fact that recourse was had to the existing process to assess the application supports a conclusion that the actual consultation with the respondents was more extensive than the consultation to which they would have been entitled under the YESAA.

[206] For these reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, both with costs.

Appeal and cross-appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Lawson Lundell, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Pape Salter Teillet, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitors for the interveners the Gwich'in Tribal Council and Sahtu Secretariat Inc.: Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

en tant qu'administré, ne sont régis ni par l'obligation de consultation de régime jurisprudentiel ni par l'Entente définitive. Si la Première nation de Little Salmon/Carmacks a raison de soutenir qu'elle avait le droit d'être consultée en ce qui a trait à la demande de M. Paulsen, ce n'est pas en vertu du régime jurisprudentiel. C'est que, conformément à l'Entente définitive la cession à M. Paulsen constituait un projet de développement agricole assujéti aux dispositions du chapitre 12 de ce traité et que ses dispositions provisoires établissaient le régime applicable.

[205] En l'espèce, le recours au processus existant pour l'évaluation de la demande de M. Paulsen, compte tenu du fait que cette demande aurait relevé d'une évaluation obligatoire par le bureau de circonscription locale, permet de conclure que les intimés ont bénéficié d'un régime supérieur à celui auquel ils auraient eu droit en vertu de la LÉESY en matière de consultation.

[206] Pour ces motifs, je rejeterais les pourvois principal et incident, avec dépens dans les deux cas.

Pourvoi et pourvoi incident rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Lawson Lundell, Vancouver.

Procureurs des intimés/appellants au pourvoi incident : Pape Salter Teillet, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureurs des intervenants le Conseil tribal des Gwich'in et Sahtu Secretariat Inc. : Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Grand Council of the Crees (Eeyou Istchee)/Cree Regional Authority: Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Solicitors for the intervener the Council of Yukon First Nations: Boughton Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Kwanlin Dün First Nation: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the intervener Nunavut Tunngavik Inc.: Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Tlicho Government: John Donihee, Calgary.

Solicitors for the intervener the Te'Mexw Nations: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Hutchins Caron & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Grand conseil des Cris (Eeyou Istchee)/Administration régionale crie : Gowling Lafleur Henderson, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Premières nations du Yukon : Boughton Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Kwanlin Dün : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Nunavut Tunngavik Inc. : Rosenbloom Aldridge Bartley & Rosling, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le gouvernement tlicho : John Donihee, Calgary.

Procureurs de l'intervenante les Nations Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Hutchins Caron & Associés, Montréal.

Leighton Hay *Applicant/Applicant on motion*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent/Respondent on motion*

INDEXED AS: R. v. HAY

2010 SCC 54

File No.: 33536.

2010: November 1; 2010: November 18.

Present: Binnie, Abella and Cromwell JJ.

MOTION FOR AN ORDER TO RELEASE EXHIBITS

Courts — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to order release of exhibits for forensic testing on a motion ancillary to an application for leave to appeal — If so, whether it is in interests of justice to make such an order.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 683(1)(a), 694.2(1), (2)(a), 695(1).

Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 15(2)(b).

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 2(1) “appeal”.

MOTION for an order to release exhibits. Motion allowed.

James Lockyer and Philip Campbell, for the applicant/applicant on motion.

Susan L. Reid, for the respondent/respondent on motion.

The judgment of the Court was delivered by

[1] CROMWELL J. — The applicant and Gary Eunick were convicted of the first degree murder of Collin Moore and the attempted murder of Roger Moore in a nightclub shooting in the summer of

Leighton Hay *Demandeur/Requérant à la requête*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée/Intimée à la requête*

RÉPERTORIÉ : R. c. HAY

2010 CSC 54

N° du greffe : 33536.

2010 : 1^{er} novembre; 2010 : 18 novembre.

Présents : Les juges Binnie, Abella et Cromwell.

REQUÊTE SOLLICITANT LA PRODUCTION DE PIÈCES

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Compétence — La Cour suprême a-t-elle compétence pour ordonner la production de pièces aux fins d’analyses médico-légales à la suite d’une requête en ce sens accompagnant une demande d’autorisation d’appel? — Dans l’affirmative, est-il dans l’intérêt de la justice qu’une telle ordonnance soit rendue?

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 683(1)(a), 694.2(1), (2)(a), 695(1).

Loi d’interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 15(2)(b).

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 2(1) « appel ».

REQUÊTE sollicitant la production de pièces. Requête accordée.

James Lockyer et Philip Campbell, pour le demandeur/requérant à la requête.

Susan L. Reid, pour l’intimée/intimée à la requête.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE CROMWELL — Le demandeur et Gary Eunick ont été reconnus coupables du meurtre au premier degré de Collin Moore et de tentative de meurtre à l’endroit de Roger Moore à la suite

2002. A joint appeal to the Ontario Court of Appeal was dismissed (*R. v. Hay*, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24) and the applicant has applied for leave to appeal to this Court. The applicant wishes to determine whether he should seek to supplement with fresh evidence his pending leave application with respect to his argument that the verdict was unreasonable. For this purpose, he has applied for an order releasing two trial exhibits and their delivery to the Centre of Forensic Sciences for examination. The respondent Crown opposes the application. I agree with the position of counsel for both parties that the Court has jurisdiction to make the order sought. It is also my view that it is in the interests of justice to do so.

[2] Turning first to jurisdiction, I agree with the position of counsel for the respondent that a panel of this Court considering a leave application is authorized by s. 695(1) (read with s. 683(1)(a)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to make the order the applicant seeks. That section confers authority on the Court in connection with an “appeal under this Part” to make any order that the Court of Appeal might have made. While there may be some question as to whether this authority extends to the Court considering an application for leave to appeal, three factors combine to convince me that it does.

[3] First, the provisions of the *Criminal Code* conferring appellate jurisdiction on this Court, while headed “Appeals to the Supreme Court of Canada”, set out situations in which appeals may be taken here either as of right or by leave. Moreover, for at least some purposes, the application for leave to appeal and the appeal itself in the event of a successful leave application are treated as two stages of an appeal to this Court. For example, s. 694.2(1), the provision granting the right to an appellant who is in custody to be present “at the hearing of the appeal before the Supreme Court of Canada”, is qualified by s. 694.2(2)(a) to make clear that a person in custody who is represented by counsel

d’une fusillade survenue dans une boîte de nuit à l’été 2002. La Cour d’appel de l’Ontario a rejeté leur appel conjoint de ces déclarations de culpabilité (*R. c. Hay*, 2009 ONCA 398, 249 O.A.C. 24), et le demandeur sollicite l’autorisation de se pourvoir devant notre Cour. Il désire déterminer s’il existe de nouveaux éléments de preuve qui pourraient servir à étayer sa demande d’autorisation pendante, relativement à son argument selon lequel le verdict était déraisonnable. À cette fin, il a sollicité une ordonnance visant la production de deux pièces déposées au procès et leur remise pour examen au Centre des sciences judiciaires. Le ministère public intimé s’oppose à cette demande. Je suis d’accord avec les avocats des deux parties pour dire que la Cour a compétence pour rendre l’ordonnance demandée. J’estime également qu’il est dans l’intérêt de la justice qu’une telle ordonnance soit rendue.

[2] Commençons d’abord par la question de la compétence. Je souscris à la thèse de l’avocate de l’intimée selon laquelle le par. 695(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, lu en corrélation avec l’al. 683(1)a) de cette loi, autorise une formation de la Cour saisie d’une demande d’autorisation d’appel à rendre l’ordonnance que sollicite le demandeur. Suivant le par. 695(1), la Cour peut, « sur un appel aux termes de la présente partie », rendre toute ordonnance que la cour d’appel aurait pu rendre. Quoiqu’il soit permis de se demander si ce pouvoir s’étend à la Cour lorsqu’elle examine une demande d’autorisation d’appel, trois facteurs me convainquent que la réponse est oui.

[3] Premièrement, bien qu’elles figurent sous la rubrique « Appels à la Cour suprême du Canada », les dispositions du *Code criminel* conférant à la Cour compétence en matière d’appel prévoient des situations où l’appel est formé soit de plein droit soit sur autorisation. En outre, à certains égards au moins, la demande d’autorisation d’appel et l’appel lui-même (si l’autorisation est accordée) sont considérés comme deux étapes d’un appel à la Cour. Par exemple, l’al. 694.2(2)a) vient préciser le par. 694.2(1) — lequel accorde à l’appelant qui est sous garde le droit d’être présent « à l’audition de l’appel devant la Cour suprême du Canada » — en indiquant clairement qu’une personne qui est sous

is not entitled to be present “on an application for leave to appeal”. This qualification would not be necessary if the right to be present at an appeal set out in s. 694.2(1) did not include the right to be present for an oral hearing of an application for leave to appeal.

[4] Second, while the term “appeal” is not a defined term in the *Criminal Code*, it is defined in the *Supreme Court Act* to include “any proceeding to set aside or vary any judgment of the court appealed from”: *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 2(1). This definition is broad enough to include in this context an application for leave to appeal. As provided in s. 15(2)(b) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, this definition is to be “read and construed . . . as being applicable to all other enactments relating to the same subject-matter unless a contrary intention appears”. The broader definition of “appeal” in the *Supreme Court Act* should therefore be applied to that term as used in the provisions of the *Criminal Code* conferring appellate jurisdiction on this Court absent a contrary intention. I see none.

[5] Finally, as counsel for the respondent pointed out in her oral submissions, a contrary interpretation would leave a potentially significant lacuna in the powers of this Court to fully address leave applications.

[6] I conclude that a panel of the Court considering a leave application has authority to make the order sought. I now turn to why, in my view, it is in the interests of justice that we do so.

[7] There was a significant issue at trial about whether the applicant was the second of two gunmen who participated in the murder. The eyewitness identification at the scene was somewhat equivocal although there was considerable circumstantial evidence tending to link the applicant to

garde et qui est représentée par un avocat n’a pas le droit d’être présente devant la Cour suprême « lors de la demande d’autorisation d’appel ». Cette précision serait inutile si le droit, prévu au par. 694.2(1), d’être présent lors de l’audition d’un appel n’emportait pas celui d’assister à l’audition d’une demande d’autorisation d’appel.

[4] Deuxièmement, le terme « appel » n’est pas défini dans le *Code criminel*, mais il l’est dans la *Loi sur la Cour suprême*, où il s’entend de « toute procédure visant [. . .] l’infirmerie ou la rectification d’un jugement d’une juridiction inférieure » : *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, par. 2(1). Cette définition est suffisamment large, dans le contexte qui nous occupe, pour englober une demande d’autorisation d’appel. Aux termes de l’al. 15(2)b) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, il faut considérer que cette définition « s’appliqu[e], sauf indication contraire, aux autres textes portant sur un domaine identique ». Par conséquent, la définition large d’« appel » qui figure dans la *Loi sur la Cour suprême* doit être appliquée à ce terme lorsqu’il est utilisé dans les dispositions du *Code criminel* conférant à notre Cour sa compétence en matière d’appel, sauf indication à l’effet contraire. Or, je ne peux trouver aucune indication de cette nature.

[5] Enfin, comme l’a souligné l’avocate de l’intimée dans sa plaidoirie, une interprétation contraire risquerait de limiter considérablement le pouvoir de la Cour d’examiner à fond les demandes d’autorisation d’appel.

[6] J’en viens à la conclusion qu’une formation de la Cour saisie d’une demande d’autorisation est compétente pour rendre l’ordonnance sollicitée en l’espèce. Je vais maintenant examiner les raisons pour lesquelles il est dans l’intérêt de la justice, à mon avis, que nous rendions une telle ordonnance.

[7] La question de savoir si le demandeur était le deuxième des deux hommes armés ayant participé au meurtre a été vigoureusement débattue au procès. L’identification faite par les témoins oculaires sur les lieux était quelque peu équivoque, mais il existait une abondante preuve circonstancielle

the shooting. The Crown at trial argued to the jury that the post-offence conduct of the applicant supported an inference of guilt. It was contended that shortly after the killing he went to his home with the co-accused and changed his appearance by shaving his head. The Crown relied, among other evidence, on hair clippings found wrapped in a newspaper which were found in a garbage can of a washroom adjacent to the applicant's bedroom and in a hair clipper or razor found in the drawer of a nightstand in the applicant's bedroom. In its judgment, the Court of Appeal concluded that these clippings, combined with other evidence concerning the applicant's appearance before the shooting, provided "a powerful inference" that the applicant had shaved his head after the murder to disguise his appearance (para. 36). The Court of Appeal found that this "powerful inference", coupled with other evidence was enough to put the case over "the unreasonable verdict threshold" (para. 36).

[8] The applicant seeks to have the clippings released for forensic examination to determine whether the hair is facial or scalp hair. The evidence before us on the application is that the Centre of Forensic Sciences has the expertise required to conduct this type of examination and that it can be completed within three weeks of receipt of the items to be tested. This sort of forensic testing was not conducted by the Crown in preparation for trial and was not requested on behalf of the defence until several months after the appeal to the Court of Appeal had been dismissed. Defence counsel at trial indicates in his affidavit that he was unaware that forensic analysis could distinguish between scalp and facial hairs. There is a letter in the record indicating that the applicant's counsel on the appeal to the Court of Appeal was similarly unaware of the feasibility of such testing. There is no evidence that the Crown was aware of this possibility. Given that it appears that no one requested such testing and the potential importance of the result which might be obtained, I would infer that it simply did

tendant à démontrer que le demandeur avait pris part à la fusillade. Au procès, le ministère public a dit au jury que la manière dont s'était comporté le demandeur après l'infraction étayait une inférence de culpabilité. On a soutenu que, peu de temps après le meurtre, le demandeur s'est rendu chez lui avec le coaccusé et a changé son apparence en se rasant la tête. Le ministère public a notamment déposé en preuve des bouts de cheveux emballés dans du papier journal qui avaient été découverts dans la poubelle des toilettes adjacentes à la chambre à coucher du demandeur, ainsi qu'une tondeuse ou un rasoir à cheveux trouvé dans le tiroir d'une table de nuit dans la chambre à coucher. Dans sa décision, la Cour d'appel a conclu que, conjugués à d'autres éléments de preuve relatifs à l'apparence du demandeur avant la fusillade, ces bouts de cheveux permettaient de tirer [TRADUCTION] « une solide inférence » que ce dernier s'était rasé la tête après le meurtre pour changer d'apparence (par. 36). La Cour d'appel a conclu que cette « solide inférence », ajoutée à ces autres éléments de preuve, suffisait pour élever le verdict au-dessus du [TRADUCTION] « seuil sous lequel un verdict est déraisonnable » (par. 36).

[8] Le demandeur sollicite la production des bouts de cheveux pour que l'on détermine, par analyse scientifique, s'il s'agit de poils faciaux ou de cheveux. D'après la preuve dont nous disposons dans le cadre de la demande, le Centre des sciences judiciaires possède l'expertise requise pour effectuer une telle analyse et que celle-ci peut être réalisée dans un délai de trois semaines après avoir reçu les objets en question. Aucune analyse de ce genre n'a été effectuée par le ministère public en vue du procès et on n'en a demandé une, pour le compte de la défense, que plusieurs mois après le rejet de l'appel par la Cour d'appel. Dans son affidavit, l'avocat qui a occupé pour la défense au procès dit qu'il ne savait pas que des analyses scientifiques permettaient de distinguer les cheveux des poils faciaux. Une lettre au dossier indique que l'avocat ayant représenté le demandeur devant la Cour d'appel n'était pas non plus au courant de la possibilité de telles analyses. Rien ne prouve que le ministère public était au fait de cette possibilité. Puisqu'il semble que personne n'a demandé pareille analyse et, vu l'importance

not occur to any of the experienced criminal lawyers involved that this testing was available.

[9] Given the importance attached to the head shaving evidence by Crown counsel at trial and the significance of the inference of guilt which the head shaving evidence appears to have had in the Court of Appeal's conclusion that the verdict of guilty was not unreasonable, it is in my view in the interests of justice that the applicant have access to this information in formulating his application for leave to appeal to this Court. Of course, we are not at the stage of considering an application to adduce fresh evidence which would have to be addressed if and when advanced. At this stage, the applicant wishes simply to explore a possible source of expert evidence that may or may not produce evidence that is capable of laying the basis for such an application.

[10] The motion is allowed and counsel are directed to submit to the Court in draft a supplementary order addressing the precise arrangements to be made for release, transport, testing and return of the exhibits. If counsel cannot agree on a joint draft within 14 days hereof then each party is to submit a proposed draft order within 21 days of the date of this order for the Court's consideration.

Motion allowed.

Solicitors for the applicant/applicant on motion: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Solicitor for the respondent/respondent on motion: Attorney General of Ontario, Toronto.

que pourraient avoir les résultats susceptibles d'être obtenus grâce à celle-ci, j'en déduis qu'il n'est tout simplement pas venu à l'esprit de l'un ou l'autre des criminalistes d'expérience concernés que pareilles analyses existaient.

[9] En raison de l'importance qu'a accordée l'avocat du ministère public, au procès, à la preuve selon laquelle le demandeur s'était rasé la tête, et du poids que l'inférence de culpabilité tirée de cette preuve semble avoir eu dans la conclusion de la Cour d'appel que le verdict de culpabilité n'était pas déraisonnable, il est selon moi dans l'intérêt de la justice que le demandeur dispose de l'information pertinente pour préparer sa demande d'autorisation d'appel à notre Cour. Bien entendu, nous n'en sommes pas à l'examen d'une demande sollicitant l'autorisation de produire de nouveaux éléments de preuve, demande qui serait examinée lors de sa présentation, si effectivement une telle demande est présentée. Pour l'instant, le demandeur désire simplement recourir à une mesure d'expertise qui pourrait ou non produire des éléments de preuve susceptibles d'étayer la présentation d'une demande de ce genre.

[10] Il est fait droit à la demande et ordonné aux avocats de soumettre à la Cour un projet d'ordonnance supplémentaire précisant les arrangements devant être pris en vue de la production, du transport et de l'analyse des pièces en question, ainsi que de leur remise après les analyses. Si les avocats ne parviennent pas à s'entendre sur ce projet d'ordonnance commune dans un délai de 14 jours suivant la date de la présente ordonnance, chaque partie doit alors présenter un projet d'ordonnance à la Cour, pour examen, dans les 21 jours qui suivent la date de la présente décision.

Requête accordée.

Procureurs du demandeur/requérant à la requête : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée/intimée à la requête : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2010 Vol. 3

2^e cahier, 2010 Vol. 3

Cited as [2010] 3 S.C.R. 211-455

Renvoi [2010] 3 R.C.S. 211-455

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Century Services Inc. v. Canada (Attorney General) 379

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Gavrila v. Canada (Justice) 342

Extradition — Surrender — Convention refugees — Principle of "non-refoulement" — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugee to Romania — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugee whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

Extradition — Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice's refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

Németh v. Canada (Justice) 281

Extradition — Surrender — Convention refugees — Principle of "non-refoulement" — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugees to Republic of Hungary — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugees whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to

SOMMAIRE

Century Services Inc. c. Canada (Procureur général) 379

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficiaire de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expressees — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

Gavrila c. Canada (Justice) 342

Extradition — Remise — Réfugiés au sens de la Convention — Principe de non-refoulement — Extradition vers la Roumanie d'un réfugié au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l'extradition d'un réfugié dont la qualité de réfugié n'a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d'ordonner l'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

Extradition — Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d'extradition d'un réfugié au sens de la Convention — Motifs prévus par la loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d'extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l'art. 44(1)(b) de la Loi sur l'extradition, un motif obligatoire de refuser l'extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant au réfugié le fardeau de prouver qu'il serait persécuté s'il était extradé? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)(b).

CONTENTS (Continued)

surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

Extradition — Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice's refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

R. v. Gomboc 211

Constitutional law — Charter of Rights — Search and Seizure — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether reasonable expectation of privacy existed in the information obtained from the digital recording ammeter — Whether installation of digital recording ammeter violated the rights of the accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

Police — Powers — Search powers — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. Tran 350

Criminal law — Defences — Provocation — Objective and subjective components to provocation — Whether estranged wife's relationship with another man after separating from accused amounted to "insult" sufficient to deprive accused of power of self-control — Whether there was air of reality to accused acting on sudden at time of killing — Definition of "insult" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Németh c. Canada (Justice) 281

Extradition — Remise — Réfugié au sens de la Convention — Principe du non-refoulement — Extradition vers la République hongroise de réfugiés au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l'extradition de réfugiés dont la qualité de réfugié n'a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d'ordonner l'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

Extradition — Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d'extradition de réfugiés au sens de la Convention — Motifs prévus par la Loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d'extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l'art. 44(1)(b) de la Loi sur l'extradition, un motif obligatoire de refuser l'extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant aux réfugiés le fardeau de prouver qu'ils seraient persécutés s'ils étaient extradés? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)(b).

R. c. Gomboc 211

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — Existait-il une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard des renseignements fournis par l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur? — L'installation de l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur portait-elle atteinte aux droits de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

Police — Pouvoirs — Pouvoirs de perquisition — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. White 374

Criminal law — Barristers and Solicitors — Court-appointed counsel — Fixing counsel fees — Counsel appointed by Supreme Court of Canada under Criminal Code — Parties disagreeing about counsel rates to be paid by Attorney General — Whether provincial legal aid tariff should apply or whether assessment of what is fair and reasonable in the circumstances is correct method of determining fees — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 694.1.

SOMMAIRE (Fin)

obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — La façon dont les policiers ont exercé leurs pouvoirs de perquisition a-t-elle porté atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Tran 350

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Composantes objective et subjective de la provocation — La liaison de l'ex-épouse avec un autre homme après sa séparation d'avec l'accusé constituait-elle une « insulte » suffisante pour priver ce dernier du pouvoir de se maîtriser? — Était-il vraisemblable que l'accusé ait agi sous l'impulsion du moment lors de la perpétration de l'homicide? — Définition d'« insulte » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. c. White 374

Droit criminel — Avocats et procureurs — Avocat désigné par la Cour — Fixation des honoraires des avocats — Avocat désigné par la Cour suprême du Canada en vertu du Code criminel — Désaccord entre les parties quant aux honoraires devant être payés aux avocats par le procureur général — Doit-on appliquer le tarif de l'aide juridique provinciale ou est-ce que l'examen de ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances constitue la bonne méthode pour déterminer les honoraires payables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 694.1.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel James Gomboc *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario, Attorney
General of Quebec and Canadian Civil
Liberties Association** *Intervenors*

INDEXED AS: **R. v. GOMBOC**

2010 SCC 55

File No.: 33332.

2010: May 19; 2010: November 24.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Search and Seizure — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether reasonable expectation of privacy existed in the information obtained from the digital recording ammeter — Whether installation of digital recording ammeter violated the rights of the accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

Police — Powers — Search powers — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel James Gomboc *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario, procureur
général du Québec et Association canadienne
des libertés civiles** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. GOMBOC**

2010 CSC 55

N° du greffe : 33332.

2010 : 19 mai; 2010 : 24 novembre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — Existait-il une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard des renseignements fournis par l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur? — L'installation de l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur portait-elle atteinte aux droits de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

Police — Pouvoirs — Pouvoirs de perquisition — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation

a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

An officer with the Calgary Police Service Drug Unit informed the Southern Alberta Marihuana Investigative Team about a residence in Calgary that he believed might be involved in producing marijuana. That same afternoon, officers conducted a reconnaissance of the residence and made inquiries of neighbours. Based on the observations of the officers and the neighbours questioned, the police contacted the utility company to request the installation of a digital recording ammeter (“DRA”) which would measure electrical power flowing into the residence which was owned by G. The resulting DRA graph showed a pattern of cycling of approximately 18 hours, a pattern consistent with a marijuana grow operation. An officer re-attended at G’s residence to conduct a second external viewing. On the basis of her observations and the information provided to her, including the DRA graph, the officer obtained a search warrant. As a result of the search, the police seized 165.33 kg of bulk marijuana, 206.8 g of processed and bagged marijuana located in a freezer, and numerous items relating to a marijuana grow operation. G was charged with possession of marijuana for the purposes of trafficking, production of marijuana and theft of electricity. A *voir dire* was conducted to consider G’s application to exclude the evidence disclosed by the search on the basis that no warrant had been obtained prior to the installation of the DRA. The trial judge relied on the *Code of Conduct Regulation* made pursuant to Alberta’s *Electric Utilities Act* as statutory support for police access to the DRA data. The DRA evidence was therefore admitted and G was found guilty of the drug-related offences. A majority of the Alberta Court of Appeal allowed G’s appeal and ordered a new trial, concluding that G had a subjective expectation of privacy in the DRA information which was also objectively reasonable. The majority further concluded that the *Regulation* could not be interpreted to imply the homeowner’s consent to allow a utility company to gather information at the request of the state.

d’électricité d’une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l’existence d’une culture de marihuana — Données enregistrées par l’ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l’ampèremètre — La façon dont les policiers ont exercé leurs pouvoirs de perquisition a-t-elle porté atteinte au droit de l’accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Un agent de l’unité des drogues du service de police de Calgary a informé la Southern Alberta Marihuana Investigative Team qu’il croyait qu’une maison de Calgary pouvait abriter une culture de marihuana. L’après-midi même, des agents ont procédé à une reconnaissance des lieux et interrogé des voisins. Sur la foi des observations des agents et des réponses des voisins interrogés, la police a demandé à l’entreprise de services publics d’installer un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN ») pour mesurer le courant électrique consommé par la maison appartenant à G. Le graphique ainsi obtenu montrait un cycle de consommation d’environ 18 heures, compatible avec la culture de marihuana. Une agente a procédé à une deuxième reconnaissance de l’extérieur de la résidence de G. Elle a obtenu un mandat de perquisition sur le fondement de ses observations et des renseignements qui lui avaient été fournis, dont le graphique produit à l’aide de l’AN. La perquisition a permis à la police de saisir 165,33 kg de marihuana en vrac, 206,8 g de marihuana préparée et ensachée, dans le congélateur, et de nombreux articles liés à la culture de la marihuana. G a été inculpé de possession de marihuana en vue d’en faire le trafic et de production illégale de marihuana, ainsi que de vol d’électricité. Un voir-dire a été tenu pour déterminer si la preuve recueillie lors de la perquisition devait être exclue à la demande de G, parce qu’aucun mandat de perquisition n’avait été obtenu préalablement à l’installation de l’AN. La juge du procès s’est appuyée sur le *Code of Conduct Regulation* (le « Règlement ») pris en application de l’*Electric Utilities Act* de l’Alberta comme fondement législatif à l’accès des policiers aux données enregistrées par l’AN. Celles-ci ont donc été admises en preuve et G a été reconnu coupable des infractions relatives aux drogues. La Cour d’appel de l’Alberta a accueilli à la majorité l’appel de G et ordonné la tenue d’un nouveau procès après avoir conclu que G avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à l’aide de l’AN, et que cette attente était objectivement raisonnable. De plus, selon l’opinion majoritaire, on ne saurait prêter au Règlement une interprétation selon laquelle il est implicite que les propriétaires consentent à ce qu’une entreprise de services publics recueille des renseignements à la demande de l’État.

Held (McLachlin C.J. and Fish J. dissenting): The appeal is allowed and the conviction entered at trial is restored.

Per Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: A critical factual consideration, on which much of the disagreement in this case turns, is the degree to which the use of DRA technology reveals private information. The evidence was that marijuana grow operations are not investigated using only DRA data and that DRA technology is employed late in an investigation and after conventional investigative methods support the inference that marijuana is being grown in the home. DRA data are used as one more investigative tool to dispel the belief that a grow operation is on the premises and even operate in favour of the defence in approximately half of the times. The importance of what the DRA discloses and what inferences the DRA data support is central to this case. The findings of the lower court concluding that a reasonable expectation of privacy in the DRA data does exist because some information about what is taking place in a house could be inferred are not supported by any evidence on the record. The DRA is a technique that reveals nothing about the intimate or core personal activities of the occupants. It reveals nothing but one particular piece of information: the consumption of electricity.

Before reaching the question of whether a search is reasonable within the meaning of the *Charter*, the accused must first establish that a reasonable expectation of privacy existed to trigger the protection of s. 8. The facts of this case straddle two privacy interests recognized in the jurisprudence: informational and territorial. There is every reason, however, for proceeding with caution when deciding what independent constitutional effect disclosure clauses similar to those in the *Regulation* may have on determining a reasonable expectation of privacy.

Determining the expectation of privacy requires examination of whether disclosure involved biographical core data, revealing intimate and private information for which individuals rightly expect constitutional privacy protection. The appropriate question is whether the information is the sort that society accepts should remain out of the state's hands because of what it reveals about the person involved, the reasons why

Arrêt (la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité prononcée au procès est rétablie.

Les juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Le principal point de désaccord dans la présente affaire est une question de fait cruciale, soit celle de savoir à quel point la technologie de l'AN révèle des renseignements privés. Selon la preuve, les enquêtes sur des installations de culture de marijuana ne se limitent pas aux données enregistrées par l'AN. Cette technologie sert à un stade avancé de l'enquête et une fois que le résultat de méthodes conventionnelles permet d'inférer que de la marijuana est cultivée dans une résidence. Les données enregistrées par l'AN sont utilisées comme outil d'enquête additionnel pour dissiper les soupçons quant à l'existence d'une installation de culture sur les lieux et jouent même en faveur de la défense dans la moitié des cas environ. L'importance des éléments révélés par l'AN et les inférences que les données enregistrées par l'AN permettent de tirer sont au cœur du présent litige. Aucun élément de preuve au dossier n'appuie les conclusions de la juridiction inférieure qui a reconnu l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données fournies par l'AN parce que celles-ci permettraient de tirer des inférences sur les activités qui se déroulent dans une habitation. Cet instrument ne révèle rien à propos des activités intimes ou des activités personnelles fondamentales des occupants. Il ne révèle rien d'autre qu'un renseignement précis : la consommation d'électricité.

La question de savoir si une perquisition est abusive au sens de la *Charte* ne se pose que si l'accusé a établi l'existence d'une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée qui fait intervenir la protection offerte par l'art. 8. Les faits de la présente affaire touchent deux droits à la vie privée reconnus par les tribunaux : le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée qui a trait aux lieux. Cependant, la prudence est évidemment de mise lorsqu'il s'agit de déterminer quelles conséquences constitutionnelles indépendantes des dispositions permettant la communication semblables à celles du Règlement peuvent avoir sur la reconnaissance d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

Pour se prononcer sur l'existence d'une attente en matière de vie privée, il faut déterminer si la communication portait sur des renseignements biographiques d'ordre personnel, révélant des détails intimes et des renseignements sur la vie privée au sujet desquels les particuliers peuvent à juste titre s'attendre à une protection constitutionnelle. La question est de savoir si ces renseignements font partie de ceux que la société

it was collected, and the circumstances in which it was intended to be used. The combined effect of the *Regulation* and s. 487.014 of the *Criminal Code* establishes that not only was there no statutory barrier to the utility company's voluntary cooperation with the police request, but express notice that such cooperation might occur existed. This is one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances. The central issue in this case is thus whether the DRA discloses intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual that form part of the biographical core data protected by the *Charter's* guarantee of informational privacy. The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by the utility company yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants' biographical core data. The DRA's capabilities depend of course on the state of the technology at the time of its use. As DRA technology now stands, it is not capable of giving access to the occupants' personal information. Instead, the DRA data merely yield an additional piece of information to evaluate suspicions — based on an independent evidentiary foundation — police already have about a particular activity taking place in the home.

A final factor affecting the informational privacy analysis is the fact that G's interest in the electricity use data was not exclusive. G's electricity consumption history was not confidential or private information which he had entrusted to the utility company. As the supplier of electricity, the utility company had a legitimate interest of its own in the quantity of electricity its customers consumed. Consequently, it is beyond dispute that the utility company was within its rights to install a DRA on a customer's line on its own initiative to measure the electricity being consumed. The utility company was not an interloper exploiting its access to private information to circumvent the *Charter* at the behest of the state; rather, its role is limited to the wholly voluntary cooperation of a potential crime victim.

While a territorial privacy interest involving the home is a relevant aspect of the totality of the circumstances informing the reasonable expectation of privacy determination, the *Charter's* protection of territorial privacy in the home is not absolute. Where, as in the case at bar, there was no direct search of the home

accepte de voir soustraits à l'État, en raison de ce qu'ils révèlent concernant la personne visée, des motifs pour lesquels ils ont été recueillis et des fins auxquelles ils sont destinés. Il résulte de l'effet combiné du Règlement et de l'art. 487.014 du *Code criminel* que, non seulement la loi n'empêchait pas l'entreprise de services publics de collaborer de plein gré avec la police, mais qu'un préavis exprès quant à la possibilité d'une telle collaboration existait déjà. Il s'agit de l'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l'ensemble des circonstances. La question centrale en l'espèce est donc celle de savoir si l'AN révèle des détails intimes, sur le mode de vie et les choix personnels de la personne, qui constituent des renseignements personnels d'ordre biographique dont le caractère privé est protégé par la *Charte*. Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par l'entreprise de services publics dévoilaient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d'activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d'ordre biographique des occupants de la maison. Les possibilités qu'offre l'AN dépendent évidemment de l'état de la technologie au moment où elle est utilisée. Dans sa forme actuelle, l'AN ne permet pas d'avoir accès aux informations personnelles des occupants. Les données fournies par l'AN constituent simplement un élément d'information complémentaire qui aide la police à vérifier les soupçons — fondés sur des preuves indépendantes — qu'elle entretient déjà au sujet d'une activité donnée à l'intérieur d'une maison.

L'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels comporte un dernier facteur : G n'était pas la seule personne intéressée par les données sur la consommation d'électricité. Son dossier de consommation d'électricité ne constituait pas un renseignement confidentiel ou privé qu'il avait confié à l'entreprise de services publics. En qualité de fournisseur d'électricité, l'entreprise de services publics avait elle-même un intérêt légitime à l'égard de la consommation d'électricité de ses clients. En conséquence, elle avait incontestablement le droit d'installer de son propre chef un AN sur la ligne d'un client pour mesurer la consommation d'électricité. Elle n'était pas une intruse qui profitait de son accès à des renseignements personnels pour contourner la *Charte* sur l'ordre de l'État; son rôle se borne plutôt à offrir, de son plein gré, sa collaboration à titre de victime potentielle d'un crime.

Bien que le droit à la vie privée qui a trait à la maison constitue un aspect pertinent de l'ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour se prononcer sur l'existence d'une attente raisonnable de respect de la vie privée, la protection offerte par la *Charte* concernant le droit à la vie privée qui a trait à la résidence n'est pas

itself, the informational privacy interest should be the focal point of the analysis. The fact that the home was the focus of an otherwise non-invasive and unintrusive search should be subsidiary to what the investigative technique was capable of revealing about the home and what information was actually disclosed. The fact that the search includes a territorial privacy aspect involving the home should not be allowed to inflate the actual impact of the search to a point where it bears disproportionately on the expectation of privacy analysis.

Per Binnie, LeBel and Abella JJ.: Throughout the development of its s. 8 jurisprudence, the Court has consistently recognized the overriding constitutional importance of the privacy interests connected with activities taking place inside the home. Given the overriding significance of protecting these privacy interests, the concerns regarding the warrantless use of DRAs are well founded. And this case may well have been differently decided but for a crucial factor: the relationship between G and his utility provider is governed by a recently enacted public statute, which entitles G to request confidentiality of his customer information. He made no such request. Nor did he challenge the constitutionality of the relevant provision. This combines to determinatively erode the objective reasonableness of any expectation of privacy in the DRA data.

DRA data indicating a certain cyclical pattern permits a strong inference of the presence of a marijuana grow operation in a residence. The existence of such activity is presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy because it is information about an activity inside the home and is, therefore, personal information. The fact that the activity is criminal does not, under our jurisprudence, remove it from the expectation of and entitlement to privacy protection and, therefore, the requirement of a warrant. The DRA is a surveillance technique that yields usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity: a marijuana grow operation.

The fact, however, that the customer in this case can request that his or her information be protected means essentially that under the *Code of Conduct Regulation*, the customer is presented with the unrestricted ability to

absolue. Lorsque, comme en l'espèce, aucune perquisition n'a été effectuée directement dans la maison, l'analyse devrait être axée sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Le fait que la maison était la cible d'une perquisition qui n'était par ailleurs ni attentatoire, ni envahissante doit être considéré comme accessoire par rapport aux renseignements que la technique d'enquête pouvait révéler et a révélés au sujet de la maison. Le fait que la perquisition touche en partie le droit à la vie privée qui a trait à la résidence ne devrait pas amplifier l'incidence réelle de la perquisition au point de fausser l'analyse de l'attente en matière de vie privée.

Les juges Binnie, LeBel et Abella : Au fil de l'évolution de sa jurisprudence relative à l'art. 8, la Cour a constamment reconnu l'importance primordiale, sur le plan constitutionnel, du droit à la vie privée rattaché aux activités qui se déroulent à l'intérieur d'une maison. En raison de l'importance primordiale de la protection de ces droits à la vie privée, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat sont valables. D'ailleurs, l'issue du pourvoi aurait fort bien pu être différente, n'eût été un facteur essentiel : la relation entre G et son fournisseur d'électricité est régie par un texte législatif d'intérêt public récent qui permet à G de demander la confidentialité des renseignements sur le client le concernant. G n'a fait aucune demande en ce sens. Il n'a pas contesté non plus la constitutionnalité de la disposition législative pertinente. Ensemble, ces éléments affaiblissent de façon déterminante le caractère objectivement raisonnable de toute attente en matière de vie privée à l'égard des données enregistrées par l'AN.

Les données enregistrées par un AN révélant certains cycles de consommation donnent de fortes raisons d'inférer qu'une maison abrite une installation de culture de marijuana. L'existence d'une telle culture constitue *a priori* un renseignement à l'égard duquel une personne est en droit de s'attendre au respect de sa vie privée étant donné qu'il s'agit d'un renseignement sur une activité menée à l'intérieur de la maison et, par conséquent, d'un renseignement personnel. Selon notre jurisprudence, le fait qu'il s'agisse d'une activité criminelle n'écarte ni l'attente ni le droit à la protection en matière de vie privée et, partant, n'élimine pas l'obligation d'obtenir un mandat. L'AN constitue une technique de surveillance qui permet des inférences généralement fiables relativement à la tenue d'une activité particulière à une adresse : la culture de marijuana.

Essentiellement, la possibilité pour le client en l'espèce de demander la confidentialité des renseignements le concernant lui donne, pour l'application du *Code of Conduct Regulation*, l'entière liberté de définir son

control the expectation of privacy in his or her relationship with the utility company. G made no such request, yet urges the Court to treat his expectation of privacy as if he had. There is no room for interpretive creativity in this case because there is no ambiguity in the language of the provisions. DRA information, whenever it is collected, is, necessarily, “customer information” pursuant to the *Regulation* and, as such, information under s. 10(3)(f) of the *Regulation* that can be collected by the utility company and disclosed “without the customer’s consent” to the police investigating an offence. An examination of the totality of the circumstances involves consideration of all, not just some, of the relevant circumstances. There can be no examination of the totality of the relevant circumstances without including the fact that the *Regulation* exists. It cannot, therefore, be seen as neutral or irrelevant. The contractual terms the *Regulation* creates are not only clear and unambiguous; they are also clearly relevant to an objective assessment of the reasonableness of any expectations of privacy G may have had in the DRA information, regardless of whether he decided to inform himself of the legal parameters of his relationship with his utility provider. When considered among all the circumstances of this case, the legislative authority provided by the *Regulation* is in fact determinative and leads to the conclusion that any expectation of privacy that G may have had was objectively unreasonable. In the absence of a reasonable expectation of privacy, the collection of the DRA information in this case did not constitute a “search” within the meaning of s. 8.

Per McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting): This appeal raises core issues regarding the protection of privacy safeguarded by s. 8 of the *Charter*. When we subscribe for public services, we do not authorize the police to conscript the utilities concerned to enter our homes, physically or electronically, for the purpose of pursuing their criminal investigations without prior judicial authorization. Considering the totality of the circumstances, a reasonable person would not accept that the type of information at issue, collected for the reasons and in the manner that it was, should be freely available to the state without prior authorization. G is presumed to have a subjective expectation of privacy within his home. The existence of an obscure regulation that the reasonable person is unlikely to understand does nothing to render G’s subjective expectation objectively unreasonable. G had a reasonable expectation of privacy in the DRA data; the intrusion and transmittal

attente en matière de respect de la vie privée dans sa relation avec l’entreprise de services publics. Or, G n’a fait aucune demande en ce sens et presse néanmoins la Cour d’apprécier son attente en matière de vie privée comme s’il avait demandé la confidentialité des renseignements. Toute interprétation faisant appel à la créativité est exclue en l’espèce, car le libellé des dispositions ne comporte aucune ambiguïté. Les données enregistrées par l’AN constituent nécessairement des « renseignements sur le client » au sens du Règlement et donc des renseignements visés à l’al. 10(3)(f) du Règlement, que l’entreprise de services publics peut recueillir et communiquer, « sans le consentement du client », aux policiers qui enquêtent sur une infraction. L’examen de l’ensemble des circonstances doit porter sur toutes les circonstances pertinentes et non uniquement sur certaines d’entre elles. Il est impossible d’examiner l’ensemble des circonstances pertinentes sans tenir compte de l’existence du Règlement. Ce dernier ne saurait donc être considéré comme un facteur neutre ou sans pertinence. Les obligations contractuelles créées par le Règlement sont non seulement claires et non ambiguës, mais manifestement pertinentes dans l’évaluation objective du caractère raisonnable de toute attente en matière de vie privée que G pouvait avoir à l’égard des renseignements recueillis à l’aide de l’AN, et ce, qu’il ait décidé de s’informer ou non des paramètres juridiques de sa relation avec son fournisseur d’électricité. Le pouvoir conféré par le Règlement, examiné dans le contexte de l’ensemble des circonstances pertinentes, joue un rôle déterminant et mène à la conclusion que toute attente que G pouvait avoir en matière de vie privée était objectivement déraisonnable. Comme il n’existait pas d’attente raisonnable en matière de vie privée en l’espèce, la collecte de renseignements à l’aide de l’AN ne constituait pas une « perquisition » au sens de l’art. 8.

La juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents) : Le pourvoi soulève des questions fondamentales touchant au droit à la vie privée que protège l’art. 8 de la *Charte*. Lorsque nous nous abonnons à un service public, nous n’autorisons pas la police à réquisitionner le service concerné pour s’introduire — physiquement ou électroniquement — dans nos foyers, sans autorisation judiciaire, dans le cadre d’une enquête criminelle. Vu l’ensemble des circonstances, une personne raisonnable n’accepterait pas que le type de renseignements en litige, recueillis pour les motifs et de la manière en cause ici, puissent être mis librement à la disposition de l’État sans autorisation préalable. G est présumé avoir une attente subjective quant au respect de sa vie privée chez lui. L’existence d’un obscur règlement, qu’une personne raisonnable ne comprendrait vraisemblablement pas, n’a pas pour effet de rendre objectivement déraisonnable l’attente subjective de G. Celui-ci avait une

of the information gleaned constituted a search and this search was not authorized by law.

A search occurs when state conduct interferes with an individual's reasonable expectation of privacy. Whether an expectation of privacy is reasonable depends on whether the individual concerned has (1) a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, and (2) whether that subjective expectation is objectively reasonable. The test for subjective expectation of privacy is a low hurdle and individuals are presumed to have a subjective expectation of privacy regarding information about activities within the home. Thus, resolution of this issue turns on whether G's expectation of privacy was objectively reasonable. The factors relevant to determining an objectively reasonable expectation of privacy include the subject matter of the search, the place of the search, whether the privacy interest was abandoned or waived, the degree of intrusiveness, and, in some cases, the presence of a regulatory framework that would diminish any expectation of privacy. In our view, the resolution of this issue turns on the last two factors above: the degree of intrusiveness and the presence of a regulatory framework.

We begin with the issue of intrusiveness. While the DRA does not indicate the source of electrical consumption within the residence, it produces detailed information as to the amount of electricity being used in a home and when it is being used. In addition, DRAs are extremely accurate in disclosing the existence of plant growing operations within a house. The fruits of a search need not produce conclusive determinations about activities within a home in order to be considered informative and thus intrusive. The significance of the DRA data derives from its utility in making informed predictions concerning the probable activities taking place within a home. Predictions of this sort, while not conclusive, nonetheless convey useful private information to the police. Such evidence of criminal activity, or of a connection to criminality, has previously been considered by this Court to be very personal biographical information.

attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN; l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition et cette perquisition n'était pas autorisée par la loi.

Il y a fouille ou perquisition lorsque la conduite de l'État porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée. Le caractère raisonnable de cette attente dépend de la réponse donnée aux questions suivantes : (1) L'intéressé a-t-il une attente subjective de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée? (2) Cette attente subjective est-elle objectivement raisonnable? Le critère d'appréciation de l'attente subjective en matière de vie privée est peu exigeant et les particuliers sont présumés avoir une attente subjective en matière de vie privée à l'égard des renseignements portant sur les activités qui se déroulent à l'intérieur de leur maison. Par conséquent, le sort de l'affaire dépend de la réponse à la question de savoir si l'attente de G en matière de vie privée était objectivement raisonnable. L'objet de la fouille ou de la perquisition, le lieu où elle est effectuée, la question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard du droit à la vie privée, le degré d'intrusion et, dans certains cas, l'existence d'un cadre de réglementation susceptible de réduire l'attente en matière de vie privée sont des facteurs pertinents pour déterminer si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable. À notre avis, la réponse à cette question dépend des deux derniers facteurs précités, à savoir le degré d'intrusion et l'existence d'un cadre de réglementation.

Examinons d'abord la question de l'intrusion. Bien que l'AN n'indique pas les sources précises de consommation d'électricité dans la maison, il fournit néanmoins des renseignements détaillés sur la quantité d'électricité utilisée et les moments où elle est utilisée. Qui plus est, un AN permet de détecter avec une très grande précision l'existence d'une installation de culture dans une maison. Il n'est pas nécessaire que les renseignements recueillis mènent à des conclusions définitives au sujet des activités se déroulant dans une maison pour être jugés révélateurs et qu'il y ait, de ce fait, intrusion. L'importance des données enregistrées par l'AN découle de leur utilité dans la formulation d'hypothèses éclairées au sujet des activités qui se déroulent probablement à l'intérieur d'une habitation. Bien que non concluantes, de telles hypothèses révèlent néanmoins aux policiers des renseignements personnels utiles. De tels éléments de preuve d'activités criminelles ou de l'existence d'un lien avec la criminalité ont déjà été considérés par la Cour comme des données biographiques très personnelles.

The constitutionality of a search does not hinge on whether there are even more intrusive search methods the police could have improperly used. It is unhelpful to compare a DRA search conducted without a warrant to a physical search conducted with a warrant. It is hardly apparent that the use of DRAs will reduce the total intrusion into a suspect's territorial privacy as the use of a DRA only serves as a substitute for a physical search of a suspect's home if the police could have obtained a warrant to search the home.

The remaining issue in determining whether a search occurred is whether the *Regulation* negates or reduces the objectively reasonable privacy interest the other factors suggest. A reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*. The average consumer signing up for electricity cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme which permits the utility company to pass information on electricity usage to the police, especially when a presumption of awareness operates to, in effect, narrow the consumer's constitutional rights. In addition, if they were made aware of the *Regulation* — something that did not happen in this case — reasonable consumers would likely not read it as permitting the intrusion at issue. Finally, although the *Regulation* is not a criminal law, the provisions relied upon by the Crown are explicitly criminal rather than regulatory in purpose. We conclude that G had a reasonable expectation of privacy in the DRA data and that the intrusion and transmittal of the information gleaned thus constituted a search.

If a search is established, the court must then determine whether the search was reasonable. The search in this case was not reasonable. The warrantless use of the DRA was not shown to be reasonably necessary to the police activity, as the police unit in this case has demonstrated by virtue of its general policy of applying for warrants before attaching DRAs to transformers located on private property. Moreover, while the *Regulation* permits the disclosure of "customer information", it does not authorize the utility company to operate as an agent for the police for the purpose of spying on consumers. The DRA data that concerns us

La constitutionnalité d'une fouille ou d'une perquisition ne tient pas au fait qu'il existe des méthodes d'enquête encore plus envahissantes auxquelles la police aurait pu, à tort, avoir recours. Il n'est pas utile de comparer une perquisition sans mandat effectuée au moyen d'un AN à une perquisition physique avec mandat. Il est loin d'être évident que le recours à un AN permet d'éviter aux suspects toute atteinte à leur droit à la vie privée qui a trait aux lieux, puisque l'utilisation d'un tel dispositif ne remplace véritablement l'exécution d'une perquisition physique dans la maison du suspect que dans les cas où la police aurait pu obtenir un mandat de perquisition visant ce lieu.

La dernière question à trancher pour savoir s'il y a eu une perquisition consiste à déterminer si le Règlement a pour effet d'écarter le droit objectivement raisonnable au respect de la vie privée suggéré par les autres facteurs ou d'en diminuer la portée. Une personne raisonnable n'aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l'intérieur de sa maison. On ne peut attendre du consommateur moyen qui s'abonne à un service de distribution d'électricité qu'il connaisse le menu détail d'un régime de réglementation complexe qui permet aux entreprises de communiquer à la police des renseignements sur l'utilisation de l'électricité, particulièrement si la présomption de connaissance de ce régime a pour effet de réduire les droits constitutionnels garantis au consommateur. De plus, même s'il était au courant de l'existence du Règlement — ce qui n'était pas le cas en l'espèce — le consommateur raisonnable ne considérerait probablement pas que ce texte autorise le type d'intrusion en cause. Enfin, bien que le Règlement ne soit pas un texte législatif à caractère pénal, les dispositions invoquées par le ministère public ne visent pas un objectif réglementaire, mais possèdent un caractère pénal explicite. G avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN, et l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition.

S'il est établi qu'il y a eu une fouille ou perquisition, le tribunal doit se demander si celle-ci était abusive. En l'espèce, la perquisition était abusive. Il n'a pas été démontré que l'utilisation sans mandat de l'AN était raisonnablement nécessaire à l'accomplissement d'une activité policière, comme en fait foi d'ailleurs la politique générale du service policier concerné qui consiste à obtenir un mandat avant de fixer un AN à un transformateur situé sur une propriété privée. De plus, bien que le Règlement permette la communication de « renseignements sur le client », il n'autorise pas l'entreprise de services publics à espionner ses clients pour le compte

here was not pre-existing information in a utility company subscriber's file. Although the utility company might have chosen to collect this data on its customers on its own initiative and for its own purposes, it neither did so nor manifested any intention to do so in this case. Accordingly, it has not been demonstrated that the search was authorized by law and as such, G's rights under s. 8 of the *Charter* were infringed. We would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal against that judgment to this Court.

Cases Cited

By Deschamps J.

Referred to: *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, rev'd 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL); *R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13.

By Abella J.

Referred to: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563.

By McLachlin C.J. and Fish J. (dissenting)

R. v. Law, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227; *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851; *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Kang-Brown*,

de la police. En l'espèce, les données enregistrées par l'AN n'étaient pas des renseignements qui existaient déjà dans les dossiers des abonnés de l'entreprise de services publics. Bien que celle-ci ait eu la faculté de décider de recueillir de telles données concernant ses clients de son propre chef et pour ses propres besoins, elle ne l'a pas fait et n'a manifesté aucune intention en ce sens en l'espèce. Par conséquent, le ministère public n'a pas démontré que la perquisition était autorisée par la loi, de sorte qu'il a été porté atteinte aux droits de G protégés par l'art. 8 de la *Charte*. La décision de la Cour d'appel devrait être confirmée et l'appel interjeté contre cette décision devant notre Cour devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, inf. par 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL); *R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13.

Citée par la juge Abella

Arrêts mentionnés : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish (dissidents)

R. c. Law, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227; *R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851; *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Kang-Brown*,

2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003, ss. 1(e), 10(1), (3)(f).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 7(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 326(1)(a), 487, 487.014.
Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1.

Authors Cited

Lerner, Jack I., and Deirdre K. Mulligan. "Taking the 'Long View' on the Fourth Amendment: Stored Records and the Sanctity of the Home", 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3.
 Ontario. Information and Privacy Commissioner and Future of Privacy Forum. "SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation". Toronto: Office of the Information and Privacy Commissioner, November 2009.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, O'Brien and Martin JJ.A.), 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, 460 A.R. 150, 462 W.A.C. 150, 247 C.C.C. (3d) 119, 70 C.R. (6th) 81, 197 C.R.R. (2d) 199, [2010] 1 W.W.R. 642, [2009] A.J. No. 892 (QL), 2009 CarswellAlta 1250, setting aside the accused's conviction and ordering a new trial. Appeal allowed, McLachlin C.J. and Fish J. dissenting.

Ronald C. Reimer and Susanne Boucher, for the appellant.

Charles R. Stewart, Q.C., and *David Andrews*, for the respondent.

Christine Tier, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Brigitte Bussières and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659; *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 326(1)a), 487, 487.014.
Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003, art. 1e), 10(1), (3)f).
Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. E-5.1.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 7(1).

Doctrine citée

Lerner, Jack I., and Deirdre K. Mulligan. « Taking the "Long View" on the Fourth Amendment : Stored Records and the Sanctity of the Home », 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3.
 Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée et Future of Privacy Forum. « Smart-Privacy for the Smart Grid : Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation ». Toronto : Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée, November 2009.
 Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Berger, O'Brien et Martin), 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, 460 A.R. 150, 462 W.A.C. 150, 247 C.C.C. (3d) 119, 70 C.R. (6th) 81, 197 C.R.R. (2d) 199, [2010] 1 W.W.R. 642, [2009] A.J. No. 892 (QL), 2009 CarswellAlta 1250, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli, la juge en chef McLachlin et le juge Fish sont dissidents.

Ronald C. Reimer et Susanne Boucher, pour l'appelante.

Charles R. Stewart, c.r., et *David Andrews*, pour l'intimé.

Christine Tier, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Brigitte Bussières et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

David S. Rose and John J. Navarrete, for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — After an investigation raised suspicions that a marijuana grow operation was likely located in Mr. Gomboc's home, police approached the utility providing electricity to the home ("Enmax") and requested that they install a digital recording ammeter ("DRA") on its power line. A DRA allows electricity use to be recorded and allows disclosure of patterns of electricity use closely associated with marijuana grow operations. This appeal raises the question of whether Mr. Gomboc had a reasonable expectation of privacy in information about the pattern of use of electricity disclosed by the DRA. In my view, no reasonable expectation of privacy in that information arises in this case. Section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is therefore not engaged and the decision of the Alberta Court of Appeal (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73) should be reversed.

[2] I have read the reasons of the Chief Justice and Fish J. I take a different approach to the principles applicable and do not agree with their view of the evidence adduced in this case. I have also read the reasons of my colleague Abella J. and agree with her conclusion on the outcome of this case. My reasons for doing so do not rely solely on the governing regulatory scheme but depend instead on the totality of the circumstances. The nature and quality of the information in this case, its remoteness from the "biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state" (*R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293), and the legislative scheme permitting disclosure of customer information to authorities investigating an offence combine to weigh against finding a reasonable expectation of privacy in this case.

David S. Rose et John J. Navarrete, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement des juges Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — À la suite d'une enquête l'ayant amenée à soupçonner que la maison de M. Gomboc était utilisée pour la culture de marijuana, la police a demandé au fournisseur d'électricité (« Enmax ») d'installer sur la ligne électrique un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur (« AN »). Ce dispositif enregistre la consommation d'électricité et permet la détection de cycles de consommation associés à la culture de la marijuana. Le pourvoi soulève la question de savoir si M. Gomboc avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des cycles de consommation d'électricité révélés par l'AN. Comme je réponds à cette question par la négative, il s'ensuit que je conclus que l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'entre pas en jeu en l'espèce et que la décision de la Cour d'appel de l'Alberta (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73) devrait être infirmée.

[2] J'ai pris connaissance des motifs de la Juge en chef et du juge Fish. Mon opinion diverge de la leur en ce qui concerne les principes applicables et l'analyse de la preuve déposée au dossier. J'ai également lu les motifs de ma collègue, la juge Abella, et je souscris au dispositif qu'elle propose. Je n'arrive toutefois pas à ce résultat en me fondant uniquement sur le régime réglementaire applicable; je m'appuie plutôt sur l'ensemble des circonstances. La nature et la qualité des renseignements en cause en l'espèce, le fait qu'ils ont peu à voir avec des « renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État » (*R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293), et le régime législatif qui permet de communiquer des renseignements sur des clients aux autorités chargées de faire enquête sur une infraction sont des facteurs qui, pris dans leur ensemble, militent contre la conclusion qu'il existait en l'espèce une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

1. Facts and Background

[3] The chronology of events surrounding the police investigation and the installation of the DRA is set out in the reasons of Abella J. and need not be repeated. However, further comments on DRA technology and what it discloses are necessary to explain why the totality of the circumstances must be assessed in reaching the outcome of this case.

[4] Evidence about the DRA was supplied by the testimony of Detective Sergeant Roger Morrison of the Calgary Police Service, who was the sole expert to testify. He described a DRA as a small electrical meter that measures power in one-ampere increments. It is installed by Enmax on the power line delivering electricity to a suspected home either in an underground transformer or in a transformer box located above ground. If the transformer is not situated on the suspect's property, as in the present case, the police simply ask Enmax to install the device on the power line. If the transformer is located on the suspect's property, police obtain a warrant to gain lawful access to it.

[5] The DRA usually remains on the power line for five days, measuring the flow of electricity into the house. The information it records is used to produce a graph which displays the pattern of electricity use. Investigators then analyze the graph to detect cyclical patterns of electricity use over 12 or 18 hours which support the inference that marijuana is being grown on the premises. The electricity use patterns correspond to 12- and 18-hour periods when lights attached to timers are shone on the marijuana plants to stimulate growth. The periods when the lights are in use are reflected in higher electrical usage on the graph (A.R., at pp. 97-99).

[6] A critical factual consideration, on which much of the disagreement in this case turns, is the degree to which the use of DRA technology reveals private information. It is common ground that the distinctive electricity use patterns disclosed by the

1. Faits et contexte

[3] La chronologie des faits entourant l'enquête policière et l'installation de l'AN est exposée dans les motifs de la juge Abella. Il est inutile de la répéter. Il y a toutefois lieu de formuler des observations complémentaires au sujet de la technologie de l'AN et des données qu'elle révèle afin d'expliquer pourquoi il est nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances pour trancher le litige.

[4] La preuve sur l'AN a été offerte par le sergent-détective Roger Morrison du service de police de Calgary, le seul expert à témoigner. Il a décrit l'AN comme un petit compteur mesurant le courant électrique en ampères. Enmax l'installe sur la ligne électrique alimentant l'habitation suspecte en le fixant au transformateur souterrain ou au transformateur aérien se trouvant dans un boîtier. Si, comme c'est le cas en l'espèce, le transformateur n'est pas situé sur la propriété du suspect, la police demande simplement à Enmax d'installer l'appareil sur la ligne électrique. Par contre, si le transformateur est situé sur sa propriété, les policiers doivent obtenir un mandat pour être autorisés à y accéder légalement.

[5] L'AN demeure habituellement fixé sur la ligne pendant cinq jours pour mesurer le courant électrique consommé à cette adresse. Les données enregistrées par l'AN servent à produire un graphique montrant les cycles de consommation d'électricité. Des enquêteurs analysent ensuite ce graphique pour y déceler des cycles de consommation d'électricité d'une durée de 12 ou 18 heures. Ces cycles constituent un indice de la présence d'une culture de marijuana sur les lieux, car ils correspondent aux périodes pendant lesquelles des lampes branchées à des minuteries sont dirigées sur les plants de marijuana pour en stimuler la croissance. Ces plages d'éclairage se traduisent par des pointes sur le graphique (d.a., p. 97-99).

[6] Le principal point de désaccord dans la présente affaire est une question de fait cruciale, soit celle de savoir à quel point la technologie de l'AN révèle des renseignements privés. Il est acquis aux débats que les cycles distinctifs de consommation

DRA data support a strong inference that a grow operation is on the premises. Such grow operations often involve marijuana. However, the existence of these distinctive electricity use patterns, though strongly correlated with a marijuana grow operation, does not establish that marijuana is the crop being grown.

[7] I agree with the Chief Justice and Fish J. (at para. 123) that evidence revealed need not be conclusive to be intrusive, but in this case, contrary to their assertion, there was evidence as to the predictive value of the DRA data. Indeed, Det. Sgt. Morrison also gave evidence about what is not revealed by DRA technology in its current form. The evidence is that there was absolutely no reliable inference to be made concerning the occupants or their activities in the house besides the grow operation. Indeed, Det. Sgt. Morrison was asked whether the DRA data disclosed any of the following:

- how many occupants live in the residence
- whether any occupants are home at a particular time
- whether anyone is watching television
- whether anyone is using a computer
- whether anyone is listening to a stereo
- whether anyone is taking a bath, sitting in a hot tub, or showering
- whether anyone is cooking or washing dishes
- the gender of the occupants
- the political affiliation of the occupants

électrique qui ressortent des données enregistrées par l'AN fournissent une indication sérieuse permettant de déduire l'existence d'une installation de culture sur les lieux. Dans bien des cas, il s'agit de marijuana. Toutefois, de tels cycles, même s'ils sont très souvent associés à ce type d'installation, ne prouvent pas que la plante cultivée est de la marijuana.

[7] Je suis d'accord avec le Juge en chef et le juge Fish (par. 123) pour dire qu'il n'est pas nécessaire que les éléments recueillis soient concluants pour que la perquisition soit attentatoire. Je crois toutefois, contrairement à eux, qu'une preuve a été présentée en l'espèce concernant la valeur des données provenant de l'AN comme fondement à des hypothèses. En effet, le sergent-détective Morrison a également témoigné au sujet de ce que la technologie de l'AN, dans sa forme actuelle, ne révèle pas. La preuve établit qu'il n'était possible de tirer absolument aucune inférence valable à propos des occupants de l'habitation ou de leurs activités, hormis la présence d'une installation de culture. En effet, on a demandé au sergent-détective Morrison si les données fournies par l'AN permettaient de répondre à l'une ou l'autre des questions suivantes :

- Combien de personnes habitent dans la maison?
- Est-ce que quelqu'un est à la maison à un moment donné?
- Est-ce que quelqu'un regarde la télévision?
- Est-ce que quelqu'un se sert d'un ordinateur?
- Est-ce que quelqu'un utilise une chaîne stéréo?
- Est-ce que quelqu'un se trouve dans la baignoire, la douche ou le spa?
- Est-ce que quelqu'un cuisine ou fait la vaisselle?
- De quel sexe sont les occupants de la maison?
- Quelle est l'allégeance politique des occupants?

- | | |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> - the sexual orientation of the occupants - where electricity is being used in the house - whether any electrical devices are on a timer | <ul style="list-style-type: none"> - Quelle est l'orientation sexuelle des occupants? - Dans quelles pièces de la maison l'électricité est-elle consommée? - Est-ce que des appareils électriques sont branchés à une minuterie? |
|--|---|

His answer to each was “no”. I find in his answers no room for speculation as to the possibility of DRA data disclosing any information the nature of which Det. Sgt. Morrison said could not be revealed.

Dans chaque cas, il a répondu par la négative. Ses réponses ne laissent place à aucune conjecture sur la possibilité que les données enregistrées par l'AN révèlent des renseignements que le sergent-détective Morrison dit impossibles à détecter.

[8] Though DRA data are highly reliable predictors of a marijuana grow operation, Det. Sgt. Morrison testified that false positives can and do occasionally occur. In one instance, the distinctive electricity use patterns usually associated with a marijuana grow operation resulted from electricity being used to grow orchids (A.R., at p. 103).

[8] Bien que les données recueillies par l'AN fournissent des indices très fiables de l'existence d'une installation de culture de marijuana, aux dires du sergent-détective Morrison, des faux positifs peuvent se produire et se produisent effectivement de temps en temps. Par exemple, dans un cas, le cycle de consommation habituellement associé à la culture de la marijuana était attribuable à une culture d'orchidées (d.a., p. 103).

[9] Investigators analyzing DRA data must therefore always be alert to the possibility that suspicious electricity use patterns might result from an energy-intensive grow operation involving a legitimate crop. Det. Sgt. Morrison's testimony indicates that they are.

[9] Par conséquent, dans l'analyse des données fournies par l'AN, les enquêteurs doivent toujours demeurer conscients de la possibilité que des cycles de consommation d'électricité suspects s'expliquent par une culture énergivore légitime. Le témoignage du sergent-détective Morrison indique qu'ils en sont bien conscients.

[10] The evidence was that marijuana grow operations are not investigated using only DRA data and that DRA technology is employed late in an investigation typically initiated following a tip from an organization such as Crime Stoppers and after conventional investigative methods — visual surveillance of suspicious premises, like observing irregular driving patterns, the way the house and yard are kept etc., conversations with neighbours, research about the home available in public records — support the inference that marijuana is being grown in the home. The hypothetical question of whether DRA data alone can provide sufficient evidence to obtain a search warrant was not put to Det. Sgt. Morrison, and the reasons for not using

[10] Selon la preuve, les enquêtes sur des installations de culture de marijuana ne se limitent pas aux données enregistrées par l'AN. Cette technologie sert à un stade avancé de l'enquête, habituellement déclenchée à la suite d'informations relayées par une organisation comme Échec au crime, et une fois que le résultat de méthodes conventionnelles — surveillance visuelle des lieux suspects, par exemple, observation d'un va-et-vient irrégulier de voitures, de l'état de la maison et de l'entretien du terrain, conversations avec les voisins et recherches sur le domicile dans les registres publics — permet d'inférer que de la marijuana est cultivée à cette adresse. La question hypothétique de savoir si les données enregistrées par l'AN pourraient

these data alone were not given by the witness. However, put in context, his testimony reveals that use of DRA data is the culminating point of the investigation:

Q Are marijuana grow operation investigations conducted in Calgary using only the results of digital recording ammeters?

A No.

Q Please explain.

A The entire investigation -- it's quite a long and arduous procedure. It is again the full reconnaissance of the property, full research of the area, possible discussions with area residents. All of these -- and possible surveillance. All of these -- possibly a [Forward Looking Infra-Red ("FLIR")]. All of these are investigative aids. The DRA is -- we do it at the end of the investigation, and this is just yet another investigative aid we use to determine if we believe there's a marijuana grow operation lurking in the home. [A.R., at p. 100]

[11] In fact, DRA data are also used as one more investigative tool to dispel the belief that a grow operation is on the premises. They even operate in favour of the defence in approximately half of the times:

Q You indicated earlier that you have reviewed approximately 800 graphs --

A Yes.

Q -- produced by digital recording ammeters, but in only about 400 of those cases search warrants have been applied for and granted.

A Yes.

Q Please explain why that is.

fonder à elles seules la délivrance d'un mandat de perquisition n'a pas été posée au sergent-détective Morrison, et le témoin n'a pas expliqué pourquoi ces données ne sont pas utilisées seules. Cependant, sa déposition, prise en contexte, démontre que le recours aux données enregistrées par l'AN constitue l'étape ultime d'une enquête. Voici comment il s'exprime :

[TRADUCTION]

Q Dans les enquêtes menées à Calgary sur des installations de culture de marijuana, utilise-t-on seulement le résultat des ampèremètres numériques munis d'un enregistreur?

R Non.

Q Veuillez expliquer.

R L'enquête complète -- c'est un processus long et ardu. Encore une fois, c'est un exercice de reconnaissance complète de la propriété, une recherche complète dans les environs, peut-être aussi des discussions avec les habitants du coin. Tout ça -- et peut-être de la surveillance. Tout ça -- et peut-être la technique [infrarouge à vision frontale (« FLIR »)]. Ce sont tous des outils d'enquête. L'AN est -- nous nous en servons à la fin d'une enquête, et c'est juste un autre outil d'enquête qui nous permet de déterminer si nous croyons qu'une maison abrite une installation de culture de marijuana. [d.a., p. 100]

[11] En fait, les données enregistrées par l'AN sont aussi utilisées comme outil d'enquête additionnel pour dissiper les soupçons quant à l'existence d'une installation de culture sur les lieux. Elles jouent même en faveur de la défense dans la moitié des cas environ :

[TRADUCTION]

Q Vous avez dit plus tôt avoir analysé environ 800 graphiques --

R Oui.

Q -- produits par des ampèremètres numériques munis d'un enregistreur, mais dans environ 400 de ces affaires seulement un mandat de perquisition a été demandé et obtenu.

R Oui.

Q Veuillez expliquer pourquoi il en est ainsi.

A Well, in the investigation, we may have some indications or some signs through the investigations that a marijuana grow operation may be present. However, placing or getting a returned graphical printout has showed that it would be inconsistent in that home to have a marijuana grow operation, so we have not executed a search warrant.

So although we may have had reasonable and probable grounds to enter on a search warrant for a marijuana grow operation, essentially the DRA graph has eliminated that home, and so we did not go in. [A.R., at pp. 103-4]

In that sense, DRA data serve to end an investigation and protect a suspect against more intrusive techniques.

[12] Thus, as Det. Sgt. Morrison indicated, the DRA data are sometimes used even if the police already have reasonable and probable grounds to believe that illegal activities are being conducted in a house. It follows that the legal issue the use of DRA data raises does not depend on whether or not the Crown, in this case, made a concession on the lack of reasonable grounds to obtain a search warrant. It suffices to point out that the questionable nature of that concession was even mentioned by Martin J.A. in his reasons for judgment in this case.

[13] We must therefore proceed on the following factual footing: the DRA measurements reveal the quantity of electricity being used in one-ampere increments over a period of time. Over several days, the DRA can be configured to record a pattern of electrical usage. Those patterns in turn can be interpreted by a person with expertise investigating marijuana grow operations to support the inference that a grow operation exists on the premises. A grow operation is strongly correlated with the likelihood that marijuana is the crop being grown on the premises but the relationship between the two is not absolute. In practice, the police use

R Bien, au cours d'une enquête, nous pouvons découvrir des indices ou des signes qu'il y a peut-être une installation de culture de marijuana. Mais après la pose ou la lecture du graphique retourné, nous voyons que les données ne sont pas compatibles avec une installation de culture de marijuana dans la maison, ce qui fait que nous n'avons pas exécuté le mandat de perquisition.

Donc, même si nous avons des motifs raisonnables et probables d'entrer dans une maison avec un mandat de perquisition pour y chercher une installation de culture de marijuana, essentiellement, le graphique produit par l'AN a écarté cette maison, alors nous n'y sommes pas entrés. [d.a., p. 103-104]

Ainsi, les données enregistrées par l'AN permettent de mettre fin à l'enquête et protègent le suspect contre l'utilisation de techniques plus envahissantes.

[12] Par conséquent, comme l'indique le sergent-détective Morrison, les policiers utilisent parfois les données enregistrées par l'AN, même s'ils ont déjà des motifs raisonnables et probables de croire à la tenue d'activités illégales à une certaine adresse. Il s'ensuit que la réponse à la question de droit soulevée par l'utilisation des données tirées de l'AN ne dépend pas du fait que le ministère public, en l'espèce, ait concédé ou non qu'il n'existait pas de motifs raisonnables suffisants pour qu'un mandat de perquisition soit décerné. Il suffit de signaler à cet égard que le juge Martin de la Cour d'appel a mis en doute le bien-fondé de cette concession dans ses motifs.

[13] Nous devons donc procéder à partir du fondement factuel suivant : l'AN mesure la consommation d'électricité en ampères au cours d'une période donnée. Il est possible de configurer l'AN pour qu'il enregistre les cycles de consommation d'électricité sur une période de quelques jours. Ces cycles peuvent ensuite être interprétés par un expert en matière d'enquête sur les installations de culture de marijuana pour étayer l'hypothèse d'une telle installation dans la maison. Il existe une forte corrélation entre la présence d'une installation de culture et la probabilité qu'il s'agisse d'une culture de marijuana, mais le lien entre les

the DRA data, along with other fruits of their investigation, to show that there are reasonable and probable grounds justifying the issuance of a warrant to search the house for evidence of a grow operation producing marijuana.

[14] The importance of what the DRA discloses and what inferences the DRA data support is central to this case. Lower courts concluding that a reasonable expectation of privacy in the DRA data does exist have speculated that some information about what is taking place in a house could be inferred (see, e.g., *R. v. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, at paras. 45-62, where the case law is reviewed, rev'd 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80). For example, Martin J.A. in the Alberta Court of Appeal wrote: "DRA information must, as a matter of common sense, also disclose biographical or private information; for example, the approximate number of occupants, when they are present in the home, and when they are awake or asleep. This applies to all homes, regardless as to whether they are being used for marijuana grow operations" (para. 17). In the same vein, the Ontario Information and Privacy Commissioner voiced concerns about the prospect of smart meters revealing information about activities taking place in the home, a factor which the intervener the Canadian Civil Liberties Association ("CCLA") submits should militate in favour of recognizing a reasonable expectation of privacy in the case at bar. These assertions are not supported by any evidence on the record. They are only speculations on techniques that have not been used or evaluated in this case. The only evidence adduced on this point is that of Det. Sgt. Morrison on behalf of the Crown, which contradicts any suggestion that the DRA data disclose anything more than the possibility of a grow operation in the house. While my colleague Abella J. finds the DRA "intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity: a marijuana grow operation" (para. 81), I am of the view that the DRA is a technique that is more

deux n'est pas absolu. Dans la pratique, les policiers utilisent les données enregistrées par l'AN, avec tous les autres renseignements recueillis au cours de leur enquête, pour démontrer l'existence de motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition qui les autorise à entrer dans la maison pour y chercher des éléments de preuve de l'existence d'une culture de marijuana.

[14] L'importance des éléments révélés par l'AN et les inférences que les données enregistrées par l'AN permettent de tirer sont au cœur du présent litige. Les juridictions inférieures qui ont conclu à l'existence d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée à l'égard des données fournies par l'AN ont supposé que celles-ci permettraient de tirer des inférences sur les activités qui se déroulent dans une habitation (voir, p. ex., *R. c. Cheung*, 2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214, par. 45-62, pour une revue de la jurisprudence, inf. par 2007 SKCA 51, 293 Sask. R. 80). Par exemple, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Alberta écrit : [TRADUCTION] « [L]’information recueillie grâce à l’AN doit, logiquement, révéler également des renseignements biographiques ou d’ordre personnel, tels que le nombre approximatif d’occupants, les périodes où ils sont présents ainsi que les périodes où ils dorment ou sont éveillés. Cela vaut pour toute habitation, qu’elle serve ou non à la culture de la marijuana » (par. 17). Dans le même ordre d’idées, la commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario a exprimé des préoccupations au sujet de la possibilité que des compteurs intelligents révèlent des renseignements au sujet des activités qui se déroulent dans une habitation, un facteur qui, selon l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC »), intervenante en l’espèce, devrait militer en faveur de la reconnaissance de l’existence d’une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans le cas qui nous occupe. Ces assertions ne sont appuyées par aucun élément de preuve au dossier; il ne s’agit que de conjectures à propos de techniques qui n’ont été ni utilisées, ni évaluées en l’espèce. La seule preuve présentée sur ce point, soit le témoignage du sergent-détective Morrison pour le compte du

protective of personal information than most other investigation techniques. It reveals nothing about the intimate or core personal activities of the occupants. It reveals nothing but one particular piece of information: the consumption of electricity.

[15] The DRA data adduced at trial are in graph form and are consistent with Det. Sgt. Morrison's testimony about what information about the home is disclosed by the DRA. It is reproduced in an appendix to these reasons. The information turned over to police consists of a single-line graph recording patterns of electricity use over a five-day period. The untutored eye would derive very little meaning from viewing this chart. If told that the line graph represents electricity use in a house, it is possible to detect that amounts of electricity used in the house vary from day to day and over the course of a day. However, the graph shows nothing of the purposes for which the electricity is being used. The sum total of what an ordinary person would glean from the chart is the total consumption of electricity in the house and that use is variable and not constant, the latter fact being obvious to anyone familiar with the routine of a home. Any further inferences regarding activities taking place in the home require not only specialized training in the interpretation of the DRA graph but, most importantly, additional information about the home obtained from other sources.

[16] The following analysis proceeds in accordance with this factual backdrop.

ministère public, réfute toute hypothèse voulant que les données enregistrées par l'AN révèlent autre chose que l'existence possible d'une installation de culture de marijuana dans la maison. Alors que ma collègue, la juge Abella, est d'avis que l'AN constitue une technique de surveillance « suffisamment envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d'une activité particulière à une adresse : la culture de marijuana » (par. 81), pour ma part, j'estime que cet instrument protège davantage les renseignements personnels que la plupart des autres techniques d'enquête. Il ne révèle rien à propos des activités intimes ou des activités personnelles fondamentales des occupants. Il ne révèle rien d'autre qu'un renseignement précis : la consommation d'électricité.

[15] Les données enregistrées par l'AN ont été produites lors du procès sous la forme d'un graphique. Elles appuient le témoignage du sergent-détective Morrison au sujet des renseignements que l'AN révèle sur le domicile. Ce graphique est reproduit en annexe. Les renseignements relayés à la police sont un graphique à courbe simple représentant les cycles de consommation d'électricité sur une période de cinq jours. Le néophyte ne saisirait pas grand-chose à la lecture de ce graphique. En sachant que le graphique représente la consommation d'électricité d'une maison, on peut constater que la consommation d'électricité fluctue de jour en jour et d'heure en heure. Le graphique n'indique cependant pas du tout à quelle fin l'électricité est utilisée. Les seuls renseignements qu'une personne ordinaire dégagerait de ce tableau sont la consommation totale d'électricité d'une habitation et son caractère variable et intermittent, l'évidence même pour quiconque est un tant soit peu habitué au train-train quotidien d'une maison. Toute autre inférence sur les activités qui se déroulent dans la maison exigerait non seulement une formation spécialisée en interprétation de graphiques d'AN, mais surtout des renseignements provenant d'autres sources au sujet de la maison.

[16] L'analyse qui suit tient compte de cette trame factuelle.

2. Analysis

2.1 *Applicable Legal Principles*

[17] This Court’s foundational decision in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, established that s. 8 of the *Charter* protects a right to privacy. Principles delineating the right to privacy laid down in *Hunter* apply with equal force today. Section 8 of the *Charter* protects “people, not places” (p. 159). Like all *Charter* rights, the s. 8 right to privacy is not absolute — instead, the *Charter* protects a reasonable expectation of privacy. Dickson J. (as he then was) framed determination of a reasonable expectation of privacy in the following terms:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original; pp. 159-60.]

[18] In *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, a majority of this Court held that a “reasonable expectation of privacy is to be determined on the basis of the totality of the circumstances” (para. 45). In subsequent cases, the reasonable expectation of privacy analysis proceeded in two steps, asking whether the accused had a subjective expectation of privacy and whether that expectation of privacy was objectively reasonable (*R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at para. 19; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; and *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579).

[19] In *Tessling*, Binnie J. wrote that because privacy is a varied and wide-ranging concept,

2. Analyse

2.1 *Les principes juridiques applicables*

[17] Dans l’arrêt de principe *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, notre Cour a jugé que l’art. 8 de la *Charte* protège le droit à la vie privée. Les principes posés dans l’arrêt *Hunter* pour circonscrire le droit à la vie privée s’appliquent avec autant de force aujourd’hui. L’article 8 de la *Charte* protège « les personnes et non les lieux » (p. 159). Le droit à la vie privée protégé par l’art. 8, à l’instar de tous les autres droits garantis par la *Charte*, n’est pas absolu; la *Charte* protège plutôt l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a formulé ainsi la question de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original; p. 159-160.]

[18] Dans l’arrêt *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, la Cour a jugé, à la majorité, que « [l]’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée doit être déterminée eu égard à l’ensemble des circonstances » (par. 45). Dans ses arrêts subséquents, la Cour a scindé l’analyse de l’attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en deux étapes, se demandant d’abord si l’accusé avait une attente subjective en matière de vie privée et, ensuite, si cette attente en matière de vie privée était raisonnable sur le plan objectif (*R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 19; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; et *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579).

[19] Dans l’arrêt *Tessling*, le juge Binnie écrit que, comme le droit à la vie privée est un concept

the s. 8 jurisprudence has evolved to recognize a number of privacy interests, namely:

- (i) personal privacy, involving bodily integrity and the right not to have our bodies touched or explored;
- (ii) territorial privacy, involving varying expectations of privacy in the places we occupy, with privacy in the home attracting heightened protection because of the intimate and private activities taking place there;
- (iii) informational privacy, involving “the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others” (para. 23, quoting A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7).

Tessling also recognized that these categories, though analytically useful, do not necessarily exist in isolation and may overlap.

[20] If, in the first instance, a reasonable expectation of privacy is determined to exist, a search intruding upon that interest will engage s. 8 of the *Charter*. Because the *Charter* protects only against unreasonable searches, the next step after a reasonable expectation of privacy has been established is to inquire whether the search is reasonable. A search involving a *Charter*-protected privacy interest will be reasonable if the police are authorized by law to conduct the search, if the law authorizing the search is reasonable, and if the search is conducted in a reasonable manner (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278). In most cases, this requires obtention of a search warrant requiring police to satisfy a judicial authority that there are reasonable and probable grounds to believe that a

vaste et variable, la jurisprudence relative à l’art. 8 a évolué et reconnaît dorénavant plusieurs aspects du droit au respect de la vie privée, à savoir :

- (i) le droit à la vie privée qui a trait à la personne, lequel protège l’intégrité corporelle et le droit de refuser toute palpation ou exploration corporelle;
- (ii) le droit à la vie privée qui a trait aux lieux, lequel comporte diverses attentes en matière de vie privée selon les lieux que nous occupons, le droit à la vie privée dans notre résidence commandant une protection plus grande parce qu’il s’agit du lieu où nos activités les plus intimes et privées se déroulent;
- (iii) le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels, qui se définit comme « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes le moment, la manière et la mesure dans lesquels des renseignements les concernant sont communiqués » (par. 23, citant A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7).

Dans l’arrêt *Tessling*, la Cour reconnaît également que, même si elles fournissent des outils d’analyse utiles, ces catégories ne sont pas forcément étanches et peuvent se recouper.

[20] Pour que l’art. 8 de la *Charte* trouve application, il faut d’abord qu’il existe une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée et que la fouille ou la perquisition porte atteinte à ce droit. Comme la *Charte* ne protège que contre les fouilles et perquisitions abusives, il faut ensuite déterminer si la fouille ou la perquisition en cause est abusive ou non. Une fouille ou une perquisition qui met en jeu un droit à la vie privée protégé par la *Charte* ne sera pas abusive si la loi autorise les policiers à l’effectuer, si la loi qui l’autorise n’a elle-même rien d’abusif et si la fouille ou la perquisition n’est pas effectuée d’une manière abusive (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278). Dans la plupart des cas, les policiers doivent obtenir un mandat de perquisition, ce qui les oblige à convaincre une

search will reveal evidence of an offence (see, e.g., *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 487). In certain situations where only a lowered expectation of privacy is recognized, police must instead have a reasonable suspicion that a search will uncover evidence of an offence before they may undertake it (see, e.g., *Kang-Brown*). Where no reasonable expectation of privacy is established, no threshold justification is required because the search does not trigger *Charter* protection (see, e.g., *Patrick*).

[21] Thus, before reaching the question of whether a search is reasonable within the meaning of the *Charter*, the accused must first establish that a reasonable expectation of privacy existed to trigger the protection of s. 8. It is this issue which I now address.

2.2 *A Reasonable Expectation of Privacy in Home Electricity Use Information*

[22] The present case straddles two categories of privacy interests recognized in the jurisprudence. The primary privacy interest asserted is a claim to informational privacy protecting the electricity use information which Enmax obtained after installing the DRA and turned over to the police. Territorial privacy is also relevant because the information sought involved an activity taking place within Mr. Gomboc's home.

[23] The facts of this case also place it at the intersection of two of the Court's earlier cases where informational and territorial privacy interests overlapped. The first is *Plant*, which established that a homeowner has no expectation of privacy in electricity use records maintained by a utility. The circumstances of this case also resemble those in *Tessling*, where the privacy interest asserted involved

autorité judiciaire de l'existence de motifs raisonnables et probables de croire que la fouille ou la perquisition permettra de recueillir des éléments de preuve d'une infraction (voir, p. ex., *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487). Dans certains cas où l'attente reconnue en matière de respect de la vie privée est moindre, les policiers doivent plutôt avoir, avant de procéder à la fouille ou à la perquisition, des soupçons raisonnables que la fouille ou la perquisition permettra de découvrir des éléments de preuve d'une infraction (voir, p. ex., l'arrêt *Kang-Brown*). Lorsqu'aucune attente raisonnable de respect du droit à la vie privée n'a été reconnue, aucune justification particulière n'est nécessaire, puisque la fouille ou la perquisition ne donne pas ouverture à la protection offerte par la *Charte* (voir, p. ex., l'arrêt *Patrick*).

[21] Ainsi, la question de savoir si une perquisition est abusive au sens de la *Charte* ne se pose que si l'accusé a établi l'existence d'une attente raisonnable de respect du droit à la vie privée qui fait intervenir la protection offerte par l'art. 8. C'est la question de l'existence d'une telle attente que je vais maintenant examiner.

2.2 *L'attente raisonnable de respect du droit à la vie privée à l'égard de la consommation d'électricité d'une maison*

[22] La présente affaire touche deux catégories de droits à la vie privée reconnus par les tribunaux. Elle porte principalement sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels qu'Enmax a obtenus au sujet de la consommation d'électricité après avoir installé l'AN et qu'elle a relayés à la police. Elle touche aussi le droit à la vie privée qui a trait aux lieux parce que les renseignements recherchés portaient sur une activité qui se déroulait à l'intérieur de la maison de M. Gomboc.

[23] Les faits de la présente affaire la situent à l'intersection de deux affaires déjà jugées par la Cour, qui portaient à la fois sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et sur le droit à la vie privée qui a trait aux lieux. La première est l'affaire *Plant*, dans laquelle notre Cour a jugé qu'un propriétaire n'a pas d'attente en matière de vie privée à l'égard des relevés de consommation

heat patterns emanating from a private home and photographed by police overflying it in an aircraft. In both cases, information was sought because it was capable of supporting in some measure the inference that marijuana was being grown in a private home. The principles laid down in both cases consequently have considerable relevance to the case at bar, although their applicability must take into account the peculiarities of this case, notably Enmax's role as a third party cooperating with a police request and the *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, governing the confidentiality of Enmax's customer information. Informational and territorial privacy remain useful tools for organizing the analysis, and they provide the headings under which I assess whether the expectation of privacy asserted is objectively reasonable. I reiterate before undertaking that analysis that context is crucial and that reasonable expectation of privacy is assessed in the totality of the circumstances.

2.2.1 Subjective Expectation of Privacy

[24] The available evidence makes clear that Mr. Gomboc exhibited a strong desire for privacy in his habits of electricity use. The electricity meter on the property — the usual device employed to measure the quantity of electricity being used in a home — had been deliberately bypassed to prevent it from performing this function. The only reason can be a desire to shield his electricity use from detection.

[25] In addition, the Court recognized in *Patrick* that a subjective expectation of privacy can be presumed in respect of activities taking place in the home (para. 37).

d'électricité établis par une entreprise de services publics. Les faits de la présente affaire ressemblent aussi à ceux de l'affaire *Tessling*, dans laquelle le droit à la vie privée revendiqué concernait le profil thermique d'une maison privée qui avait été photographiée par la police depuis un avion survolant la maison. Dans les deux cas, les renseignements étaient recherchés parce qu'ils étaient susceptibles d'étayer dans une certaine mesure l'inférence d'une culture de marijuana dans une maison privée. Par conséquent, les principes posés dans ces deux arrêts sont fort pertinents en l'espèce, même si, dans leur application, on doit tenir compte des particularités de la présente affaire, et notamment du rôle joué par Enmax, comme tiers ayant accédé à la demande de la police, et du *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003, traitant du degré de confidentialité des renseignements sur les clients d'Enmax. Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée qui a trait aux lieux demeurent des catégories utiles pour la structure de l'analyse et me serviront de rubriques pour l'examen du caractère objectivement raisonnable de l'attente revendiquée en matière de vie privée. Je rappelle donc, avant d'entreprendre cette analyse, que le contexte est d'une importance capitale et qu'il faut apprécier l'attente raisonnable de respect de la vie privée en tenant compte de l'ensemble des circonstances.

2.2.1 L'attente subjective de respect de la vie privée

[24] Il ressort clairement de la preuve déposée que M. Gomboc tenait fermement à ce que les renseignements portant sur ses habitudes de consommation d'électricité demeurent confidentiels. Le compteur installé sur la propriété — l'appareil habituel servant à mesurer la consommation d'électricité à une adresse — avait été délibérément contourné pour le rendre inopérant. Cet acte ne peut s'expliquer que par le désir de dissimuler la consommation d'électricité.

[25] Par ailleurs, dans l'arrêt *Patrick*, la Cour a reconnu qu'on peut présumer l'existence d'une attente subjective de respect de la vie privée à l'égard des activités qui se déroulent dans une résidence (par. 37).

[26] I conclude, then, that Mr. Gomboc did exhibit a subjective expectation of privacy in the pattern of electricity use disclosed by the DRA monitoring.

2.2.2 Is the Expectation of Privacy Reasonable in the Totality of the Circumstances?

2.2.2.1 *The Informational Privacy Interest*

[27] The *Charter* guarantee of informational privacy protects the right to prevent certain personal information from falling into the hands of the state. The scope of constitutional protection will vary depending upon the nature of the information and the purpose for which it is made available (*R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53; *Patrick*, at para. 38).

[28] In *Plant*, Sopinka J. rejected a categorical approach to informational privacy, protecting only information that is “personal and confidential” (p. 293). He framed the constitutional protection given to informational privacy in the following purposive terms:

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [p. 293]

Sopinka J. also outlined factors that could form the basis for a reasonable expectation of privacy which included “the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated” (p. 293).

[26] Je conclus donc que M. Gomboc avait effectivement une attente subjective de respect de la vie privée à l’égard des cycles de consommation d’électricité révélés par l’AN.

2.2.2 L’attente de respect de la vie privée était-elle raisonnable compte tenu de l’ensemble des circonstances?

2.2.2.1 *Le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels*

[27] La *Charte* garantit le caractère privé des renseignements personnels en protégeant le droit de soustraire certains renseignements personnels à la connaissance de l’État. La portée de cette protection constitutionnelle dépend de la nature des renseignements et du but dans lequel ils sont communiqués (*R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53; *Patrick*, par. 38).

[28] Dans l’arrêt *Plant*, le juge Sopinka a écarté toute approche catégorique de la protection du caractère privé des renseignements personnels, ne reconnaissant que la protection des renseignements de nature « personnelle et confidentielle » (p. 293). Il a adopté une approche téléologique pour décrire la protection constitutionnelle du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels :

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d’intégrité et d’autonomie qu’il consacre, il est normal que l’art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État. Il pourrait notamment s’agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu. [p. 293]

Le juge Sopinka a également énuméré certains facteurs susceptibles de fonder une attente raisonnable en matière de vie privée, notamment, « la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête » (p. 293).

[29] The facts underlying *Plant* are similar to those in the case at bar. The police had consulted electricity use records of a home as part of a marijuana grow operation investigation. Information about relative electricity use in the neighbourhood was included alongside visual observations about the home in an affidavit to obtain a search warrant. The accused's argument that the electricity consumption records were obtained through a warrantless search that violated s. 8 of the *Charter* was rejected by this Court for two reasons. The first involved the nature of the information, about which Sopinka J. said:

The computer records investigated in the case at bar while revealing the pattern of electricity consumption in the residence cannot reasonably be said to reveal intimate details of the appellant's life since electricity consumption reveals very little about the personal lifestyle or private decisions of the occupant of the residence. [p. 293]

A further reason for rejecting the reasonable expectation of privacy claim took into account the relationship between the accused and the utility. That relationship did not involve confidence or a contractual obligation of confidentiality. Instead, the utility's policy was to permit police access to its electronic records via a password-protected computer. Electricity consumption records of a particular address were available to the public at large (p. 294).

[30] As in *Plant*, the nature and quality of the information disclosed by the DRA and the absence of an expectation of confidentiality in respect of Enmax's customer information form part of the totality of the circumstances informing the reasonableness of the privacy expectation in the present case. I will examine the impact of each, starting with the absence of a confidentiality expectation.

[29] Les faits à l'origine de l'affaire *Plant* ressemblent à ceux en cause en l'espèce. La police avait consulté les relevés de consommation d'électricité d'une maison au cours d'une enquête sur une installation de culture de marijuana. Dans l'affidavit présenté en vue d'obtenir un mandat de perquisition, les policiers avaient inclus des renseignements comparatifs sur la consommation d'électricité dans le quartier ainsi que des observations fondées sur leur examen visuel de la maison. L'argument de l'accusé suivant lequel les relevés de consommation d'électricité avaient été obtenus au moyen d'une perquisition effectuée sans mandat en violation de l'art. 8 de la *Charte* a été rejeté par notre Cour pour deux raisons. La première concernait la nature des renseignements. Voici ce que le juge Sopinka dit à ce propos :

Or, on ne saurait raisonnablement prétendre que les dossiers informatisés consultés dans la présente affaire, lesquels font état du niveau de consommation d'électricité dans une résidence, dévoilent des détails intimes de la vie de l'appelant, la consommation d'électricité ne révélant que très peu de chose du mode de vie ou des décisions privées de l'occupant de la résidence. [p. 293]

L'autre raison pour laquelle la Cour a rejeté l'argument fondé sur l'attente raisonnable de respect de la vie privée tenait aux relations entre l'accusé et l'entreprise de services publics. Cette relation ne pouvait être qualifiée de relation de confiance et l'entreprise de services publics n'était pas assujettie à une obligation contractuelle de confidentialité. L'entreprise de services publics avait plutôt comme politique de permettre à la police l'accès à sa banque de données informatiques à l'aide d'un mot de passe. De plus, il était possible pour le grand public de s'enquérir de la consommation d'électricité à une adresse donnée (p. 294).

[30] Comme dans l'affaire *Plant*, la nature et la qualité des renseignements révélés par l'AN et l'absence d'attente de confidentialité concernant les renseignements détenus par Enmax sur ses clients font partie de l'ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour déterminer s'il existe une attente raisonnable de respect de la vie privée dans le cas qui nous occupe. Je vais examiner l'incidence de chaque élément, en commençant par l'absence d'attente de confidentialité.

[31] The terms governing the relationship between Enmax and its customers are highly significant. Mr. Gomboc's expectation of privacy is informed by the *Code of Conduct Regulation* enacted pursuant to the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1. The regulation permits disclosure of customer information "to a peace officer for the purpose of investigating an offence if the disclosure is not contrary to the express request of the customer" (s. 10(3)(f)). Mr. Gomboc did not request that his customer information be kept confidential. The *Code of Conduct Regulation* dovetails with s. 487.014 of the *Criminal Code*, which confirms that a peace officer may ask a person to voluntarily provide information that the person is not otherwise prohibited by law from disclosing. Their combined effect establishes that not only was there no statutory barrier to Enmax's voluntary cooperation with the police request, but express notice that such cooperation might occur existed.

[32] Rather than concluding, as my colleague Abella J. does, that the legislative scheme is sufficient to erode the expectation of privacy in this case, I prefer to view it as one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances. I do not need to pronounce on the issue of whether this legislative scheme alone is sufficient or not to dissolve any expectation of privacy. Taking that approach, I do not endorse the other extreme position taken by the Chief Justice and Fish J. that the average consumer could not be expected to know that consumption data obtained by the electricity provider may be subject to varying degrees of confidentiality pursuant to relevant legislation. In our highly regulated energy supply environment, it would be unreasonable for anyone to expect energy data not to be dealt with in one way or another by the rules organizing that industry.

[33] That Enmax was at liberty to disclose the information weighs heavily against giving the asserted expectation of privacy constitutional recognition. However, in view of the multitudinous

[31] Les dispositions régissant les rapports entre Enmax et ses clients revêtent une grande importance. Le *Code of Conduct Regulation*, pris en application de l'*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, influe sur l'attente de respect de la vie privée de M. Gomboc. Ce règlement permet de communiquer un renseignement sur un client [TRADUCTION] « à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction si la communication ne contrevient pas à une demande expresse du client » (al. 10(3)f)). M. Gomboc n'a pas demandé la confidentialité des renseignements le concernant. Le règlement concorde avec l'art. 487.014 du *Code criminel*, qui confirme qu'un agent de la paix peut demander à une personne de lui fournir volontairement des renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer. Il résulte de l'effet combiné de ces deux dispositions que la loi n'empêchait pas Enmax de collaborer de plein gré avec la police et qu'un préavis exprès quant à la possibilité d'une telle collaboration existait déjà.

[32] Au lieu de conclure, à l'instar de ma collègue la juge Abella, que le régime législatif suffit à écarter l'attente en matière de vie privée en l'espèce, je préfère considérer ce régime comme l'un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire que je décide si ce régime législatif, à lui seul, suffit ou non pour faire disparaître toute attente en matière de vie privée. Par ailleurs, je ne puis non plus souscrire à la position préconisée, à l'autre extrême, par la Juge en chef et le juge Fish selon lesquels on ne saurait s'attendre du consommateur moyen qu'il sache que, par application des lois pertinentes, des degrés de confidentialité différents s'attachent aux données sur la consommation obtenues par le fournisseur d'électricité. Notre réseau d'approvisionnement énergétique étant très réglementé, il serait déraisonnable de s'attendre à ce que la réglementation régissant cette industrie ne traite pas, d'une manière ou d'une autre, des données sur l'énergie.

[33] Le fait qu'Enmax était libre de communiquer les renseignements milite fortement contre la reconnaissance constitutionnelle de l'attente revendiquée en l'espèce en matière de vie privée. Toutefois,

forms of information that are generated in customer relationships and given that consumer relationships are often governed by contracts of adhesion (while noting that in this case Mr. Gomboc was at liberty to prevent the disclosure but did not elect to do so), there is every reason for proceeding with caution when deciding what independent constitutional effect disclosure clauses similar to those in the *Code of Conduct Regulation* may have on determining a reasonable expectation of privacy.

[34] Even if the regulation had been silent on disclosure of energy consumption, the quality and nature of the information disclosed to the police would nonetheless have informed the totality of the circumstances surrounding the expectation of privacy. Determining the expectation of privacy requires examination of whether disclosure involved biographical core data, revealing intimate and private information for which individuals rightly expect constitutional privacy protection. This is consistent with Binnie J.'s comment in *Tessling* that the expectation of privacy is a "normative rather than a descriptive standard" (para. 42). Thus, the fact that the person claiming an expectation of privacy in information ought to have known that the terms governing the relationship with the holder of that information allowed disclosure may not be determinative. Rather, the appropriate question is whether the information is the sort that society accepts should remain out of the state's hands because of what it reveals about the person involved, the reasons why it was collected, and the circumstances in which it was intended to be used.

[35] This brings us to the central issue in this case: whether the DRA discloses intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual that form part of the biographical

étant donné que les renseignements générés dans le cadre des relations d'une entreprise avec ses clients peuvent l'être sous une myriade de formes et que les relations avec les clients sont souvent régies par des contrats d'adhésion (fait à signaler, dans le cas qui nous occupe, M. Gomboc pouvait empêcher la communication, mais ne s'est pas prévalu de cette possibilité), la prudence est évidemment de mise lorsqu'il s'agit de déterminer quelles conséquences constitutionnelles indépendantes des dispositions permettant la communication semblables à celles du *Code of Conduct Regulation* peuvent avoir sur la reconnaissance d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[34] Même si le règlement avait été muet sur la question de la communication de la consommation d'électricité, la qualité et la nature des renseignements communiqués à la police auraient quand même eu une incidence sur l'ensemble des circonstances entourant l'attente de respect de la vie privée. Pour se prononcer sur l'existence d'une telle attente, il faut déterminer si la communication portait sur des renseignements biographiques d'ordre personnel, révélant des détails intimes et des renseignements sur la vie privée au sujet desquels les particuliers peuvent à juste titre s'attendre à une protection constitutionnelle. Ces observations vont dans le même sens que celles formulées par le juge Binnie dans l'arrêt *Tessling*, lorsqu'il explique que l'attente en matière de vie privée est « de nature normative et non descriptive » (par. 42). Par conséquent, le fait que la personne qui revendique une attente quant au respect du caractère privé de certains renseignements aurait dû savoir que les dispositions régissant ses rapports avec le détenteur de ces renseignements en permettraient la communication n'est pas nécessairement déterminant. Il faut plutôt déterminer si ces renseignements font partie de ceux que la société accepte de voir soustraits à l'État, en raison de ce qu'ils révèlent concernant la personne visée, des motifs pour lesquels ils ont été recueillis et des fins auxquelles ils sont destinés.

[35] Ce qui nous amène à la question centrale en l'espèce, celle de savoir si l'AN révèle des détails intimes, sur le mode de vie et les choix personnels de la personne, qui constituent des renseignements

core data protected by the *Charter's* guarantee of informational privacy.

[36] The Chief Justice and Fish J., Abella J., and the majority in the Court of Appeal seem to accept that the DRA discloses some information about activities or lifestyle choices associated with the home. I do not share this conclusion. The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by Enmax yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants' biographical core data.

[37] The only evidence on the record is the uncontradicted expert testimony of Det. Sgt. Morrison. It is summarized above, but I reiterate that when presented with a list of private and intimate activities and asked whether the DRA revealed any information about these activities, he answered "no". The DRA data disclosed no personal information comparable to that contained in the garbage put out for collection in which this Court recently held that there was no reasonable expectation of privacy in *Patrick*. Indeed, the DRA reveals very little about what is taking place in the home. As the Saskatchewan Court of Queen's Bench aptly noted, "the DRA would give no information at all as to the normal activities going on in the home and no intimate details of the occupants' lifestyles" (*Cheung*, at para. 62). The Alberta Court of Queen's Bench also noted that "a next-door neighbour or person on the street would likely have more information on what was going on in a house than the information obtained from the DRA" (*R. v. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL), at para. 6).

[38] Investigators evidently request installation of the DRA for a specific purpose. The DRA data support a strong inference that a grow operation is located in the home, which in turn is strongly

personnels d'ordre biographique dont le caractère privé est protégé par la *Charte*.

[36] La Juge en chef et le juge Fish, la juge Abella et la majorité des juges de la Cour d'appel semblent accepter que l'AN révèle certains renseignements sur des activités ou des choix personnels associés à la résidence. Je ne partage pas leur avis. Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par Enmax dévoilaient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d'activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d'ordre biographique des occupants de la maison.

[37] Le témoignage non contredit de l'expert, le sergent-détective Morrison, constitue la seule preuve au dossier. Il est résumé plus haut, mais je répète que le témoin a répondu par la négative lorsqu'on lui a énuméré certaines activités privées et intimes et qu'on lui a demandé si l'AN révélait des renseignements à leur sujet. Les données fournies par l'AN ne révèlent aucun renseignement personnel assimilable à ceux contenus dans les sacs d'ordures déposés en vue de leur ramassage, au sujet desquels notre Cour a récemment refusé, dans l'arrêt *Patrick*, de reconnaître une attente raisonnable en matière de vie privée. D'ailleurs, l'AN révèle très peu de chose au sujet des activités qui se déroulent dans une maison. Ainsi que la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan l'a fait observer avec justesse : [TRADUCTION] « l'AN ne révélerait aucun renseignement sur les activités normales se déroulant dans la maison ni détail intime sur le mode de vie des occupants » (*Cheung*, par. 62). Selon la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, [TRADUCTION] « un voisin immédiat ou un passant en saurait probablement plus sur les activités tenues dans une maison que ce que les données obtenues grâce à un AN permettraient de savoir » (*R. c. Johnston*, [2002] A.J. No. 843 (QL), par. 6).

[38] Les enquêteurs demandent de toute évidence l'installation d'un AN dans un but précis. Les données fournies par l'AN appuient sérieusement l'inférence d'une installation de culture à une certaine

correlated with the cultivation of marijuana. The respondent and my colleague Abella J. conclude that the data's reliability in supporting the inference that a grow operation is present in the home weighs in favour of finding a reasonable expectation of privacy in that information. For the Chief Justice and Fish J., the strength of the inferences makes this case distinguishable from *Tessling* and *Plant*, where no expectation of privacy was found in heat signature and electricity consumption information also used to support the inference that a grow operation existed in a home. With respect for the contrary view, I disagree that the stronger inference that the DRA data support meaningfully distinguishes the information they disclose from that in which this Court concluded that there is no reasonable expectation of privacy. As observed by the Saskatchewan Court of Appeal, the distinction involves a "difference of degree only and not a difference that changes the substantive result of the analysis" (*Cheung*, at para. 23). Indeed, the nature of the information has not changed nor is what was disclosed by the DRA about private and intimate activities in the home any more revealing than the information at issue in *Tessling* and *Plant*.

[39] Focussing on the inferential strength of the DRA data in isolation concentrates the analysis too narrowly. We must consider instead the totality of what it is capable of disclosing and the degree to which it invades the privacy of the residents of the home. The criminality of the activity the DRA discloses does not remove it from the ambit of *Charter*-protected privacy rights (*Patrick*, at para. 32). However, as this Court said in *Patrick*, "[t]he issue ought to be framed in terms of the privacy of the area or thing being searched and the potential impact of the search on the person [or thing] being searched, not the nature or identity of the concealed items" (para. 32). Viewed in this light, the DRA's disclosure about electricity use has no greater impact than electricity consumption records or the home's heat signature upon the occupants

adresse, un type d'installation étroitement lié à la culture de marijuana. Selon l'intimé et ma collègue la juge Abella, la fiabilité des données comme fondement à l'inférence d'une installation de culture joue en faveur de la reconnaissance d'une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard de ces données. Pour la Juge en chef et le juge Fish, la fiabilité des inférences qu'il est possible de tirer distingue la présente espèce des affaires *Tessling* et *Plant*, dans lesquelles notre Cour a refusé de reconnaître une attente en matière de vie privée à l'égard du profil thermique et de la consommation d'électricité qui ont aussi servi à inférer la présence d'une installation de culture de marijuana dans une maison. Avec égard pour l'opinion contraire, je ne suis pas d'accord pour dire que la fiabilité de l'inférence que les données fournies par l'AN permettent de tirer distingue de manière appréciable ces données de celles au sujet desquelles notre Cour a refusé de reconnaître une attente raisonnable en matière de vie privée. Ainsi que la Cour d'appel de la Saskatchewan l'a fait observer, il s'agit là d'une [TRADUCTION] « différence de degré et non d'une différence qui aurait pour effet d'influer sur le résultat de l'analyse sur le fond » (*Cheung*, par. 23). En effet, les renseignements sont de la même nature et ce qu'ils révèlent au sujet des activités privées et intimes qui se déroulent à l'intérieur de la maison n'est pas plus révélateur que les renseignements en cause dans les affaires *Tessling* et *Plant*.

[39] Insister isolément sur la fiabilité des inférences que les données fournies par l'AN permettent de tirer limite indûment la portée de l'analyse. Il convient plutôt de tenir compte de l'ensemble des renseignements que l'AN est susceptible de révéler et de déterminer à quel point il porte atteinte au droit à la vie privée des occupants de la maison. Le caractère criminel de l'activité révélée par l'AN ne la soustrait pas à la protection du droit à la vie privée offerte par la *Charte* (*Patrick*, par. 32). Toutefois, comme notre Cour l'a expliqué dans *Patrick*, « [l]e débat devrait porter sur le caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille, ainsi que sur les conséquences potentielles de la fouille pour la personne qui en fait l'objet [ou pour l'objet visé], et non sur la nature ou l'identité de la chose dissimulée » (par. 32). Envisagés sous cet angle, les renseignements

of the home and the privacy of their activities therein.

[40] The DRA's capabilities depend of course on the state of the technology at the time of its use. We are cautioned by the intervenor the CCLA about the looming prospect of smart meters being deployed across the country and the possibility of data they record revealing how electricity is being used in homes. A similar concern arose in *Tessling* about the theoretical possibility of what FLIR technology might eventually reveal about activities in the home. The conclusion there applies with equal force to the case at bar:

... the reasonableness line has to be determined by looking at the information generated by *existing* FLIR technology, and then evaluating its impact on a reasonable privacy interest. If, as expected, the capability of FLIR and other technologies will improve and the nature and quality of the information hereafter changes, it will be a different case, and the courts will have to deal with its privacy implications at that time in light of the facts as they then exist. [Emphasis in original; para. 29.]

The CCLA's submissions about smart meters raise concerns about theoretical capabilities and potential future uses of technology rather than realistic privacy concerns applicable in the present case. As DRA technology now stands, it is not capable of giving access to the occupants' personal information. Instead, the DRA data merely yield an additional piece of information to evaluate suspicions — based on an independent evidentiary foundation — police already have about a particular activity taking place in the home. Having concluded that the evidence adduced does not establish that the DRA is meaningfully more invasive of privacy than the electricity consumption records in *Plant* or the heat signatures in *Tessling*, I would, as this Court did in the latter case, leave the privacy

sur la consommation d'électricité fournis par l'AN n'ont pas plus de conséquences sur les occupants de la maison et sur le caractère privé des activités qui s'y déroulent que les relevés de consommation d'électricité ou le profil thermique de la maison.

[40] Les possibilités qu'offre l'AN dépendent évidemment de l'état de la technologie au moment où elle est utilisée. L'ACLIC, intervenante en l'espèce, nous incite à la prudence devant la perspective inquiétante de l'installation de compteurs intelligents un peu partout au Canada et la possibilité que les données enregistrées révèlent à quelle fin l'électricité est utilisée à chaque adresse. Une préoccupation semblable a été exprimée dans l'affaire *Tessling* au sujet de ce que la technique FLIR pourrait en théorie révéler un jour au sujet des activités se déroulant à l'intérieur d'une maison. La conclusion de la Cour dans cet arrêt s'applique avec autant de force à l'affaire qui nous occupe :

... il faut déterminer la limite du caractère raisonnable en examinant les renseignements produits par la technique FLIR *existante* et en analysant ensuite leur incidence sur le droit en matière d'attente raisonnable de vie privée. Si, comme on peut s'y attendre, les possibilités de la technique FLIR et d'autres techniques évoluent et entraînent des changements dans la nature et la qualité des renseignements obtenus, les circonstances seront différentes et les tribunaux devront se prononcer sur son incidence en matière de vie privée à ce moment-là, en fonction des faits qui leur seront alors présentés. [En italique dans l'original; par. 29.]

L'argumentation de l'ACLIC au sujet des compteurs intelligents soulève des questions sur des possibilités théoriques et des utilisations futures potentielles de la technologie, et non des questions réalistes au sujet du respect de la vie privée qui se posent dans la présente instance. Dans sa forme actuelle, l'AN ne permet pas d'avoir accès aux informations personnelles des occupants. Les données fournies par l'AN constituent simplement un élément d'information complémentaire qui aide la police à vérifier les soupçons — fondés sur des preuves indépendantes — qu'elle entretient déjà au sujet d'une activité donnée à l'intérieur d'une maison. Ayant conclu que les éléments de preuve présentés n'établissent pas que l'AN est sensiblement plus attentatoire au droit à la vie privée que les relevés de

implications of the more evolved technology to be decided when a comprehensive evidentiary record has been developed.

[41] A final factor affecting the informational privacy analysis and diminishing Mr. Gomboc's expectation of privacy in the information disclosed by the DRA is the fact that his interest in the electricity use data was not exclusive. His electricity consumption history was not confidential or private information which he had entrusted to Enmax. As the supplier of electricity, Enmax had a legitimate interest of its own in the quantity of electricity its customers consumed. Consequently, it is beyond dispute that Enmax was within its rights to install a DRA on a customer's line on its own initiative to measure the electricity being consumed. That it was not a regular practice by Enmax in no way diminished its freedom to install the DRA. It is also beyond dispute that if Enmax installed the DRA on its own initiative and discovered the same suggestive pattern of electricity use, it could have turned this information over to police.

[42] The Chief Justice and Fish J. take exception to what they variously describe as Enmax being co-opted or conscripted by the police to engage in a search which the authorities could not have conducted independently. They raise the spectre of letter carriers and delivery persons being asked to pry into private homes in the course of their ordinary duties. On the facts of this case, such comparisons are unavailing. Enmax was not an interloper exploiting its access to private information to circumvent the *Charter* at the behest of the state. As the Crown stresses in its submissions, Enmax's role is limited to the wholly voluntary cooperation of a potential crime victim. The coercive undertones evoked by describing Enmax as being co-opted or conscripted are entirely inapposite to the case at bar. As noted above, if the police had merely

consommation d'électricité en cause dans l'affaire *Plant* ou que le profil thermique dont il s'agissait dans l'affaire *Tessling*, j'attendrais, comme notre Cour l'a fait dans *Tessling*, de disposer d'une preuve exhaustive pour me prononcer sur l'incidence des technologies plus poussées sur le respect du droit à la vie privée.

[41] L'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels comporte un dernier facteur, qui réduit l'attente de M. Gomboc quant au respect du caractère privé des renseignements révélés par l'AN : il n'était pas la seule personne intéressée par les données sur la consommation d'électricité. Son dossier de consommation d'électricité ne constituait pas un renseignement confidentiel ou privé qu'il avait confié à Enmax. En qualité de fournisseur d'électricité, Enmax avait elle-même un intérêt légitime à l'égard de la consommation d'électricité de ses clients. En conséquence, Enmax avait incontestablement le droit d'installer de son propre chef un AN sur la ligne d'un client pour mesurer la consommation d'électricité. Le fait qu'il ne s'agissait pas d'une pratique courante d'Enmax ne diminuait en rien sa liberté d'installer l'appareil. Il est également incontestable que, si Enmax avait découvert les mêmes cycles révélateurs de consommation d'électricité après avoir installé l'AN de son propre chef, elle aurait pu relayer ces renseignements à la police.

[42] La Juge en chef et le juge Fish reprochent aux forces de l'ordre d'avoir réquisitionné ou mobilisé Enmax pour qu'elle participe à une perquisition qu'elles n'auraient pas pu effectuer sans elle. Ils évoquent le risque qu'on demande à des facteurs ou à des livreurs d'épier des maisons privées dans le cadre de leurs fonctions habituelles. Au vu des faits de l'espèce, de telles comparaisons ne servent à rien. Enmax n'était pas une intruse qui profitait de son accès à des renseignements personnels pour contourner la *Charte* sur l'ordre de l'État. Comme le ministère public le souligne dans ses arguments, le rôle d'Enmax se borne à offrir, de son plein gré, sa collaboration à titre de victime potentielle d'un crime. La contrainte que l'on sous-entend lorsqu'on dit qu'Enmax a été réquisitionnée ou mobilisée est totalement hors de propos. Comme je l'ai déjà

notified Enmax of a potential electricity theft and the utility had proceeded on its own initiative to install a DRA and turn over what it disclosed, no *Charter* violation would have arisen. Only by misguidedly elevating form over substance would a contrary conclusion result solely because Enmax installed the DRA subsequent to a police request for cooperation. Indeed, as mentioned, it is clear from s. 487.014 of the *Criminal Code* that no prior judicial authorization is necessary to cooperate with an investigation provided disclosure of the information requested is not otherwise prohibited by law. As the *Code of Conduct Regulation* establishes no such prohibition, Enmax's role is of no import to the *Charter* analysis.

[43] Considerations relevant to the informational privacy analysis therefore lead to the conclusion that no expectation of privacy in the electricity consumption information was objectively reasonable. Disclosing information about electricity consumption is not invasive or revelatory of the respondent's private life. It does not yield anything meaningful in terms of biographical core data that attracts constitutional protection. Disclosure was explicitly permitted by the applicable regulatory scheme. Enmax had an interest in the information, which was not entrusted to it with any expectation of confidentiality, and it employed legitimate means to gather the information. None of the factors relevant to the informational privacy analysis support a conclusion that the information in question was of the sort that attracts *Charter* protection.

2.2.2.2 *The Territorial Privacy Interest*

[44] The marijuana grow operation in this case was situated in Mr. Gomboc's home. The DRA data at issue disclosed information about electricity

signalé, si les policiers s'étaient contentés d'aviser Enmax de la possibilité que de l'électricité ait été volée et si l'entreprise de services publics avait installé un AN de son propre chef et avait relayé les renseignements ainsi obtenus à la police, aucune violation de la *Charte* ne se serait produite. Ce n'est qu'en faisant à tort passer la forme avant le fond qu'on pourrait arriver à la conclusion contraire, et ce, uniquement parce qu'Enmax a installé l'AN à la suite de la demande de collaboration que la police lui avait adressée. Je mentionne de nouveau qu'il ressort clairement de l'art. 487.014 du *Code criminel* qu'aucune autorisation judiciaire préalable n'est nécessaire pour demander la collaboration à une enquête à condition que la loi n'interdise pas par ailleurs la communication des renseignements demandés. Le *Code of Conduct Regulation* ne prévoit aucune interdiction de ce genre. Par conséquent, le rôle d'Enmax n'a aucune importance dans l'analyse fondée sur la *Charte*.

[43] Ces considérations relatives à l'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels nous amènent donc à conclure qu'aucune attente quant au respect du caractère privé des renseignements relatifs à la consommation d'électricité n'était objectivement raisonnable. La communication de ces renseignements ne porte pas atteinte au droit à la vie privée de l'intimé et ne révèle rien au sujet de cette dernière. Elle ne dévoile aucun renseignement personnel d'ordre biographique suffisamment révélateur pour justifier une protection constitutionnelle. La communication était explicitement permise par le régime réglementaire applicable. Enmax avait un intérêt à l'égard des renseignements, qui ne lui avaient pas été confiés sous réserve de confidentialité, et elle a employé des moyens légitimes pour les recueillir. Aucun des facteurs pertinents pour l'analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels n'appuie la conclusion que les renseignements en question faisaient partie des renseignements protégés par la *Charte*.

2.2.2.2 *Droit à la vie privée qui a trait aux lieux*

[44] En l'espèce, l'installation de culture de marijuana était située à l'intérieur de la maison de M. Gomboc. Les données fournies par l'AN révélaient

consumption taking place in the home. A territorial privacy interest involving the home is therefore a relevant aspect of the totality of the circumstances informing the reasonable expectation of privacy determination.

[45] The case law has long recognized a heightened constitutional expectation of privacy in our dwellings (*R. v. Evans*, [1996] 1 S.C.R. 8; *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13; *Tessling and Patrick*). Viewed purposively, the rationale behind the elevated expectation of privacy is that although s. 8 of the *Charter* protects “people, not places”, the home is where our most intimate and personal activities often take place (*Tessling*, at para. 22). In recognizing a heightened expectation of privacy in the home, the law thus employs “the notion of place as an analytical tool to evaluate the reasonableness of a person’s expectation of privacy” (para. 22 (emphasis in original)).

[46] As is true of all constitutional rights, the *Charter*’s protection of territorial privacy in the home is not absolute. The Constitution does not cloak the home in an impenetrable veil of privacy. To expect such protection would not only be impractical; it would also be unreasonable.

[47] In discharging their duties, many legitimate avenues are open to police seeking information about activities taking place in the home. As in the present case, they are free to view the home while in the public areas surrounding it. They may take up a position in a publicly accessible location and note what or who is entering and leaving the home. They may ask neighbours about what they have observed taking place around the home. None of this information, though capable to varying degrees of supporting inferences about what is taking place in the home, attracts *Charter* protection. Indeed, in the case at bar, police had already exhausted these legitimate means to build a foundation for the belief that a marijuana grow operation was taking place in the home. I note that they had already spoken to neighbours, learning that the living pattern of

des renseignements sur la consommation d’électricité à cette adresse. Le droit à la vie privée qui a trait à la maison constitue donc un aspect pertinent de l’ensemble des circonstances dont il faut tenir compte pour se prononcer sur l’existence d’une attente raisonnable de respect de la vie privée.

[45] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps une attente élevée en ce qui concerne le droit constitutionnel au respect de la vie privée dans une maison d’habitation (*R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8; *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13; *Tessling et Patrick*). D’un point de vue téléologique, cette attente élevée s’explique par le fait que, bien que l’art. 8 protège « les personnes et non les lieux », notre maison est le lieu où se déroulent le plus souvent nos activités les plus intimes et privées (*Tessling*, par. 22). Ainsi, en reconnaissant une attente supérieure en matière de vie privée dans le cas d’une maison, la loi emploie « la notion de lieu comme instrument d’évaluation du caractère raisonnable de l’attente en matière de vie privée » (par. 22 (souligné dans l’original)).

[46] À l’instar des autres droits constitutionnels, la protection offerte par la *Charte* concernant le droit à la vie privée qui a trait à la résidence n’est pas absolue. La Constitution n’enveloppe pas la maison dans un voile impénétrable de confidentialité. S’attendre à une telle protection serait non seulement irréaliste, mais aussi déraisonnable.

[47] Une foule de moyens légitimes s’offrent aux policiers qui, dans l’accomplissement de leurs fonctions, cherchent à obtenir des renseignements sur les activités qui se déroulent dans une maison. Ils peuvent, comme en l’espèce, observer la maison depuis les lieux publics qui l’entourent. Ils peuvent se poster dans un lieu accessible au public et noter le va-et-vient à cette adresse et demander aux voisins leurs observations sur ce qui se passe autour de la maison. Aucun de ces renseignements n’est protégé par la *Charte*, même s’ils sont susceptibles, à divers degrés, d’étayer des inférences au sujet des activités qui se déroulent à l’intérieur de la maison. En fait, dans le cas qui nous occupe, les policiers avaient déjà épuisé ces moyens légitimes pour étayer leur croyance en l’existence d’une installation de culture de marijuana dans la maison. Je signale qu’ils

the occupants was odd for the neighbourhood; the neighbours had noticed unusual condensation, steam emanating from the house (the house was “sweating”) and closed blinds on many windows, and while standing on an adjacent public footpath, Constable McCallum could be “absolutely certain” that it was marijuana she was smelling.

[48] Also noteworthy here is that the home itself was never *directly* the object of a search. The location where the search took place was not the home but the transformer box where the power lines entering the home could be accessed. After some confusion in the courts below about whether the transformer was located on Mr. Gomboc’s property, it was common ground before this Court that it was not. Accordingly, no direct territorial privacy interest is engaged in this case.

[49] Recent cases have recognized overlapping informational and territorial privacy when activities suspected of taking place in the home are under investigation (*Tessling* and *Patrick*). Where, as in the case at bar, there was no direct search of the home itself, the informational privacy interest should be the focal point of the analysis. The fact that information about the home was being sought requires that the informational privacy analysis be alive to the heightened privacy interest that the law recognizes for our homes. However, although informational and territorial privacy interests concerning the home may overlap in certain situations, this Court held under similar circumstances in *Tessling* that the fact that a home was involved “is an important factor but it is not controlling and must be looked at in context and in particular . . . in relation to the nature and quality of the information made accessible” by the alleged search (para. 45).

avaient déjà parlé aux voisins, aux dires desquels le mode de vie des occupants détonnait dans le quartier; les voisins avaient remarqué une condensation anormale, de la vapeur s’échappant de la maison (la maison semblait [TRADUCTION] « transpirer ») et des stores fermés à de nombreuses fenêtres. En outre, du sentier public adjacent où elle se trouvait, l’agente McCallum était [TRADUCTION] « absolument certaine » d’avoir reconnu l’odeur de la marihuana.

[48] Il convient également de signaler en l’espèce que la maison même n’a jamais fait *directement* l’objet d’une perquisition. C’est le transformateur, à partir duquel on pouvait accéder à la ligne électrique reliée à la maison, qui en a fait l’objet. La question de savoir si le transformateur se trouvait sur la propriété de M. Gomboc a été débattue devant les juridictions inférieures, mais il est acquis, devant notre Cour, que le transformateur ne s’y trouvait pas. Aucun droit direct à la vie privée qui a trait aux lieux n’est donc en jeu.

[49] Des décisions récentes ont reconnu que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels chevauche le droit à la vie privée qui a trait aux lieux lors d’une enquête sur les activités soupçonnées de se dérouler dans une maison (*Tessling* et *Patrick*). Lorsque, comme en l’espèce, aucune perquisition n’a été effectuée directement dans la maison, l’analyse devrait être axée sur le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels. Comme l’on cherchait à obtenir des renseignements au sujet de la maison, l’analyse du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels doit tenir compte de l’importance reconnue par le droit au respect de la vie privée dans le cas d’une maison. Toutefois, bien que le droit au respect du caractère privé des renseignements personnels et le droit à la vie privée dans le cas d’une résidence puissent se chevaucher dans certains cas, notre Cour a jugé, dans les circonstances similaires en cause dans *Tessling*, que le fait qu’une maison soit en cause « constitue certes un facteur important, mais il n’est pas déterminant; il importe de l’examiner en contexte et en particulier [. . .] en relation avec la nature et la qualité de l’information à laquelle la police avait accès » grâce à la perquisition alléguée (par. 45).

[50] Both the majority in the Court of Appeal and my colleagues place undue emphasis, in my view, on the fact that the information sought by police involved the home, effectively treating it as controlling without adequately addressing what it revealed about the home. The fact that the home was the focus of an otherwise non-invasive and unintrusive search should be subsidiary to what the investigative technique was capable of revealing about the home and what information was actually disclosed. I have analyzed the nature and quality of the information about the home and activities taking place therein and concluded that it reveals nothing meaningful related to the *Charter's* protection of biographical core information of an intimate and personal nature. Where this is true, the fact that the search includes a territorial privacy aspect involving the home should not be allowed to inflate the actual impact of the search to a point where it bears disproportionately on the expectation of privacy analysis.

[51] A final observation relevant to the territorial privacy aspect of this case is that the DRA as it is presently employed can in fact *enhance* overall territorial privacy. A DRA is generally used once the investigation is quite advanced to confirm or dispel suspicion of a marijuana grow operation founded on other evidence. When the DRA does not disclose electricity use cycles consistent with the presence of a marijuana grow operation in the home, police abandon the investigation. Where this happens, DRA technology enhances territorial privacy by ending an investigation before it proceeds to its most invasive stage: a thoroughgoing search of the home authorized by a search warrant. Viewed in the totality of the circumstances, then, the effects of the DRA on territorial privacy are by no means solely detrimental to privacy but in fact have actually spared numerous homeowners the inconvenience of police entering and searching their homes.

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel et mes collègues accordent une importance exagérée, à mon avis, au fait que les renseignements recherchés par la police portaient sur la maison; ils le considèrent déterminant sans évaluer adéquatement ce que les données révélaient au sujet de la maison. Le fait que la maison était la cible d'une perquisition qui n'était par ailleurs ni attentatoire, ni envahissante doit être considéré comme accessoire par rapport aux renseignements que la technique d'enquête pouvait révéler et a révélés au sujet de la maison. J'ai analysé la nature et la qualité des renseignements sur la maison et sur les activités s'y déroulant et j'arrive à la conclusion qu'ils ne révèlent rien de notable qu'on puisse rattacher à la protection constitutionnelle des renseignements biographiques d'ordre personnel et intime. En pareil cas, le fait que la perquisition touche en partie le droit à la vie privée qui a trait à la résidence ne devrait pas amplifier l'incidence réelle de la perquisition au point de fausser l'analyse de l'attente en matière de vie privée.

[51] Je tiens à formuler une dernière observation au sujet du droit à la vie privée qui a trait aux lieux en l'espèce. Vu la façon dont on l'utilise actuellement, il se peut que l'AN *favorise* en fait le respect général du droit à la vie privée qui a trait aux lieux. On recourt habituellement à l'AN lorsque l'enquête est assez avancée, pour confirmer ou dissiper les soupçons sur l'existence d'une installation de culture de marihuana qui reposent sur d'autres éléments de preuve. Lorsque l'AN ne révèle pas l'existence de cycles de consommation d'électricité compatibles avec la thèse d'une installation de culture de marihuana à cette adresse, la police clôt l'enquête. Dans ce cas, la technologie de l'AN protège la vie privée dans un lieu, car il est mis fin à l'enquête avant qu'elle n'atteigne son stade le plus attentatoire, soit avant une perquisition approfondie, autorisée par un mandat, dans la maison. Vu l'ensemble des circonstances, l'AN est donc loin de n'avoir que des effets négatifs sur le droit à la vie privée qui a trait aux lieux et a en réalité épargné à de nombreux propriétaires les inconvénients d'une perquisition par des policiers dans leur maison.

[52] Thus it would be a strange world if the police could have access to the electricity billing which yields less accurate information, but not to DRA data for the very reason that they are more accurate. Canadians would lose the benefit of this technology and would be exposed to more intrusive investigation methods.

[53] I would therefore conclude that nothing in the territorial privacy analysis displaces the conclusions I have drawn on the informational privacy aspects of this case.

3. Conclusion

[54] I would therefore allow the appeal and restore the conviction entered at trial.

The reasons of Binnie, LeBel and Abella JJ. were delivered by

[55] ABELLA J. — In Alberta, the terms of the relationship between a homeowner and his or her utility company are set out by a recently enacted public statute (*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1, *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (“the *Regulation*”). One of those terms, set out in a clear and unambiguous provision, states that a homeowner can request the confidentiality of “customer information”. If this confidentiality is sought, the utility company cannot disclose the information to anyone, including the police. If, however, no such request is made, the utility company is authorized to disclose it to the police for the purpose of investigating an offence.

[56] This case involves a homeowner who did not request confidentiality. Nor did he challenge the constitutionality of the *Regulation*. As a result, the police were able to obtain information from the utility company about electricity consumption in his home. Inferences drawn from that information allowed the police to obtain a search warrant. The

[52] Quel monde étrange serait le nôtre si les policiers pouvaient obtenir les factures d’électricité, moins précises, et non les données fournies par un AN, justement parce que ces dernières sont plus précises. La population canadienne ne bénéficierait plus des avantages de cette technologie et serait exposée à des méthodes d’enquête plus envahissantes.

[53] Je suis par conséquent d’avis que, dans le présent pourvoi, l’analyse du droit à la vie privée qui a trait aux lieux ne révèle rien qui écarte mes conclusions au sujet du droit au respect du caractère privé des renseignements personnels.

3. Dispositif

[54] Je suis par conséquent d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Abella rendus par

[55] LA JUGE ABELLA — En Alberta, les paramètres de la relation entre un propriétaire et une entreprise de services publics sont définis dans une loi d’intérêt public récente (*Electric Utilities Act*, S.A. 2003, ch. E-5.1, *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (le « Règlement »)). L’un de ces paramètres, énoncé dans une disposition claire et non ambiguë, prévoit la possibilité pour un propriétaire de demander la confidentialité des [TRADUCTION] « renseignements sur le client ». S’il en demande la confidentialité, l’entreprise de services publics ne peut communiquer ces renseignements à personne, pas même à la police. S’il n’en demande pas la confidentialité, l’entreprise est autorisée à les communiquer à la police pour les besoins d’une enquête relative à une infraction.

[56] Le pourvoi concerne un propriétaire qui n’a ni demandé la confidentialité des renseignements, ni contesté la constitutionnalité du Règlement. Par conséquent, la police a pu obtenir de l’entreprise de services publics des renseignements sur la consommation d’électricité de sa maison. Des inférences tirées de ces renseignements ont permis aux

search of the home revealed a marijuana grow operation. The homeowner argued that the police conduct in obtaining the information from the utility company breached his expectations of privacy and triggered a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To succeed, he was obliged to prove that his expectations were, objectively, reasonable.

[57] In my view, given the fact that the information emanated from his home, the most protected of privacy spheres, he may well have succeeded but for the existence of the *Regulation*, which makes any expectation of privacy objectively unreasonable. The issue is not whether the homeowner had a *subjective* expectation of privacy — he can reasonably be assumed to have had one. This case turns on the reasonableness of that expectation *objectively*. Because the *Regulation* dictates the terms of a homeowner's relationship with the utility company, it therefore also defines the *objective* reasonableness of the expectations he or she may reasonably have about any privacy interests inherent in that relationship.

[58] In the absence of either the homeowner's request for confidentiality or a *Charter* challenge, it is my respectful view that the 2003 public statute determinatively diminished the objective reasonableness of the customer's expectation of privacy in this case and, accordingly, the strength of his s. 8 claim.

Background

[59] On January 27, 2004, Constable Steve Kelly of the Calgary Police Service Drug Unit informed Constable Patricia McCallum, also of the Drug Unit at that time, about a residence in Calgary that he believed, based on his observations, might be involved in producing marijuana. He had observed condensation, steam, and covered windows at the residence, and had smelled marijuana near it.

policiers d'obtenir un mandat de perquisition dont l'exécution a mis au jour une installation de culture de marihuana. Le propriétaire a fait valoir que la police, en sollicitant le concours de l'entreprise de services publics pour obtenir les renseignements, a porté atteinte à ses attentes en matière de vie privée et contrevenu à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour avoir gain de cause, il devait prouver que ses attentes étaient raisonnables d'un point de vue objectif.

[57] À mon avis, comme les renseignements émanaient de sa maison, soit la sphère de la vie privée qui bénéficie de la plus grande protection, l'intimé aurait bien pu avoir gain de cause si ce n'était du Règlement, qui rend objectivement déraisonnable toute attente en matière de vie privée. La question ne consiste pas à décider si le propriétaire avait une attente *subjective* en matière de vie privée — on peut raisonnablement présumer que c'était le cas. L'issue du pourvoi dépend du caractère raisonnable de cette attente, d'un point de vue *objectif*. Comme le Règlement fixe les paramètres de la relation entre le propriétaire et l'entreprise de services publics, il définit également le caractère *objectivement* raisonnable des attentes que cette personne peut raisonnablement avoir à l'égard de son droit à la vie privée dans le cadre de cette relation.

[58] En l'absence d'une demande de confidentialité par le propriétaire ou d'une contestation fondée sur la *Charte*, je suis d'avis, en l'espèce, que la loi d'intérêt public de 2003 a affaibli de façon déterminante le caractère objectivement raisonnable de l'attente du client en matière de vie privée et, par conséquent, son argument fondé sur l'art. 8.

Contexte

[59] Le 27 janvier 2004, l'agent Steve Kelly de l'unité des drogues du service de police de Calgary a informé l'agente Patricia McCallum, également membre de l'unité des drogues à cette époque, qu'il croyait, à partir des observations qu'il avait faites, qu'une maison de Calgary abritait une culture de marihuana. Il y avait remarqué la présence de vapeur et de condensation ainsi que des fenêtres aux stores fermés, et il avait senti une odeur de marihuana dans les parages.

[60] That same afternoon, Constable McCallum and a partner from the RCMP conducted a reconnaissance of the residence as part of the Southern Alberta Marihuana Investigative Team (“SAMIT”), a joint forces operation between the Calgary Police Service and the RCMP. Constable McCallum made the following observations:

- Unlike other windows in the area, those of the residence under observation had varying levels of condensation, and some of its windows “appeared to be wet”;
- Four of the five windows on the south side of the residence had blinds that were closed;
- The back of the residence was surrounded by a brown wooden fence, approximately six feet high, through which Constable McCallum could see patio doors and an adjacent window with closed blinds;
- Constable McCallum briefly caught the smell of growing marijuana while walking on the public pathway to the south of the house (about 10 to 15 feet back from the edge of the residence), and also caught this smell when standing in front of the residence, about 20 feet from it;
- Two vents on the north side of the residence had a buildup of ice;
- Unlike on other houses in the area, ice crystals, about six inches in length, were projecting out of the “chimney-type of opening” on the roof of the house and “steam-like condensation” was coming out of it;
- There was steam emanating from under the deck.

Constable McCallum also made inquiries of neighbours. They advised her that they had heard strange noises coming from inside the residence and had noticed things at the residence that were odd for the neighbourhood: condensation on the windows;

[60] L’après-midi même, l’agente McCallum et un partenaire de la GRC, tous deux membres de la Southern Alberta Marihuana Investigative Team (« SAMIT »), une collaboration du service de police de Calgary et de la GRC, ont procédé à une reconnaissance des lieux. L’agente McCallum a relevé les faits suivants :

- De la condensation s’était formée à des degrés divers sur les fenêtres de la maison sous surveillance, et certaines d’entre elles [TRADUCTION] « semblaient mouillées », ce qui n’était pas le cas ailleurs dans le secteur.
- Les stores de quatre des cinq fenêtres situées du côté sud de la maison étaient fermés.
- Le terrain derrière la maison était bordé d’une clôture de bois brune, d’environ six pieds de hauteur, à travers laquelle l’agente McCallum a pu voir des portes-fenêtres coulissantes et une fenêtre adjacente dont les stores étaient fermés.
- L’agente McCallum a perçu une odeur fugitive de marijuana en marchant dans le sentier public situé au sud de la maison (à environ 10 ou 15 pieds de la maison) et, à nouveau, devant la maison, à une distance d’environ 20 pieds.
- Une accumulation de glace était visible sur deux événements situés du côté nord de la maison.
- Des glaçons d’environ six pouces s’étaient formés à la sortie d’une [TRADUCTION] « ouverture ressemblant à une cheminée » sur le toit et « ce qui ressemblait à de la vapeur » s’en échappait, ce qui n’était pas le cas ailleurs dans le secteur.
- De la vapeur s’échappait du dessous de la terrasse.

L’agente McCallum a également interrogé des voisins. Ils lui ont dit avoir entendu des bruits étranges provenant de l’intérieur de la maison et avoir remarqué des choses inaccoutumées pour le quartier : il y avait de la condensation dans les fenêtres; la

an appearance that the house was “sweating”; open windows in the middle of the winter; and, in the evening, no lights when other houses had lights on. To Constable McCallum, these observations appeared to be consistent with a marijuana grow operation.

[61] Based on Constable McCallum’s observations, the police contacted the utility company to request the installation of a digital recording ammeter (“DRA”). A DRA is a small electrical meter that measures electrical power flowing into a residence in one-ampere increments. It is installed by the utility company, usually for an average of five days. After this period, a graph is produced by the utility company, showing electricity usage. Because marijuana is typically grown in 12- and 18-hour light cycles, patterns indicating such cyclical, high usage of electricity are often indicative of a marijuana grow operation within the home.

[62] The owner of the home was Daniel James Gomboc. Mr. Gomboc’s electricity was supplied by Enmax, the electrical service provider for the area.

[63] The DRA was attached on January 29, 2004, and it remained in place until February 2, 2004. The DRA graph showed a pattern of cycling of approximately 18 hours, a pattern consistent with a marijuana grow operation.

[64] Constable McCallum re-attended at Mr. Gomboc’s residence to conduct a second external viewing on February 2, 2004. She noted some new staining under one of the windows, changes in the levels of condensation, and that the ice stack on top of the roof had grown from six to eight inches in one week. A neighbour told Constable McCallum that he/she had observed a great deal of steam coming out of the vent on the roof of the residence, which continued through the evening and night, and that a white male with no shirt on had opened the blinds on one of the windows, wiped off the condensation, and then closed the blinds again.

[65] On the basis of her observations and the information provided to her, including the DRA

maison semblait « transpirer »; des fenêtres étaient ouvertes en plein hiver; et, le soir, aucune lumière n’était allumée alors qu’elles l’étaient dans d’autres maisons. L’agente McCallum estimait que ces indices étaient compatibles avec la présence d’une installation de culture de marihuana.

[61] Sur la foi des observations de l’agente McCallum, la police a demandé à l’entreprise de services publics d’installer un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN »). Il s’agit d’un petit compteur qui mesure le courant (en ampères) consommé par une maison. L’entreprise de services publics installe cet appareil, habituellement pour une période d’environ cinq jours, après quoi elle produit un graphique illustrant la consommation d’électricité. Comme la culture de la marihuana exige généralement des cycles de 12 et de 18 heures d’éclairage, une consommation élevée d’électricité suivant de telles courbes constitue souvent un indice que la maison est utilisée à cette fin.

[62] La maison appartenait à Daniel James Gomboc. M. Gomboc était un client d’Enmax, le fournisseur d’électricité dans le secteur.

[63] L’AN est resté en place du 29 janvier 2004 au 2 février 2004. Le graphique produit à partir des données enregistrées par l’AN montrait un cycle de consommation d’environ 18 heures, compatible avec la culture de marihuana.

[64] L’agente McCallum a procédé à une deuxième reconnaissance de l’extérieur de la résidence de M. Gomboc le 2 février 2004. Elle a noté une nouvelle tache sous une fenêtre ainsi qu’une variation du niveau de condensation et de la taille des glaçons sur le toit, qui étaient passés de six à huit pouces de longueur en une semaine. Une personne du voisinage lui a dit avoir vu beaucoup de vapeur s’échapper de l’évent sur le toit, et ce même pendant la soirée et la nuit, ainsi qu’un homme de race blanche, torse nu, ouvrir brièvement les stores d’une fenêtre, le temps d’essuyer la buée.

[65] L’agente McCallum a obtenu un mandat de perquisition sur le fondement de ses observations et

graph, Constable McCallum obtained a search warrant. As a result of the search, the police seized 165.33 kg of bulk marijuana, 206.8 g of processed and bagged marijuana located in a freezer, and numerous items relating to a marijuana grow operation.

[66] On January 6, 2005, Mr. Gomboc was charged with possession of marijuana for the purposes of trafficking and production of marijuana contrary to ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19. He was also charged with theft of electricity under s. 326(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[67] A *voir dire* was conducted at the beginning of the trial to consider Mr. Gomboc's application to exclude the evidence disclosed by the search on the basis that no warrant had been obtained prior to the installation of the DRA. Crown counsel at trial took the position that, on these facts, without the DRA evidence, there were no reasonable and probable grounds to obtain a search warrant. At the hearing before us, not surprisingly, the Crown questioned why such a concession had been made in the face of so much other physical evidence, but acknowledged that at this late stage of the process, it was bound by the trial Crown's position.

[68] At the *voir dire*, Detective Roger Morrison, a member of the SAMIT and an expert in the area of the investigation of marijuana grow operations, testified that while a DRA cannot provide information about many personal aspects of the home, it can help in determining whether a marijuana grow operation is taking place. In discussing the potential significance of DRA data, Detective Morrison stated:

We look for the cyclical pattern or cyclical use of electricity in growing marijuana.

des renseignements qui lui avaient été fournis, dont le graphique produit au moyen de l'AN. La perquisition a permis à la police de saisir 165,33 kg de marijuana en vrac, 206,8 g de marijuana préparée et ensachée, dans le congélateur, et de nombreux articles liés à la culture de la marijuana.

[66] Le 6 janvier 2005, M. Gomboc a été inculpé de possession de marijuana en vue d'en faire le trafic et de production illégale de marijuana en contravention des par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19. Il a en outre été accusé, en vertu de l'al. 326(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, de vol d'électricité.

[67] Un voir-dire a été tenu au début du procès pour déterminer si la preuve recueillie lors de la perquisition devait être exclue à la demande de M. Gomboc, parce qu'aucun mandat de perquisition n'avait été obtenu préalablement à l'installation de l'AN. Au vu des faits, l'avocate qui représentait le ministère public au procès a fait valoir que, sans la preuve obtenue au moyen de l'AN, il n'existait pas de motifs raisonnables et probables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition. Lors de l'audience devant notre Cour, le ministère public a mis en doute le bien-fondé d'une telle concession, comme on pouvait s'y attendre, vu les nombreux autres éléments de preuve matérielle recueillis, mais il a reconnu être lié, à ce stade avancé de l'instance, par la position adoptée au procès.

[68] Lors du voir-dire, le détective Roger Morrison, membre de la SAMIT et expert en matière d'enquêtes sur les installations de culture de marijuana, a déclaré que, même si l'AN ne révèle pas de renseignements sur de nombreuses activités personnelles des occupants d'une maison, il peut aider à déterminer si une culture de marijuana y est installée. Au sujet de la signification possible des données enregistrées par l'AN, le détective Morrison a tenu les propos suivants :

[TRADUCTION] On vérifie si les cycles correspondent à la consommation d'électricité que nécessite la culture de la marijuana.

What this graph allows us to do is it gives us information on approximate 12 and/or 18-hour [electricity] use. It allows us, with experience, to draw an inference on what the electrical use in there -- the inference that marijuana may be grown inside. It gives us reasonable and probable grounds.

He indicated that the level of amperage shown in the cycling pattern on the graph showing DRA data from Mr. Gomboc's house was "certainly not" consistent with electricity usage at a normal household, even if its residents had placed most or all of their electrical appliances on 12- or 18-hour timers.

[69] Detective Morrison also testified about the high degree of reliability of DRA data in identifying homes in which a marijuana grow operation is taking place. He indicated that in the approximately 400 cases in which he had seen DRA information used to obtain a search warrant, there was only one where no evidence of a marijuana grow operation was found.

[70] The trial judge, Erb J., relied on the *Regulation* as statutory support for police access to the DRA data. She held that the *Regulation* provides "legislative support for police access to the electrical consumption information and provides a sense of what a citizen's reasonable expectations of privacy regarding electrical consumption records are". Since there was no evidence that Mr. Gomboc made any "express request" for any level of confidentiality of his electrical consumption records, as allowed by the *Regulation*, the *Regulation's* effect was to considerably lessen the degree of privacy that he could expect in the information at issue. The DRA evidence was therefore admitted and Mr. Gomboc was found guilty of the drug-related offences. The Crown agreed to the dismissal of the theft of electricity charge.

Ce que ce graphique nous permet de faire, c'est qu'il nous donne des renseignements sur des cycles de consommation [d'électricité] d'environ 12 ou 18 heures. Il nous permet, avec de l'expérience, de tirer des inférences sur l'usage de l'électricité dans la maison -- d'inférer qu'il est possible que de la marihuana soit cultivée à l'intérieur. Il nous fournit des motifs raisonnables et probables.

Il a indiqué que le courant consommé suivant le cycle illustré sur le graphique établi à partir des données provenant de la maison de M. Gomboc enregistrées par l'AN n'était [TRADUCTION] « certainement pas » compatible avec la consommation normale d'électricité d'un ménage, et ce, même si les occupants avaient branché la totalité ou la quasi-totalité de leurs appareils électriques à des minuteries réglées sur des cycles de 12 ou de 18 heures.

[69] Le détective Morrison a aussi témoigné au sujet de la grande fiabilité des données enregistrées par l'AN pour repérer les maisons abritant une installation de culture de marihuana. Il a précisé que, sur les quelque 400 affaires où on avait utilisé ces données pour obtenir un mandat de perquisition, il n'était arrivé qu'une seule fois qu'aucune preuve de l'existence d'une installation de culture de marihuana ne soit découverte.

[70] La juge Erb, qui a instruit le procès, s'est appuyée sur le Règlement pour conclure que les policiers pouvaient légalement avoir accès aux données enregistrées par l'AN. Selon elle, le Règlement fournit le [TRADUCTION] « fondement législatif autorisant l'accès par les policiers aux renseignements relatifs à la consommation d'électricité et il donne une indication de l'attente raisonnable d'un citoyen en matière de vie privée quant à ces renseignements ». Comme rien n'indique que M. Gomboc ait présenté, comme le permet le Règlement, une quelconque « demande expresse » de confidentialité des renseignements relatifs à sa consommation d'électricité, le Règlement a eu pour effet de réduire considérablement son attente en matière de vie privée à cet égard. Les données enregistrées par l'AN ont donc été admises en preuve, et M. Gomboc a été reconnu coupable des infractions relatives aux drogues. Le ministère public a consenti à l'annulation du chef de vol d'électricité.

[71] A majority in the Alberta Court of Appeal allowed Mr. Gomboc's appeal and ordered a new trial (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73). Martin J.A. concluded that Mr. Gomboc had a subjective expectation of privacy in the DRA information which was also objectively reasonable. He noted that the DRA technology was much more intrusive and revealing than the Forward Looking Infra-Red ("FLIR") technology at issue in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, and "must, as a matter of common sense, also disclose biographical or private information" (para. 17). He also concluded that the *Regulation* could not be interpreted to imply the homeowner's consent to allow a utility company to gather information at the request of the state.

[72] O'Brien J.A. dissented, concluding that Mr. Gomboc could not "reasonably expect privacy with respect to records of his electrical usage, when the law provides that such information may be disclosed to the police without his consent" (para. 86).

[73] For the reasons that follow, I agree with O'Brien J.A.'s conclusion.

Analysis

[74] Section 8 of the *Charter* states:

8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.

The issue in this appeal is whether the police investigative technique in this case of requesting Enmax to install a DRA without a warrant intruded on Mr. Gomboc's reasonable expectation of privacy and violated s. 8 of the *Charter*.

[75] Since *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it has been accepted that s. 8 of the *Charter* protects "people, not places", including

[71] La Cour d'appel de l'Alberta a accueilli à la majorité l'appel de M. Gomboc et ordonné la tenue d'un nouveau procès (2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73). Le juge Martin a conclu que M. Gomboc avait une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à l'aide de l'AN, et que cette attente était objectivement raisonnable. Il a indiqué qu'il s'agissait d'une technologie beaucoup plus envahissante et révélatrice que le système infrarouge à vision frontale (« FLIR »), dont il était question dans l'arrêt *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, et qu'elle [TRADUCTION] « doit, logiquement, révéler également des renseignements biographiques ou d'ordre personnel » (par. 17). En outre, selon lui, on ne saurait prêter au Règlement une interprétation selon laquelle il est implicite que les propriétaires consentent à ce qu'une entreprise de services publics recueille des renseignements à la demande de l'État.

[72] Le juge O'Brien, dissident, a conclu que M. Gomboc ne pouvait [TRADUCTION] « raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée quant aux renseignements relatifs à sa consommation d'électricité, alors que la loi en permet la communication à la police sans son consentement » (par. 86).

[73] Pour les motifs qui suivent, je souscris à la conclusion du juge O'Brien.

Analyse

[74] L'article 8 de la *Charte* prévoit :

8. Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives.

La question qui se pose dans le présent pourvoi est celle de savoir si la méthode d'enquête policière utilisée en l'espèce — à savoir demander à Enmax d'installer un AN sans avoir obtenu de mandat de perquisition — allait à l'encontre de l'attente raisonnable de M. Gomboc en matière de vie privée et a contrevenu à l'art. 8 de la *Charte*.

[75] Depuis l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, il est bien établi que l'art. 8 de la *Charte* protège les « personnes et non les lieux »,

their right to privacy (p. 159). Dickson J. (as he then was) explained how s. 8 protects privacy interests:

The guarantee of security from unreasonable search and seizure only protects a reasonable expectation. This limitation on the right guaranteed by s. 8, whether it is expressed negatively as freedom from “unreasonable” search and seizure, or positively as an entitlement to a “reasonable” expectation of privacy, indicates that an assessment must be made as to whether in a particular situation the public’s interest in being left alone by government must give way to the government’s interest in intruding on the individual’s privacy in order to advance its goals, notably those of law enforcement. [Emphasis in original; pp. 159-60.]

(See also *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757.)

[76] The personal nature of the protection was emphasized in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, where Sopinka J. concluded that while s. 8 protects “a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state” (p. 293), there was no reasonable expectation of privacy in electrical billing records accessed via a computer terminal by the police:

The purpose of s. 8 is to protect against intrusion of the state on an individual’s privacy. The limits on such state action are determined by balancing the right of citizens to have respected a reasonable expectation of privacy as against the state interest in law enforcement. . . . It is, therefore, unnecessary to establish a proprietary interest in the thing seized. . . .

Consideration of such factors as the nature of the information itself, the nature of the relationship between the party releasing the information and the party claiming its confidentiality, the place where the information was obtained, the manner in which it was obtained and the seriousness of the crime being investigated allows for a balancing of the societal interests in protecting individual dignity, integrity and autonomy with effective law enforcement. [pp. 291 and 293]

y compris leur droit à la vie privée (p. 159). Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) explique comment l’art. 8 protège le droit à la vie privée :

La garantie de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives ne vise qu’une attente raisonnable. Cette limitation du droit garanti par l’art. 8, qu’elle soit exprimée sous la forme négative, c’est-à-dire comme une protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies « abusives », ou sous la forme positive comme le droit de s’attendre « raisonnablement » à la protection de la vie privée, indique qu’il faut apprécier si, dans une situation donnée, le droit du public de ne pas être importuné par le gouvernement doit céder le pas au droit du gouvernement de s’immiscer dans la vie privée des particuliers afin de réaliser ses fins et, notamment, d’assurer l’application de la loi. [Souligné dans l’original; p. 159-160.]

(Voir également *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757.)

[76] Le caractère personnel de la protection a été souligné dans *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, où le juge Sopinka a conclu que, bien que l’art. 8 protège « un ensemble de renseignements biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » (p. 293), aucune attente raisonnable en matière de vie privée ne s’attache aux factures d’électricité consultées par les policiers à l’aide d’un ordinateur :

L’article 8 a pour objet de protéger les particuliers contre l’intrusion de l’État dans leur vie privée. Les limites de l’action étatique sont déterminées en pondérant le droit des citoyens au respect d’une attente raisonnable en matière de vie privée et le droit de l’État d’assurer l’application de la loi. [. . .] Il est, par conséquent, inutile d’établir un droit de propriété sur la chose saisie. . . .

L’examen de facteurs tels la nature des renseignements, celle des relations entre la partie divulguant les renseignements et la partie en réclamant la confidentialité, l’endroit où ils ont été recueillis, les conditions dans lesquelles ils ont été obtenus et la gravité du crime faisant l’objet de l’enquête, permet de pondérer les droits sociaux à la protection de la dignité, de l’intégrité et de l’autonomie de la personne et l’application efficace de la loi. [p. 291 et 293]

[77] And in *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, Cory J. clarified that the approach to s. 8 should take place in two steps:

There are two distinct questions which must be answered in any s. 8 challenge. The first is whether the accused had a reasonable expectation of privacy. The second is whether the search was an unreasonable intrusion on that right to privacy. [para. 33]

Thus, a particular activity will only constitute a “search” for the purposes of s. 8 of the *Charter* where an individual has a reasonable expectation of privacy in the information sought by that activity (*R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, at p. 533).

[78] The test in *Edwards* was further developed in *Tessling*, where Binnie J. confirmed that whether an individual has a reasonable expectation of privacy depends on the subject matter of the information sought, whether the individual had a direct interest in this subject matter, whether the individual had a subjective expectation of privacy in the subject matter, and whether such an expectation of privacy in the subject matter was also objectively reasonable (para. 32; see also *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27, *per* Binnie J.). The final branch of inquiry, focussing on the objective reasonableness of the expectation of privacy, may entail consideration of a wide array of relevant factors and circumstances. As La Forest J. wrote in *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20, at p. 53, “[t]he need for privacy can vary with the nature of the matter sought to be protected, the circumstances in which and the place where state intrusion occurs, and the purposes of the intrusion.” As such, the determination of whether a reasonable expectation of privacy exists must ultimately be assessed “in light of the totality of the circumstances of a particular case” (*Edwards*, at para. 31 (emphasis added)).

[79] Throughout the development of this jurisprudence, the Court has consistently recognized the overriding constitutional importance of the privacy interests connected with activities taking place

[77] De plus, dans *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, le juge Cory a précisé que l’analyse relative à l’art. 8 comporte deux étapes :

Dans toute attaque fondée sur l’art. 8, il faut répondre à deux questions distinctes. La première est de savoir si l’accusé pouvait raisonnablement s’attendre au respect de sa vie privée. La seconde est de savoir si la perquisition constituait une atteinte abusive à ce droit à la vie privée. [par. 33]

Par conséquent, une activité particulière constitue une « fouille » ou une « perquisition » pour l’application de l’art. 8 de la *Charte* uniquement si l’intéressé a une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements recherchés dans le contexte de cette activité (*R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, p. 533).

[78] Dans l’affaire *Tessling*, le juge Binnie a étoffé le critère énoncé dans *Edwards*, en confirmant que, pour répondre à la question de savoir si une personne a une attente raisonnable en matière de vie privée, il faut déterminer quel est l’objet des renseignements recherchés et se demander si la personne possède un droit direct sur cet objet; si elle avait une attente subjective en matière de vie privée relativement à cet objet; et si cette attente était objectivement raisonnable (par. 32; voir également *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27, le juge Binnie). La dernière étape de l’analyse, qui concerne le caractère objectivement raisonnable de l’attente, peut nécessiter l’examen de nombreux facteurs et circonstances. Comme l’a dit le juge La Forest dans *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20, p. 53, « le besoin de voir respecter sa vie privée peut varier selon la nature de ce qu’on veut protéger, les circonstances de l’ingérence de l’État et l’endroit où celle-ci se produit, et selon les buts de l’ingérence ». L’analyse requise pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée doit donc se faire « eu égard à l’ensemble des circonstances d’un cas particulier » (*Edwards*, par. 31 (je souligne)).

[79] Au fil de l’évolution de cette jurisprudence, la Cour a constamment reconnu l’importance primordiale, sur le plan constitutionnel, du droit à la vie privée rattaché aux activités qui se déroulent

inside the home (*Plant*, at p. 302, *per* McLachlin J. (as she then was; concurring in the result); *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at para. 140, *per* Cory J.; *R. v. Feeney*, [1997] 2 S.C.R. 13, at para. 43, *per* Sopinka J.; *Tessling*, at paras. 13 and 22, *per* Binnie J.; *Patrick*, at paras. 19 and 40, *per* Binnie J., and at paras. 77, 79 and 83, *per* Abella J. (concurring in the result)).

[80] This brings us to the information in this case. A DRA measures the flow of electricity, in one-ampere increments, going into a residence over a specific period of time, usually five days. It was unequivocally accepted by the courts and the parties in these proceedings that DRA data indicating a certain cyclical pattern permits a strong inference of the presence of a marijuana grow operation. The existence of such activity, in my view, is presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy because it is information about an activity *inside the home*. The information is, therefore, personal information. The fact that the activity is criminal does not, under our jurisprudence, remove it from the expectation of and entitlement to privacy protection and, therefore, the requirement of a warrant (*Patrick*, at para. 32).

[81] As a result, I respectfully disagree with Deschamps J.'s conclusion that the DRA is insufficiently revelatory. I agree instead with Mr. Gomboc that the DRA data can in fact reveal more personal information about a customer than the billing records at issue in *Plant* because of the strong and reliable inference that can be made from the patterns of electricity consumption it conveys. It is indisputably more revealing than what Binnie J. suggested was the "meaningless" information provided by the FLIR data in *Tessling* (para. 58). FLIR data, Binnie J. found, was capable of supporting a "number of hypotheses including as *one* possibility the existence of a marijuana grow-op" (para. 53 (emphasis in original)). In contrast, the DRA is a surveillance technique that is intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular

à l'intérieur d'une maison (*Plant*, p. 302, la juge McLachlin (plus tard Juge en chef; souscrivant au résultat); *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, par. 140, le juge Cory; *R. c. Feeney*, [1997] 2 R.C.S. 13, par. 43, le juge Sopinka; *Tessling*, par. 13 et 22, le juge Binnie; *Patrick*, par. 19 et 40, le juge Binnie, et par. 77, 79 et 83, la juge Abella (souscrivant au résultat)).

[80] Nous en venons donc aux renseignements en cause en l'espèce. Un AN mesure le courant (en ampères) consommé par une maison pendant une certaine période, habituellement cinq jours. Tant les juridictions inférieures que les parties à l'instance ont reconnu, sans équivoque, que les données enregistrées par un AN révélant certains cycles de consommation donnent de fortes raisons d'inférer qu'une maison abrite une installation de culture de marijuana. Selon moi, l'existence d'une telle culture constitue *a priori* un renseignement à l'égard duquel une personne est en droit de s'attendre au respect de sa vie privée étant donné qu'il s'agit d'une activité menée à l'intérieur de la maison. Il s'agit donc d'un renseignement personnel. Selon notre jurisprudence, le fait qu'il s'agisse d'une activité criminelle n'écarte ni l'attente ni le droit à la protection en matière de vie privée et, par conséquent, n'élimine pas l'obligation d'obtenir un mandat de perquisition (*Patrick*, par. 32).

[81] Je ne peux, par conséquent, souscrire à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'AN n'est pas suffisamment révélateur. En fait, je suis d'accord avec M. Gomboc pour dire que les données enregistrées par l'AN peuvent effectivement révéler des renseignements plus personnels concernant un client que les factures en cause dans *Plant*, en raison de la solidité et de la fiabilité des inférences pouvant être tirées à partir des cycles de consommation d'électricité révélés. Ces données sont indéniablement plus révélatrices que celles obtenues à l'aide de la technique FLIR qui, selon le juge Binnie dans *Tessling*, n'avaient « aucune signification » (par. 58). De l'avis du juge Binnie, celles-ci pouvaient étayer « un certain nombre d'hypothèses, dont l'une peut être la culture de marijuana » (par. 53 (en italique dans l'original)). Par contraste, l'AN constitue une technique de surveillance suffisamment

activity: a marijuana grow operation. The nature of this information evokes the words of McLachlin J. in her concurring reasons in *Plant*, where she observed that “[t]he very reason the police wanted [the electricity consumption records at issue] was to learn about the appellant’s personal lifestyle, i.e., the fact that he was growing marihuana” (p. 302). DRA data gives such information to the police with a high degree of certainty. (See also “SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation”, Information and Privacy Commissioner of Ontario and Future of Privacy Forum (November 2009), at pp. 9-11.)

[82] Given the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home, the concerns regarding the warrantless use of DRAs seem to me to be well founded. And this case may well have been differently decided but for a crucial factor: the relationship between Mr. Gomboc and his utility provider is governed by a regulatory scheme, which, in my view, effectively erodes the objective reasonableness of any expectation of privacy in the DRA data.

[83] The relevant provisions of the *Regulation* state that customer information can be disclosed to police investigating an offence unless the customer has expressly requested confidentiality. The exact wording is as follows:

1 In this Regulation,

(e) “customer information” means information that is not available to the public and that

envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d’une activité particulière à une adresse : la culture de marihuana. La nature de ces renseignements me rappelle les propos suivants formulés par la juge McLachlin, dans ses motifs concourants dans *Plant*, où elle faisait remarquer que « [c]’est d’ailleurs précisément pour se renseigner sur le mode de vie personnel de l’appelant (c.-à-d. sur le fait qu’il se livrait à la culture du chanvre indien) que la police souhaitait consulter ces dossiers » de consommation d’électricité (p. 302). Les données enregistrées par l’AN renseignent les policiers à cet égard avec un degré de certitude élevé. (Voir également « SmartPrivacy for the Smart Grid : Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation », Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario et Future of Privacy Forum (novembre 2009), p. 9-11.)

[82] En raison de l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat de perquisition me semblent valables. D’ailleurs, l’issue du présent pourvoi aurait fort bien pu être différente, n’eût été un facteur essentiel : la relation entre M. Gomboc et son fournisseur d’électricité est régie par un régime réglementaire qui, selon moi, a pour effet de réduire le caractère objectivement raisonnable de toute attente en matière de vie privée à l’égard des données enregistrées par l’AN.

[83] Les dispositions pertinentes du Règlement permettent la communication des renseignements sur le client aux policiers qui enquêtent sur une infraction, sauf dans le cas où le client a expressément demandé qu’ils soient gardés confidentiels. Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

[TRADUCTION]

1 Les définitions qui suivent s’appliquent au présent règlement.

e) « renseignements sur le client » Renseignements qui ne sont pas accessibles au public et qui, selon le cas,

- (i) is uniquely associated with a customer,
- (ii) could be used to identify a customer, or
- (iii) is provided by a customer to an owner;

. . . .

10 . . .

(3) Customer information may be disclosed without the customer's consent to the following specified persons or for any of the following purposes:

. . . .

- (f) to a peace officer for the purpose of investigating an offence if the disclosure is not contrary to the express request of the customer;

[84] Under this scheme, Enmax was entitled to divulge Mr. Gomboc's "customer information" — that is, information "not available to the public" that "is uniquely associated with a customer" — "to a peace officer for the purpose of investigating an offence" so long as "the disclosure is not contrary to the express request of the customer".

[85] The fact that the customer can request that his or her information be protected means essentially that under this *Regulation*, the customer is presented with the unrestricted ability to control the expectation of privacy in his or her relationship with Enmax. A request by a customer to prohibit disclosure of customer information revokes the legislative authority for its disclosure. Mr. Gomboc made no such request, yet urges the Court to treat his expectation of privacy as if he had.

[86] As previously noted, the constitutionality of the *Regulation* was not challenged either before

- (i) sont associés au client à l'exception de tout autre;
- (ii) peuvent être utilisés pour identifier un client;
- (iii) sont fournis par un client à un propriétaire;

. . . .

10 . . .

(3) Les renseignements sur le client peuvent être communiqués sans le consentement du client aux personnes suivantes ou à l'une des fins suivantes :

. . . .

- f) à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction si la communication ne contrevient pas à une demande expresse du client;

[84] Ces dispositions habilitaient Enmax à communiquer les [TRADUCTION] « renseignements sur le client » — c.-à-d. les renseignements qui n'étaient pas « accessibles au public » et qui étaient « associés au client à l'exception de tout autre » — qui concernaient M. Gomboc « à un agent de la paix pour les besoins d'une enquête relative à une infraction » pour autant que « la communication ne contrev[ienne] pas à une demande expresse du client ».

[85] Essentiellement, la possibilité pour le client de demander la confidentialité des renseignements le concernant lui donne, pour l'application du Règlement, l'entière liberté de définir son attente en matière de respect de la vie privée dans sa relation avec Enmax. La demande présentée par un client en vue d'interdire la communication des renseignements qui le concernent annule le pouvoir légal de les communiquer. Or, M. Gomboc n'a fait aucune demande en ce sens et presse néanmoins la Cour d'apprécier son attente en matière de vie privée comme s'il avait demandé la confidentialité des renseignements.

[86] Comme je l'ai déjà souligné, la constitutionnalité du Règlement n'a pas été contestée devant

this Court or at any stage of the proceedings. Mr. Gomboc, however, argued that the *Regulation* must nonetheless be read in accordance with *Charter* “values” and interpreted so as to prevent Enmax from collecting information to assist the investigative efforts of the police.

[87] With respect, this is an approach which has been clearly rejected by this Court. There is no doubt that the application of *Charter* values can be a valuable interpretive tool, but it is only to be used where there is genuine ambiguity (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559). It cannot be used as a freewheeling *deus ex machina* to subvert clear statutory language, or to circumvent the need for direct *Charter* scrutiny with its attendant calibrated evidentiary and justificatory requirements. As Iacobucci J., writing for a unanimous Court, confirmed in *Bell ExpressVu*:

... to the extent this Court has recognized a “*Charter* values” interpretive principle, such principle can only receive application in circumstances of genuine ambiguity, i.e., where a statutory provision is subject to differing, but equally plausible, interpretations.

... if courts were to interpret all statutes such that they conformed to the *Charter*, this would wrongly upset the dialogic balance. Every time the principle were applied, it would pre-empt judicial review on *Charter* grounds, where resort to the internal checks and balances of s. 1 may be had. In this fashion, the legislatures would be largely shorn of their constitutional power to enact reasonable limits on *Charter* rights and freedoms, which would in turn be inflated to near absolute status. Quite literally, in order to avoid this result a legislature would somehow have to set out its justification for qualifying the *Charter* right expressly in the statutory text, all without the benefit of judicial discussion regarding the limitations that are permissible in a free and democratic society. Before long, courts would be asked to interpret this sort of enactment in light of *Charter* principles. The patent unworkability of such a scheme highlights the importance of retaining a forum for dialogue among the branches of governance. As such, where a statute is unambiguous, courts must

notre Cour ni à aucune autre étape. M. Gomboc a néanmoins fait valoir que le Règlement doit tout de même être interprété au regard des « valeurs » de la *Charte* et de façon à empêcher Enmax de recueillir des renseignements pour aider les policiers dans la conduite de leurs enquêtes.

[87] Soit dit avec égards, il s’agit là d’une approche que la Cour a déjà rejetée sans équivoque. Certes, le recours aux valeurs de la *Charte* constitue un outil d’interprétation de grande valeur, mais dont l’utilisation n’est possible qu’en cas d’ambiguïté véritable (*Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559). Il ne peut servir, tel un *deus ex machina* omnipotent, à éclipser des dispositions législatives claires ni à éluder un examen directement fondé sur la *Charte*, assorti d’exigences bien définies en matière de preuve et de justification. Le juge Iacobucci, au nom de la Cour à l’unanimité, l’a confirmé en ces termes dans *Bell ExpressVu* :

... dans la mesure où notre Cour a reconnu un principe d’interprétation fondé sur le respect des « valeurs de la *Charte* », ce principe ne s’applique uniquement qu’en cas d’ambiguïté véritable, c’est-à-dire lorsqu’une disposition législative se prête à des interprétations divergentes mais par ailleurs tout aussi plausibles l’une que l’autre.

... si les tribunaux devaient interpréter toutes les lois de manière à faire en sorte qu’elles soient conformes à la *Charte*, cela perturberait à tort l’équilibre dialogique. Chaque fois que ce principe serait appliqué, il préviendrait tout contrôle judiciaire fondé sur des motifs prévus par la *Charte*, recours qui permet de profiter des mécanismes internes de pondération que comporte l’article premier. Ainsi, les législateurs seraient en grande partie dépouillés du pouvoir que leur reconnaît la Constitution d’apporter, par voie législative, des restrictions raisonnables aux droits et libertés garantis par la *Charte*, lesquels possèderaient dès lors un caractère quasi absolu. En fait, le législateur qui ne voudrait pas se retrouver dans une telle situation devrait, d’une manière ou d’une autre, justifier expressément dans le texte législatif la limitation du droit garanti par la *Charte*, sans bénéficier des avantages d’un débat devant les tribunaux relativement aux restrictions qui sont acceptables dans une société libre et démocratique. Avant longtemps, les tribunaux seraient appelés à interpréter ce genre de texte

give effect to the clearly expressed legislative intent and avoid using the *Charter* to achieve a different result. [Emphasis in original; paras. 62 and 66.]

[88] More recently, Charron J. observed in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 18, that it is “well settled that, in the interpretation of a statute, *Charter* values as an interpretative tool can *only* play a role where there is a genuine ambiguity in the legislation” (emphasis in original). Absent ambiguity, as Charron J. explained, a court that interprets a clear statutory provision “so as to accord with its view of minimal constitutional norms”, risks “effectively trump[ing] the constitutional analysis, rewr[it]ing the legislation, and depriv[ing] the government of the means of justifying, if need be, any infringement on constitutionally guaranteed rights” (para. 20; see also *Charlebois v. Saint John (City)*, 2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563, at para. 23).

[89] I see no room for interpretive creativity in this case because I see no ambiguity in the language of the provisions. “[C]ustomer information” is defined as information that is “uniquely associated with a customer”. DRA information is information relating to the electrical flow and consumption of electricity in a specific home, something that is obviously “uniquely associated with a customer”.

[90] This means that DRA information, whenever it is collected, is, necessarily, “customer information” and, as such, information under s. 10(3)(f) of the *Regulation* that can be collected by Enmax and disclosed “without the customer’s consent” to the police investigating an offence.

[91] Absent a direct *Charter* challenge, we must presume the *Regulation* to be constitutional. And absent any ambiguity, we must treat its clear meaning

de loi à la lumière des principes consacrés par la *Charte*. Le caractère manifestement impraticable d’une telle façon de faire met en évidence l’importance de maintenir le dialogue entre les pouvoirs composant l’État. Par conséquent, lorsqu’une loi n’est pas ambiguë, les tribunaux doivent donner effet à l’intention clairement exprimée par le législateur et éviter d’utiliser la *Charte* pour arriver à un résultat différent. [Souligné dans l’original; par. 62 et 66.]

[88] Comme l’a dit plus récemment la juge Charron dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, au par. 18, il est « bien établi qu’une disposition législative *ne* peut être interprétée au regard des valeurs de la *Charte* que si elle comporte une ambiguïté véritable » (en italique dans l’original). En l’absence de toute ambiguïté, la juge Charron précise qu’un tribunal qui interprète une disposition législative claire « de façon qu’elle s’harmonise avec sa conception des normes constitutionnelles minimales » risque « de fait [de] court-circuit[er] l’analyse constitutionnelle, reformul[er] la loi et priv[er] le gouvernement de la possibilité de justifier, au besoin, une atteinte à des droits garantis par la *Charte* » (par. 20; voir également *Charlebois c. Saint John (Ville)*, 2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563, par. 23).

[89] Selon moi, toute interprétation faisant appel à la créativité est exclue en l’espèce, car le libellé des dispositions législatives ne comporte aucune ambiguïté. Les « renseignements sur le client » sont définis comme des renseignements « associés au client à l’exception de tout autre ». Les données enregistrées par l’AN concernent le débit et la consommation d’électricité à une adresse donnée, des renseignements qui sont de toute évidence « associés au client à l’exception de tout autre ».

[90] Ainsi, les données enregistrées par l’AN constituent nécessairement des « renseignements sur le client » et donc des renseignements visés à l’al. 10(3)f) du Règlement, qu’Enmax peut recueillir et communiquer « sans le consentement du client » aux policiers qui enquêtent sur une infraction.

[91] En l’absence de contestation expressément fondée sur la *Charte*, il faut présumer que le Règlement est constitutionnel et, en l’absence de

as binding. According to the *Regulation*, the relationship between the customer and the company is such that the company is legally authorized to collect and disclose customer information to the police unless the customer expressly requests its non-disclosure. Mr. Gomboc made no request to the utility company to protect the confidentiality of his customer information. He therefore did not revoke the legislative authority that allowed Enmax to hand over his information to the police.

[92] McLachlin C.J. and Fish J. are of the view that “a reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*” (para. 139). They also suggest that “[t]he average consumer . . . cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme” (para. 139). Based on this “judicial notice”, and despite the absence of any actual evidence as to Mr. Gomboc’s state of knowledge, they impute a lack of awareness to him that justifies their conclusion that the *Regulation* had no impact on the reasonableness of his expectation of privacy.

[93] Leaving aside the policy wisdom of using the attributed or notional ignorance of an average customer about his or her contractual obligations for purposes of assessing the reasonableness of privacy expectations, this is an approach, with great respect, which conflates the subjective and objective branches of the privacy inquiry. As Binnie J. notes in *Patrick*, the subjective branch of analysis considers “whether the appellant had, or is presumed to have had, an expectation of privacy in the information . . . [while the] ‘reasonableness’ of an individual’s belief in the totality of the circumstances of a particular case is to be tested at the second *objective* branch of the privacy analysis” (para. 37 (emphasis in original)). They are distinct inquiries. The second, objective branch is predicated on an assessment of all relevant facts. An individual’s actual — or imputed — knowledge is undoubtedly relevant when assessing whether there is a subjective expectation of privacy. But

toute ambiguïté, considérer que son sens clair a force obligatoire. Le Règlement définit la relation entre le client et l’entreprise et autorise cette dernière à recueillir et à communiquer des renseignements sur le client à la police, à moins que le client ait expressément demandé qu’ils ne soient pas communiqués. M. Gomboc n’a pas demandé au fournisseur d’électricité de préserver la confidentialité des renseignements sur le client le concernant. Il n’a donc pas retiré à Enmax son pouvoir légal de communiquer les renseignements le concernant à la police.

[92] Selon la juge en chef McLachlin et le juge Fish, « une personne raisonnable n’aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l’intérieur de sa maison » (par. 139). Ils affirment également qu’on « ne peut attendre du consommateur moyen [. . .] qu’il connaisse le menu détail d’un régime de réglementation complexe » (par. 139). Ils s’appuient sur cette « connaissance d’office », sans égard à l’absence de toute preuve concrète sur ce que savait M. Gomboc, pour présumer son ignorance et conclure, sur le fondement de cette présomption, que le Règlement n’avait pas d’incidence sur le caractère raisonnable de son attente en matière de vie privée.

[93] Abstraction faite de l’opportunité de prendre en compte l’ignorance présumée ou théorique du consommateur moyen quant à ses obligations contractuelles pour évaluer le caractère raisonnable des attentes en matière de vie privée, j’estime, en toute déférence, que cette approche confond les volets subjectif et objectif de l’analyse relative à l’attente. Comme le juge Binnie l’a fait remarquer dans *Patrick*, à l’étape du volet subjectif de l’analyse, il s’agit de déterminer « si l’appelant avait — ou était présumé avoir — une attente en matière de respect de sa vie privée » à l’égard des renseignements, alors que le « “caractère raisonnable” de l’attente de la personne concernée, eu égard à l’ensemble des circonstances d’une affaire donnée, est examiné dans le cadre du second volet de l’analyse sur le droit au respect de la vie privée, qui porte sur l’aspect *objectif* » (par. 37 (en italique dans l’original)). Il s’agit d’étapes distinctes. La deuxième étape, qui porte sur le caractère objectif, repose sur

when assessing the *objective* reasonableness of the expectation, unsubstantiated assumptions about a customer's state of awareness should not be determinative. Allowing such assumptions to govern collapses the two branches of the inquiry into a single inquiry into subjectivity.

[94] Such an approach also artificially limits the factual record by effectively reading out the existence of the *Regulation*. An examination of the "totality of the circumstances" involves consideration of *all*, not just some, of the relevant circumstances. There can be no examination of the totality of the relevant circumstances without including the fact that the *Regulation* exists. It cannot, therefore, be seen as neutral or irrelevant. The contractual terms the statutory scheme creates are not only clear and unambiguous; they are also clearly relevant to an objective assessment of the reasonableness of any expectations of privacy Mr. Gomboc may have had in the DRA information, regardless of whether he decided to inform himself of the legal parameters of his relationship with his utility provider.

[95] In my view, when considered among all the circumstances of this case, the legislative authority provided by the *Regulation* is in fact determinative and leads to the conclusion that any expectation of privacy that Mr. Gomboc may have had was *objectively* unreasonable. In the absence of a reasonable expectation of privacy, the collection of the DRA information in this case did not constitute a "search" within the meaning of s. 8.

[96] I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision directing a new trial, and restore the convictions of Mr. Gomboc under ss. 5(2) and 7(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*.

l'appréciation de tous les faits pertinents. Certes, ce qu'une personne sait réellement ou est censée savoir est pertinent lorsqu'il s'agit de déterminer si elle a une attente subjective en matière de vie privée. Mais lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère raisonnable de l'attente d'un point de vue *objectif*, des hypothèses sans fondement sur ce que sait un consommateur ne devraient pas être déterminantes. Laisser jouer de telles hypothèses équivaut à fusionner les deux étapes de l'évaluation pour en arriver à un seul examen, subjectif.

[94] En outre, une telle approche restreint artificiellement le dossier factuel en faisant fi de l'existence du Règlement. L'examen de « l'ensemble des circonstances » doit porter sur *toutes* les circonstances pertinentes et non uniquement sur certaines d'entre elles. Il est impossible d'examiner l'ensemble des circonstances pertinentes sans tenir compte de l'existence du Règlement. Ce dernier ne saurait être considéré comme un facteur neutre ou sans pertinence. Les obligations contractuelles créées par le régime législatif sont non seulement claires et non ambiguës, mais manifestement pertinentes dans l'évaluation objective du caractère raisonnable de toute attente en matière de vie privée que M. Gomboc pouvait avoir à l'égard des renseignements recueillis à l'aide de l'AN, et ce, qu'il ait décidé de s'informer ou non des paramètres juridiques de sa relation avec son fournisseur d'électricité.

[95] Selon moi, le pouvoir conféré par le Règlement, examiné dans le contexte de l'ensemble des circonstances pertinentes, joue un rôle déterminant et m'amène à conclure au caractère *objectivement* déraisonnable de toute attente en matière de vie privée que M. Gomboc pouvait avoir. Comme il n'avait pas d'attente raisonnable en matière de vie privée, la collecte de renseignements à l'aide de l'AN ne constituait pas en l'espèce une « perquisition » au sens de l'art. 8.

[96] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel ordonnant la tenue d'un nouveau procès et de rétablir les déclarations de culpabilité prononcées contre M. Gomboc en vertu des par. 5(2) et 7(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

THE CHIEF JUSTICE AND FISH J. (dissenting) —

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE FISH (dissidents) —

I. Introduction

I. Introduction

[97] Invoking a series of decisions which are readily distinguishable, the Crown urges us in this case to take an incremental but ominous step toward the erosion of the right to privacy guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[97] Invoquant plusieurs décisions dont les assises factuelles diffèrent considérablement des faits du présent dossier, le ministère public nous exhorte à faire un pas qui risque de mener à l'érosion du droit à la protection de la vie privée garanti par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

[98] We would decline to do so.

[98] Nous refusons de franchir ce pas.

[99] In our view, this appeal involves neither an isolated nor a *technical* matter regarding electrical consumption only. It raises core issues regarding the protection of privacy safeguarded by s. 8 of the *Charter*.

[99] À notre avis, le présent pourvoi ne porte pas sur une question particulière ou *technique* qui ne concernerait que la consommation d'électricité. Il soulève plutôt des questions fondamentales touchant au droit à la vie privée que protège l'art. 8 de la *Charte*.

[100] Every day, we allow access to information about the activities taking place inside our homes by a number of people, including those who deliver our mail, or repair things when they break, or supply us with fuel and electricity, or provide television, Internet, and telephone services. Our consent to these “intrusions” into our privacy, and into our homes, is both necessary and conditional: necessary, because we would otherwise deprive ourselves of services nowadays considered essential; and conditional, because we permit access to our private information for the sole, specific, and limited purpose of receiving those services.

[100] Chaque jour, nous permettons à un certain nombre de personnes d'avoir accès à des renseignements sur les activités qui se déroulent dans nos maisons; pensons notamment à celles qui nous apportent notre courrier, réparent nos appareils en panne, nous livrent du mazout, nous approvisionnent en électricité ou nous fournissent des services téléphoniques, télévisuels ou Internet. Notre consentement à ces « intrusions » dans notre vie privée et dans nos maisons est à la fois nécessaire et conditionnel : nécessaire, parce que nous nous priverions autrement de services considérés comme essentiels de nos jours; conditionnel, parce que nous ne donnons accès à nos renseignements personnels que dans le seul but, précis et limité, de recevoir ces services.

[101] A necessary and conditional consent of this sort does not trump our reasonable expectation of privacy in the information to which access is afforded for such a limited and well-understood purpose. When we subscribe for cable services, we do not surrender our expectation of privacy in respect of what we access on the Internet, what we watch on our television sets, what we listen to on

[101] Ce consentement nécessaire et conditionnel n'élimine pas pour autant notre attente raisonnable de respect de la vie privée relativement aux renseignements communiqués dans ce but limité et bien compris. Lorsque nous nous abonnons à des services de câblodistribution, nous ne renonçons pas de ce fait à notre attente en matière de vie privée à l'égard des sites que nous visitons sur Internet,

our radios, or what we send and receive by e-mail on our computers.

[102] Likewise, when we subscribe for public services, we do not authorize the police to conscript the utilities concerned to enter our homes, physically or electronically, for the purpose of pursuing their criminal investigations without prior judicial authorization. We authorize neither undercover officers nor utility employees acting as their proxies to do so.

[103] This case concerns a police operation that co-opted an electric utility, Enmax, to install a digital recording ammeter (“DRA”) on its power line in order to generate, record and disclose to the police otherwise non-existent data for the purposes of an ongoing criminal investigation.

[104] Such actions go beyond the voluntary cooperation of a private actor with the police. In our view, they constitute a search that infringes s. 8 of the *Charter*.

[105] Ultimately, the appeal raises two issues. The first concerns the intrusiveness of the DRA. In this regard, we are in essential agreement with Justice Abella (Binnie and LeBel JJ. concurring): “Given the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home, the concerns regarding the warrantless use of DRAs seem . . . to be well founded” (para. 82). Moreover, according to our colleague, Mr. Gomboc’s unreasonable search claim “may well have succeeded but for the existence of the *Regulation*” (para. 57). The second issue concerns the effect of the *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (“*Regulation*”). On this issue, we are unable to agree with Justice Abella that the *Regulation* is conclusive.

des émissions que nous regardons à la télévision ou écoutons à la radio, ou encore des messages que nous échangeons par courriel avec d’autres personnes au moyen de notre ordinateur.

[102] De même, lorsque nous nous abonnons à un service public, nous n’autorisons pas la police à réquisitionner le service concerné pour s’introduire — physiquement ou électroniquement — dans nos foyers, sans autorisation judiciaire, dans le cadre d’une enquête criminelle. Nous n’autorisons ni les agents d’infiltration de la police, ni des employés des services publics qui agiraient pour le compte de celle-ci à s’immiscer ainsi dans notre vie privée.

[103] Le présent pourvoi concerne une opération policière au cours de laquelle les policiers ont mobilisé un fournisseur de services d’électricité, Enmax, afin qu’il installe sur sa ligne électrique un ampèremètre numérique muni d’un enregistreur (« AN ») pour générer et enregistrer des données qui n’existaient pas jusque-là, et qu’il les lui communique pour les besoins d’une enquête criminelle.

[104] De tels actes débordent le cadre des mesures de collaboration volontaire d’un acteur privé avec la police. À notre avis, ils constituent une perquisition qui contrevient à l’art. 8 de la *Charte*.

[105] En définitive, le pourvoi soulève deux questions. La première concerne le caractère envahissant de l’AN. À ce sujet, nous partageons essentiellement l’opinion exprimée par la juge Abella dans ses motifs (auxquels ont souscrit les juges Binnie et LeBel) : « En raison de l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison, les préoccupations concernant le recours à un AN sans mandat de perquisition [. . .] semblent valables » (par. 82). Notre collègue estime aussi, en ce qui concerne le caractère abusif de la perquisition, que M. Gomboc « aurait bien pu avoir gain de cause si ce n’était du Règlement » (par. 57). La seconde question intéresse l’incidence du *Code of Conduct Regulation*, Alta. Reg. 160/2003 (« le Règlement »). À ce sujet, nous ne pouvons souscrire à l’avis de la juge Abella selon laquelle le Règlement est déterminant.

II. The Law

A. *The Analytical Framework*

[106] The s. 8 analysis consists of two steps: (1) whether the state action constitutes a search; and if so, (2) whether the search was reasonable: *R. v. Law*, 2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227.

[107] A search occurs when state conduct interferes with an individual's reasonable expectation of privacy: *Law*. Whether an expectation of privacy is reasonable depends on whether the individual concerned has (1) a subjective expectation of privacy in the subject matter of the alleged search, and (2) whether that subjective expectation is objectively reasonable: *R. v. Nolet*, 2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851, at para. 30. The onus of proof of reasonable expectation lies on the *Charter* claimant: *Nolet*.

[108] The determination of "objective reasonableness" requires a contextual analysis, which takes into account the totality of the circumstances, viewed through the lens of what a reasonable person would expect: *R. v. Buhay*, 2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631, at paras. 18 and 21; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 31. The following factors are relevant:

- The subject matter of the search: that is, the nature of the information obtained or sought to be obtained;
- The place of the search: for example, whether it intrudes on the subject's home or person, as opposed to more public places;
- The degree of intrusiveness, or the amount of information that could potentially be revealed;

II. Les règles de droit

A. *Le cadre d'analyse*

[106] L'analyse fondée sur l'art. 8 comporte deux étapes : (1) le tribunal se demande d'abord si l'acte de l'État constituait une fouille ou une perquisition; (2) dans l'affirmative, il se demande ensuite si cette fouille ou perquisition était abusive : *R. c. Law*, 2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227.

[107] Il y a fouille ou perquisition lorsque la conduite de l'État porte atteinte à l'attente raisonnable d'une personne en matière de vie privée : *Law*. Le caractère raisonnable de cette attente dépend de la réponse donnée aux questions suivantes : (1) L'intéressé a-t-il une attente subjective de respect de sa vie privée à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée? (2) Cette attente subjective est-elle objectivement raisonnable? (*R. c. Nolet*, 2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851, par. 30). La charge de la preuve quant à cette attente raisonnable incombe à la partie qui invoque la *Charte* : *Nolet*.

[108] Pour déterminer si une attente est « objectivement raisonnable », le tribunal doit procéder à une analyse contextuelle tenant compte de l'ensemble des circonstances, considérées du point de vue d'une personne raisonnable : *R. c. Buhay*, 2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631, par. 18 et 21; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 31. Les facteurs suivants sont pertinents :

- L'objet de la fouille ou de la perquisition; en d'autres termes, la nature des renseignements obtenus ou que l'on cherche à obtenir.
- Le lieu de la fouille ou de la perquisition; par exemple, celle-ci constitue-t-elle une intrusion dans la maison de l'intéressé ou une atteinte à sa personne, par opposition à une fouille ou une perquisition dans des lieux davantage publics?
- L'ampleur de l'intrusion ou la quantité de renseignements susceptibles d'être révélés.

- A legislative or regulatory framework authorizing the search, and of which the individual may be expected to be aware (see below);
 - Whether the expectation of privacy has been abandoned or waived; and
 - Any other factors that may strengthen or weaken the expectation of privacy.
- L'existence d'un cadre législatif ou réglementaire qui autorise la fouille ou la perquisition et que l'intéressé devrait connaître (voir plus loin).
 - La question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard de l'attente en matière de vie privée.
 - Tout autre facteur susceptible de renforcer ou d'affaiblir l'attente en matière de vie privée.

[109] In weighing these factors, the court should consider any countervailing interests that might reduce a reasonable person's privacy expectation. For example, in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, the need to maintain a safe school environment was held to be a factor reducing the reasonable expectation of privacy, because "[s]tudents know that their teachers and other school authorities are responsible for providing a safe environment and maintaining order and discipline in the school" (para. 33).

[109] Dans l'appréciation de ces divers facteurs, le tribunal doit tenir compte des intérêts contraires qui pourraient réduire l'attente d'une personne raisonnable en matière de vie privée. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, il a été reconnu que la nécessité d'assurer un milieu scolaire sûr réduisait l'attente raisonnable en matière de vie privée, parce que « [l]es élèves savent que leurs enseignants et autres autorités scolaires ont la responsabilité de procurer un environnement sûr et de maintenir l'ordre et la discipline dans l'école » (par. 33).

[110] If a search is established, the court must then determine whether the search was reasonable. A warrantless search is presumptively unreasonable: *Nolet*. To establish that a warrantless search is reasonable, the state must generally establish, on a balance of probabilities, that the search was authorized by law, that the authorizing law was reasonable, and that the manner in which the search was conducted was reasonable: *Nolet*, at para. 21; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at p. 278; and *R. v. Caslake*, [1998] 1 S.C.R. 51, at para. 10. A search that is not authorized by law may nonetheless be reasonable if there was an emergency "in the sense of the evidence being in danger of being destroyed if the time were taken to obtain a search warrant": *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768, at pp. 778-79.

[110] S'il conclut qu'il y a eu une fouille ou perquisition, le tribunal doit se demander si celle-ci était abusive. Une fouille ou perquisition effectuée sans mandat est présumée abusive : *Nolet*. Pour qu'elle ne soit pas jugée abusive, l'État doit en règle générale établir, selon la prépondérance des probabilités, que la fouille ou la perquisition était autorisée par la loi, que la loi elle-même n'avait rien d'abusif et que la fouille ou la perquisition n'a pas été effectuée de manière abusive : *Nolet*, par. 21; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, p. 278; *R. c. Caslake*, [1998] 1 R.C.S. 51, par. 10. Une fouille ou une perquisition qui n'est pas autorisée par la loi peut néanmoins être considérée comme non abusive s'il y avait urgence, parce que « la preuve risquait d'être détruite si on prenait le temps d'obtenir un mandat de perquisition » : *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768, p. 779.

B. *The Impact of Authorizing Legislation*

[111] The existence of authorizing legislation is clearly relevant to the question whether a

B. *Incidence du texte législatif autorisant la fouille ou la perquisition*

[111] L'existence d'un texte législatif autorisant la fouille ou la perquisition constitue de toute évidence

warrantless search was authorized by law at the second step of the s. 8 analysis. However, authorizing legislation may also be relevant at the first step of the analysis, in determining whether there was a reasonable expectation of privacy.

[112] For example, in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, individuals engaged in the securities market were held not to have an expectation of privacy over business records they were required, under a regulatory scheme, to disclose. In making that finding, the Court noted that “[t]he greater the departure from the realm of criminal law, the more flexible will be the approach to the standard of reasonableness. The application of a less strenuous approach to regulatory or administrative searches and seizures is consistent with a purposive approach to the elaboration of s. 8” (para. 52).

[113] The Court went on to say that individuals engaged in the securities market were presumed to know about the rules that governed their conduct within the industry:

All those who enter into this market know or are deemed to know the rules of the game. As such, an individual engaging in such activity has a low expectation of privacy in business records. In fact, “there will be instances in which an individual will have no privacy interest or expectation in a particular document or article required by the state to be disclosed”: *McKinlay Transport, supra*, at pp. 641-42. [para. 64]

As a result, no expectation of privacy could be claimed.

[114] The effect of a regulatory scheme to reduce an individual’s expectation of privacy was most recently affirmed in *Nolet*. Speaking of commercial trucking, a highly regulated field, Binnie J., quoting in part from the Saskatchewan Court of Appeal, stated: “The [truck drivers] would be well

un facteur pertinent à la deuxième étape de l’analyse fondée sur l’art. 8, lorsqu’il s’agit de déterminer si une fouille ou une perquisition effectuée sans mandat était autorisée par la loi. Toutefois, ce facteur peut également être utile à la première étape de l’analyse, pour décider s’il existait ou non une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

[112] Ainsi, dans l’arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, la Cour a refusé de reconnaître à des particuliers exerçant dans le domaine des valeurs mobilières une attente en matière de vie privée relativement aux dossiers d’entreprise qu’ils étaient tenus de produire conformément à un régime de réglementation. Dans l’analyse menant à cette conclusion, la Cour a fait observer que « [p]lus l’on s’éloignera du domaine du droit criminel, plus la façon d’aborder la norme du caractère raisonnable sera souple. Le recours à une façon moins rigide d’aborder les fouilles, perquisitions et saisies dans le contexte administratif ou réglementaire est conforme à une interprétation fondée sur l’objet de l’art. 8 » (par. 52).

[113] La Cour a poursuivi en expliquant que les particuliers exerçant dans le marché des valeurs mobilières sont présumés être au courant des règles régissant leur conduite dans ce secteur :

Toutes les personnes qui gagnent ce marché connaissent ou sont réputées connaître les règles du jeu. Alors, une personne qui se livre à une telle activité a peu d’attentes en matière de vie privée pour ce qui est de ses dossiers d’entreprise. En fait, « [i]l arrive sans aucun doute qu’un particulier n’a aucun intérêt ni aucune attente à ce que soit protégé un document ou un article particulier dont l’État réclame la production » : *McKinlay Transport, précité*, à la p. 642. [par. 64]

En conséquence, aucune attente en matière de vie privée ne pouvait être revendiquée.

[114] Le fait qu’un régime de réglementation réduit l’attente d’une personne en matière de vie privée a été confirmé très récemment dans l’arrêt *Nolet*. S’agissant de camionnage, un secteur très réglementé, le juge Binnie, reprenant en partie les propos de la Cour d’appel de la Saskatchewan, a

aware of the possibility of mandatory inspections and searches Accordingly, there can be little expectation of privacy” He concluded: “A stop may quickly precipitate a search, and the occupants either know or ought to know of that reality and govern themselves accordingly” (para. 31).

[115] Although *Branch* and *Nolet* involved factual situations very different from the one before us in this case, they are helpful guides as to the reasons that legislation may reduce an otherwise existent expectation of privacy. When weighing the impact of legislation on the expectation of privacy, courts should consider (1) whether the search being challenged is regulatory — in which case, it is more likely to reduce an individual’s expectation of privacy — or criminal in nature; (2) whether the subject of the legislation is part of a highly regulated area; and (3) whether a reasonable person in the circumstances of the individual being searched would or should know about the legislation. The legislation is only one factor that is to be considered when determining whether an expectation of privacy is objectively reasonable and it may be insufficient to negate an expectation of privacy that is otherwise particularly compelling. As Justice Binnie explained in *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, the expectation of privacy is a “normative rather than a descriptive standard”: para. 42.

III. Application

A. *Was There a Search?*

[116] To determine whether the police action in this case constituted a search, we must decide if Mr. Gomboc had a subjective expectation of privacy that was objectively reasonable. If no such expectation existed, no search took place.

déclaré ceci : « Les [camionneurs] sont normalement bien au fait de la possibilité de contrôles et de fouilles obligatoires [. . .] Pour cette raison, il ne peut pas exister une grande attente en matière de vie privée . . . » Le juge Binnie a tiré la conclusion suivante : « Une demande d’arrêt du véhicule peut rapidement donner lieu à une fouille et les occupants connaissent ou devraient connaître cette réalité et agir en conséquence » (par. 31).

[115] Certes, les affaires *Branch* et *Nolet* présentaient des faits très différents de ceux qui nous occupent en l’espèce, mais elles nous éclairent sur les raisons pour lesquelles des textes législatifs peuvent réduire une attente par ailleurs existante en matière de vie privée. Dans leur appréciation de l’incidence d’un texte législatif sur l’attente en matière de vie privée, les tribunaux doivent tenir compte des questions suivantes : (1) La fouille ou perquisition contestée est-elle de type réglementaire (auquel cas elle est davantage susceptible de réduire l’attente de l’intéressé en ce qui concerne le respect de sa vie privée) ou bien de nature pénale? (2) L’objet du texte législatif relève-t-il d’un domaine très réglementé? (3) Une personne raisonnable se trouvant dans la situation de la personne soumise à la fouille ou à la perquisition connaîtrait-elle le texte législatif ou devrait-elle le connaître? Le texte législatif pertinent n’est que l’un des facteurs à considérer pour décider si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable, et il peut d’ailleurs être insuffisant pour écarter une attente en matière de vie privée particulièrement impérieuse. Ainsi que l’a expliqué le juge Binnie dans l’arrêt *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, l’attente en matière de vie privée est « de nature normative et non descriptive » (par. 42).

III. Application

A. *Y a-t-il eu perquisition?*

[116] Pour déterminer si l’intervention policière constituait en l’espèce une perquisition, il nous faut décider si M. Gomboc avait, quant au respect de sa vie privée, une attente subjective qui était objectivement raisonnable. Si cette attente n’existait pas, aucune perquisition n’a eu lieu.

[117] The subjective test is a low hurdle, and individuals are presumed to have a subjective expectation of privacy regarding information about activities within the home: *Tessling*, at para. 38. Thus, resolution of this issue turns on whether Mr. Gomboc's expectation of privacy was objectively reasonable.

[118] The factors relevant to determining an objectively reasonable expectation of privacy, as discussed above, include the subject matter of the search, the place of the search, whether the privacy interest was abandoned or waived, the degree of intrusiveness, and, in some cases, the presence of a regulatory framework that would diminish any expectation of privacy. Ultimately, the question is whether a reasonable person in the place of Mr. Gomboc would have expected his DRA-revealed electricity information to remain private.

[119] In our view, the resolution of this issue turns on the last two factors above: the degree of intrusiveness and the presence of a regulatory framework. The first three factors, although not dispositive, suggest a reasonable expectation of privacy. The subject matter of the search was DRA data, which sheds light on private activities within the home. This subject matter could not have been otherwise discovered, as it was not in the public view. The place of the search was a home, the most private of locations. And there was no issue of abandonment.

[120] We turn then to the issue of intrusiveness. Here, Justice Deschamps finds that the DRA data is not intrusive in the constitutional sense. In so doing, she relies heavily on the evidence of Det. Sgt. Morrison to conclude that the DRA is "[not] meaningfully more invasive of privacy than the

[117] Le critère subjectif est peu exigeant. Les particuliers sont présumés avoir une attente subjective en matière de vie privée en ce qui concerne les renseignements portant sur les activités se déroulant à l'intérieur de leur maison : *Tessling*, par. 38. Par conséquent, le sort de la présente affaire dépend de la réponse à la question de savoir si l'attente de M. Gomboc en matière de vie privée était objectivement raisonnable.

[118] Comme nous l'avons vu précédemment, l'objet de la fouille ou de la perquisition, le lieu où elle est effectuée, la question de savoir s'il y a eu renonciation ou abandon à l'égard du droit à la vie privée, le degré d'intrusion et, dans certains cas, l'existence d'un cadre de réglementation susceptible de réduire l'attente en matière de vie privée sont des facteurs pertinents pour déterminer si une attente en matière de vie privée est objectivement raisonnable. En définitive, il s'agit de décider si une personne raisonnable se trouvant dans la même situation que M. Gomboc se serait attendue à ce que les renseignements révélés par l'AN au sujet de sa consommation d'électricité demeurent secrets.

[119] À notre avis, la réponse à cette question dépend des deux derniers facteurs précités, à savoir le degré d'intrusion et l'existence d'un cadre de réglementation. Quoique non déterminants, les trois premiers facteurs tendent à établir l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée. Ainsi, la perquisition avait pour objet les données enregistrées par l'AN, qui éclairent sur les activités privées se déroulant à l'intérieur de la maison. Cette information n'aurait pu être découverte autrement, puisqu'elle n'était pas accessible au public. La perquisition a été effectuée dans une maison d'habitation, le lieu le plus privé qui soit. De plus, la question de la renonciation ne se posait pas en l'espèce.

[120] Nous allons maintenant examiner la question de l'intrusion. En l'espèce, la juge Deschamps conclut que les données fournies par l'AN n'ont pas un caractère envahissant au sens constitutionnel. Dans son analyse, elle s'appuie fortement sur le témoignage du sergent-détective Morrison et

electricity consumption records in *Plant* or the heat signatures in *Tessling*” (para. 40).

[121] Det. Sgt. Morrison was asked at trial whether he could use DRA information to make certain determinations about a home. The determinations included whether any occupants are home at a particular time, whether anyone is watching television, whether anyone is using a computer, whether anyone is listening to a stereo, whether anyone is taking a bath, sitting in a hot tub, or showering, whether anyone is cooking or washing dishes, the gender of the occupants, the political affiliation of the occupants, the sexual orientation of the occupants, where electricity is being used in the house, and whether any electrical devices are on a timer. For each question, he responded that he could not make the relevant determination (A.R., at pp. 101-2).

[122] From this testimony, Justice Deschamps concludes: “The evidence available on the record offers no foundation for concluding that the information disclosed by Enmax yielded any useful information at all about household activities of an intimate or private nature that form part of the inhabitants’ biographical core data” (para. 36).

[123] With respect, we disagree. The fruits of a search need not produce *conclusive* determinations about activities within a home in order to be considered informative and thus intrusive.

[124] The significance of the DRA data derives from its utility in making informed *predictions* concerning the *probable* activities taking place within a home. Predictions of this sort, while not conclusive, nonetheless convey useful private information to the police. For instance, DRA data may be used to make extremely reliable predictions regarding the existence of a plant growing operation within a house. The large-scale growing of

conclut que l’AN « [n]’est [pas] sensiblement plus attentatoire au droit à la vie privée que les relevés de consommation d’électricité en cause dans l’affaire *Plant* ou que le profil thermique dont il s’agissait dans l’affaire *Tessling* » (par. 40).

[121] Au procès, on a demandé au sergent-détective Morrison si les renseignements fournis par l’AN lui permettaient de tirer certaines conclusions au sujet d’une habitation, par exemple de savoir si quelqu’un se trouve dans la maison à un moment donné, regarde la télévision, utilise un ordinateur, écoute une chaîne stéréo, prend un bain ou une douche, est assis dans un spa, cuisine ou bien fait la vaisselle, ou encore de savoir de quel sexe sont les occupants, quelle est leur allégeance politique ou leur orientation sexuelle, dans quelles pièces de la maison l’électricité est consommée ou si des appareils électriques sont branchés à une minuterie. Dans chaque cas, il a répondu par la négative (d.a., p. 101-102).

[122] Sur la foi de ce témoignage, la juge Deschamps conclut : « Aucun élément de preuve au dossier ne permet de conclure que les données communiquées par Enmax dévoilaient des renseignements révélant quoi que ce soit, au sujet d’activités de nature intime ou privée, qui ferait partie des renseignements personnels d’ordre biographique des occupants de la maison » (par. 36).

[123] Avec égards, nous ne sommes pas de cet avis. Il n’est pas nécessaire que les renseignements recueillis mènent à des conclusions *définitives* au sujet des activités se déroulant dans une maison pour être jugés révélateurs et qu’il y ait, de ce fait, intrusion.

[124] L’importance des données enregistrées par l’AN découle de leur utilité dans la formulation d’hypothèses éclairées au sujet des activités qui se déroulent *probablement* à l’intérieur d’une habitation. Bien que non concluantes, de telles hypothèses révèlent néanmoins aux policiers des renseignements personnels utiles. Par exemple, les données obtenues grâce à l’AN peuvent servir à formuler des hypothèses extrêmement fiables au sujet de

plants within one's home is a private activity, and a surveillance technique capable of making strong predictions regarding its existence is an intrusion on the occupant's privacy, even though such predictions are only rationally drawn inferences and not demonstrably certain conclusions.

[125] Because we do not believe that DRA data needs to be used to make conclusive determinations in order for the data to be considered private information, we do not find Justice Deschamps's reliance on Det. Sgt. Morrison's testimony helpful. Det. Sgt. Morrison was not asked whether he could use the DRA to make predictions regarding the probable activities taking place within a home. He was only asked whether he could make conclusive determinations regarding certain activities. Without evidence concerning the type of predictions he could make using the DRA, Det. Sgt. Morrison's testimony on this issue is unhelpful.

[126] In the absence of evidence on the predictive value of DRA data, we agree with Justice Martin of the Alberta Court of Appeal that "the court must consider the nature of the particular surveillance technique to determine whether there is an intrusion to the privacy within the home": 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, at para. 15. We have evidence before us regarding the operation of the DRA. From it, we can draw certain inferences about the DRA's intrusiveness.

[127] DRA devices record the flow of electricity to a residence over a period of time. In doing so, they measure the amount of electricity being used at a given point based on one-ampere increments. While the DRA does not indicate the source of electrical consumption within the residence, it

l'existence d'une installation de culture à l'intérieur d'une maison. Le fait de cultiver des plantes à grande échelle chez soi constitue une activité privée, et une méthode de surveillance qui permet d'émettre de solides hypothèses au sujet de l'existence d'une telle activité porte atteinte au droit à la vie privée des occupants, et ce, même si ces hypothèses ne constituent que des inférences rationnelles et non des conclusions dont la certitude peut être démontrée.

[125] Comme nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire que les données enregistrées par l'AN servent à tirer des conclusions définitives pour être considérées comme des renseignements personnels, l'appui que la juge Deschamps trouve dans le témoignage du sergent-détective Morrison ne nous semble pas utile. On n'a pas demandé au sergent-détective Morrison s'il pouvait utiliser les données révélées par l'AN pour formuler des hypothèses au sujet des activités se déroulant probablement à l'intérieur d'une habitation. On lui a seulement demandé s'il était en mesure de tirer des conclusions définitives au sujet de certaines activités. À défaut d'éléments de preuve sur le type d'hypothèses qu'il pourrait formuler à l'aide des données enregistrées par l'AN, le témoignage du sergent-détective sur la question n'est pas utile.

[126] En l'absence de preuve sur la valeur des données enregistrées par l'AN comme fondement à des hypothèses, nous souscrivons aux propos du juge Martin de la Cour d'appel de l'Alberta selon lequel [TRADUCTION] « le tribunal doit examiner la nature de la technique de surveillance employée pour déterminer s'il a été porté atteinte au droit à la vie privée à l'intérieur de la maison » : 2009 ABCA 276, 11 Alta. L.R. (5th) 73, par. 15. Nous disposons, au sujet du fonctionnement de l'AN, d'éléments de preuve qui permettent de tirer certaines inférences quant au caractère envahissant de cet appareil.

[127] L'AN est un appareil qui sert à mesurer l'intensité du courant électrique transmis à une résidence au cours d'une période déterminée. Ainsi, l'AN mesure en ampères l'électricité consommée à tout moment. Bien qu'il n'indique pas les sources précises de consommation d'électricité dans la

produces detailed information as to the amount of electricity being used in a home and when it is being used: C.A. reasons, at para. 16.

[128] The intervener the Canadian Civil Liberties Association (“CCLA”) submits that this type of information can be used to make several intrusive predictions regarding the probable activities taking place within a home. The CCLA submits, correctly in our view, that these predictions may include whether anyone is home, the approximate time at which the occupants go to bed and wake up, and guesses as to particular appliances being used. Of course, these predictions cannot be made with certainty. However, they do have the potential to reveal private or “biographical” information, and are significantly more reliable than any predictions that can be made using the electricity-usage information collected in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281.

[129] In addition, DRAs are extremely accurate in disclosing the existence of plant growing operations within a house. This is evident from the Crown’s own evidence at trial, where Det. Sgt. Morrison testified that DRA devices had been used to a nearly 100 percent success rate in identifying marijuana grow operations, and can give the police the reasonable and probable grounds necessary to obtain a search warrant:

What this graph [of DRA data] allows us to do is it gives us information on approximate 12 and/or 18-hour use. It allows us, with experience, to draw an inference on what the electrical use in there -- the inference that marijuana may be grown inside. It gives us reasonable and probable grounds. [Emphasis added.]

[130] Therefore, while DRAs may be used in conjunction with other evidence, they are not just “one more investigative tool” (Deschamps J., at para. 11).

maison, il fournit néanmoins des renseignements détaillés sur la quantité d’électricité utilisée et les moments où elle est utilisée : motifs de la C.A., par. 16.

[128] L’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles (« ACLC ») fait valoir que ce type de renseignements peut être utilisé pour formuler un certain nombre d’hypothèses attentatoires à la vie privée au sujet des activités qui se déroulent probablement à l’intérieur d’une maison. L’ACLC affirme, à juste titre à notre avis, qu’il serait possible d’émettre des hypothèses, par exemple, sur la présence ou non de personnes dans la maison, sur l’heure approximative à laquelle les occupants se couchent et se lèvent et sur le type d’appareils électriques utilisés. Évidemment, ces hypothèses ne sont pas des certitudes. Elles sont toutefois susceptibles de révéler des renseignements personnels ou « biographiques », et elles sont beaucoup plus fiables que les hypothèses fondées sur les relevés de consommation d’électricité en cause dans l’affaire *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281.

[129] Qui plus est, un AN permet de détecter avec une très grande précision l’existence d’une installation de culture dans une maison. C’est ce qui ressort de la preuve déposée par le ministère public lui-même au procès, au cours duquel le sergent-détective Morrison a expliqué que cet appareil permettait de détecter les cultures de marijuana dans près de 100 p. 100 des cas et pouvait fournir aux policiers les motifs probables et raisonnables nécessaires à l’obtention d’un mandat de perquisition :

[TRADUCTION] Ce que ce graphique [des données enregistrées par l’AN] nous permet de faire, c’est qu’il nous donne des renseignements sur des cycles de consommation d’environ 12 ou 18 heures. Il nous permet, avec de l’expérience, de tirer des inférences sur l’usage de l’électricité dans la maison -- d’inférer qu’il est possible que de la marijuana soit cultivée à l’intérieur. Il nous fournit des motifs raisonnables et probables. [Je souligne.]

[130] Par conséquent, quoique les données enregistrées par l’AN puissent être utilisées avec d’autres éléments de preuve, cet appareil ne

Such evidence of criminal activity, or of a connection to criminality, has previously been considered by this Court to be “very personal” biographical information: *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, at para. 175. Even if DRA evidence *alone* were not sufficient for a warrant, the point would remain. The Crown has conceded that it would not have been able to obtain a warrant in this case without the DRA evidence obtained by the police through Enmax.

[131] Without drawing a formal conclusion on the issue, Justice Abella makes similar findings. She concludes that information emanating from a home is “presumptively information about which individuals are entitled to expect privacy” (para. 80); that a DRA reveals “personal information about a customer”; and that DRA data is “intrusive enough to yield usually reliable inferences as to the presence within the home of one particular activity” (para. 81). Justice Abella also notes that concerns about the use of DRAs are “well founded” in light of “the overriding significance of protecting the privacy interests in one’s home” (para. 82).

[132] The Crown attempts to rebut these arguments by drawing an analogy between this case and *Plant*, where the Court found that no reasonable expectation of privacy applied to biannual electricity consumption information. The analogy fails. Academics have explained the inferences that hourly consumption data can yield this way:

Electricity consumption patterns generated from advanced metering infrastructure will reveal variations in power consumption that can be associated with various household activities; detailed power consumption information can reveal personal sleep, work, and travel habits, and likely identify the use of medical equipment

constitue pas simplement un « outil d’enquête additionnel » (motifs de la juge Deschamps, par. 11). De tels éléments de preuve d’activités criminelles ou de l’existence d’un lien avec la criminalité ont déjà été considérés par la Cour comme des données biographiques très « personnelle[s] » : *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, par. 175. Même si la preuve fournie par l’AN ne permettrait pas à *elle seule* d’obtenir un mandat, cela ne changerait rien. Le ministère public a concédé qu’il lui aurait été impossible d’obtenir un mandat en l’espèce sans la preuve fournie par l’AN, que la police avait recueillie par l’intermédiaire d’Enmax.

[131] Sans trancher formellement cette question, la juge Abella tire des conclusions analogues. Selon elle, un renseignement provenant d’une maison « constitue *a priori* un renseignement à l’égard duquel une personne est en droit de s’attendre au respect de sa vie privée » (par. 80), l’AN révèle « des renseignements [. . .] personnels concernant un client » et l’AN est une technique « suffisamment envahissante pour permettre des inférences généralement fiables relativement à la tenue d’une activité particulière » (par. 81). La juge Abella qualifie de « valables » les préoccupations exprimées en ce qui concerne l’utilisation d’un AN, compte tenu de « l’importance primordiale de la protection de la vie privée des personnes dans leur maison » (par. 82).

[132] Le ministère public tente de réfuter ces arguments en faisant une analogie entre la présente espèce et l’affaire *Plant*, dans laquelle la Cour a conclu à l’absence d’attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard de renseignements semestriels sur la consommation d’électricité. Cette analogie ne tient pas. Des auteurs ont expliqué ainsi les inférences que les données relatives à la consommation horaire permettent de tirer :

[TRADUCTION] Les données sur les cycles de consommation d’électricité qui sont produites par une infrastructure de compteurs perfectionnée révèlent des fluctuations de consommation susceptibles d’être associées à diverses activités domestiques. Des renseignements détaillés sur la consommation d’énergie peuvent révéler

and other specialized devices (if not ordinary appliances).

(J. I. Lerner and D. K. Mulligan, “Taking the ‘Long View’ on the Fourth Amendment: Stored Records and the Sanctity of the Home”, 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3, at para. 41)

Such inferences constitute intimate details about an individual’s lifestyle. And they cannot be drawn from a biannual total of power consumption.

[133] *Tessling* is also of little assistance to the Crown. The information collected by the Forward Looking Infra-Red (“FLIR”) heat-seeking device at issue in that case was described by this Court as both “meaningless” and “mundane” (paras. 36 and 55 (emphasis deleted)). Those labels, for reasons we have already explained, do not apply to the information collected by a DRA.

[134] Justice Deschamps contends as well that the use of a DRA serves as a substitute for more intrusive investigatory techniques. In her opinion, DRAs can “*enhance* overall territorial privacy” by providing evidence that rules out a suspect before any physical search of the home is conducted (para. 51 (emphasis in original)). With respect, this assertion does not withstand scrutiny for at least three reasons.

[135] First, the constitutionality of a search does not hinge on whether there are even more intrusive search methods the police could have improperly used. Section 8 rights are hollow indeed if a search without warrant may be justified on the grounds that the police could have done worse. As mentioned earlier, the Crown concedes that the police could not have obtained any search warrant at all without the grounds provided by the DRA. If the Crown is wrong in making this concession, there

les habitudes de sommeil, de travail et de déplacements, et vraisemblablement l’utilisation d’équipement médical et d’autres appareils spécialisés (sinon d’appareils courants).

(J. I. Lerner et D. K. Mulligan, « Taking the “Long View” on the Fourth Amendment : Stored Records and the Sanctity of the Home », 2008 *Stan. Tech. L. Rev.* 3, par. 41)

De telles inférences portent sur des détails intimes au sujet du mode de vie d’une personne. Et elles ne sauraient être tirées à partir de données sur la consommation semestrielle totale d’énergie.

[133] L’arrêt *Tessling* n’est guère plus utile au ministère public. Dans cette affaire, la Cour a jugé que les renseignements recueillis au sujet de la distribution de la chaleur grâce au dispositif infrarouge à vision frontale (« FLIR ») étaient de nature « inoffensive » et n’avaient « aucune signification » (par. 55 et 36 (soulignement omis)). Pour les raisons que nous avons déjà exposées, ces qualificatifs ne s’appliquent pas aux données recueillies au moyen de l’AN.

[134] La juge Deschamps affirme également que l’AN remplace d’autres techniques d’enquête plus envahissantes. Selon elle, il se peut que l’emploi de cet appareil « *favorise* en fait le respect général du droit à la vie privée qui a trait aux lieux », car la preuve qu’il fournit permet d’écarter les soupçons pesant sur une personne avant même qu’une perquisition physique soit effectuée dans sa résidence (par. 51 (en italique dans l’original)). Soit dit en toute déférence, cette affirmation ne résiste pas à l’analyse, et ce, pour au moins trois raisons.

[135] Premièrement, on ne saurait conclure à la constitutionnalité d’une fouille ou d’une perquisition du fait qu’il existe des méthodes d’enquête encore plus envahissantes auxquelles la police aurait pu, à tort, avoir recours. En effet, les droits protégés par l’art. 8 seraient vides de tout sens si une perquisition effectuée sans mandat pouvait être justifiée au motif que la police aurait pu faire pire. Comme nous l’avons indiqué plus tôt, le ministère public concède que la police n’aurait

is no excuse at all for conducting a DRA search without a warrant.

[136] Second, we find it unhelpful to compare a DRA search conducted without a warrant to a physical search conducted with a warrant. The issue on this appeal is whether warrants should be required for the use of DRAs in police investigations. Justice Deschamps's reasons may well support the view that a search by DRA pursuant to a warrant is preferable to a physical search of a home. They do not, however, provide grounds for concluding that the police may perform a DRA search without prior judicial authorization.

[137] Finally, it is hardly apparent that the use of DRAs will reduce the total intrusion into a suspect's territorial privacy. The use of a DRA only serves as a substitute for a physical search of a suspect's home *if the police could have obtained a warrant to search the home*. In many cases, the police will not have reasonable grounds to obtain a warrant for a physical search prior to using the DRA. In these cases, the DRA will not serve as a substitute for a physical search — it will instead serve as part of the evidentiary basis for authorizing the physical search. Even where the DRA data does not yield grounds for a physical search, the suspect's total territorial privacy will have suffered by virtue of the DRA search itself.

[138] The remaining issue in determining whether a search occurred is whether the *Regulation* of the *Electric Utilities Act*, S.A. 2003, c. E-5.1, which permits disclosure of certain information to the

pas été en mesure d'obtenir quelque mandat de perquisition que ce soit sans les motifs fondés sur les données recueillies grâce à l'AN. Si le ministre a tort lorsqu'il fait cette concession, il est alors absolument inexcusable qu'il ait procédé sans mandat à une perquisition au moyen d'un AN.

[136] Deuxièmement, nous estimons qu'il n'est pas utile de comparer une perquisition sans mandat effectuée au moyen d'un AN à une perquisition physique avec mandat. La question qu'il faut trancher en l'espèce consiste à déterminer si la police est tenue d'obtenir un mandat avant d'utiliser un AN au cours d'une enquête. Les motifs de la juge Deschamps permettent peut-être d'affirmer qu'une perquisition effectuée au moyen d'un AN et autorisée par un mandat est préférable à une perquisition physique, mais ils ne justifient pas de conclure que la police peut procéder à une perquisition au moyen d'un AN sans autorisation judiciaire préalable.

[137] Enfin, il est loin d'être évident que le recours à un AN permet d'éviter aux suspects toute atteinte à leur droit à la vie privée qui a trait aux lieux. En effet, l'utilisation d'un tel dispositif ne remplace véritablement l'exécution d'une perquisition physique dans la maison du suspect *que dans les cas où la police aurait pu obtenir un mandat de perquisition visant ce lieu*. Dans bien des cas, les policiers ne disposent pas des motifs raisonnables requis pour obtenir un mandat avant d'avoir utilisé l'AN. Dans ces situations, le recours à l'AN ne remplace pas la perquisition physique, mais les données qu'il permet de recueillir font partie des éléments de preuve qui étaient la demande de mandat. Par ailleurs, même lorsque les données enregistrées par l'AN ne fournissent pas de motifs justifiant une perquisition physique, l'intégrité du droit du suspect à la vie privée qui a trait aux lieux aura subi une atteinte du fait même de la perquisition effectuée au moyen de l'AN.

[138] La question qu'il nous reste à trancher pour savoir s'il y a eu une perquisition en l'espèce consiste à déterminer si le Règlement, pris en application de la loi intitulée *Electric Utilities*

police, negates or reduces the objectively reasonable privacy interest the other factors suggest. The argument is essentially that Mr. Gomboc could have requested an exemption from this provision but failed to do so; as a result, he consented to a diminution of his privacy interest and cannot be said to have had a reasonable expectation of privacy in the DRA data.

[139] In our view, a reasonable person would not have concluded that his or her expectation of privacy in activities inside the home was negated because of the *Regulation*. This is not a situation, like *Branch* or *Nolet*, where a reasonable person engaged in the highly regulated fields of securities trading or trucking would be expected to be aware of the relevant legislation. The average consumer signing up for electricity cannot be expected to be aware of the details of a complex regulatory scheme — the vast majority of which applies to the companies providing services, and not to the consumers themselves — which permits the utility company to pass information on electricity usage to the police, especially when a presumption of awareness operates to, in effect, narrow the consumer's constitutional rights.

[140] In addition, if they were made aware of the *Regulation* — something that did not happen in this case — reasonable consumers would likely not read it as permitting the intrusion at issue. They might reasonably suppose that the information passed to police would be information gathered in the normal course of utility operations. However, they would not read the provision as permitting the police to ask the utility company to take special measures, including the installation of new technology such as a DRA, to obtain information the

Act, S.A. 2003, ch. E-5.1, qui permet la communication de certains renseignements à la police, a pour effet d'écarter le droit objectivement raisonnable au respect de la vie privée suggéré par les autres facteurs ou d'en diminuer la portée. L'argument est essentiellement le suivant : comme M. Gomboc aurait pu demander d'être soustrait à l'application de cette disposition et qu'il ne l'a pas fait, il a consenti à une diminution de son droit à la protection de sa vie privée et il ne peut prétendre qu'il avait une attente raisonnable de respect de sa vie privée à l'égard des données recueillies grâce à l'AN.

[139] À notre avis, une personne raisonnable n'aurait pas conclu que le Règlement éliminait son attente en matière de vie privée relativement aux activités se déroulant à l'intérieur de sa maison. La situation n'est pas assimilable à celles qui existaient dans les affaires *Branch* ou *Nolet*, où il était normal de s'attendre qu'une personne raisonnable exerçant dans le secteur très réglementé du commerce des valeurs mobilières ou du camionnage, selon le cas, connaisse les dispositions législatives applicables. On ne peut attendre du consommateur moyen qui s'abonne à un service de distribution d'électricité qu'il connaisse le menu détail d'un régime de réglementation complexe — dont la vaste majorité des dispositions s'appliquent aux entreprises qui fournissent ces services et non aux consommateurs eux-mêmes — qui permet aux entreprises de communiquer à la police des renseignements sur l'utilisation de l'électricité, particulièrement si la présomption de connaissance de ce régime a pour effet de réduire les droits constitutionnels garantis au consommateur.

[140] De plus, même si un consommateur raisonnable était au courant de l'existence du Règlement — ce qui n'était pas le cas en l'espèce — il ne considérerait probablement pas que ce texte autorise le type d'intrusion en cause. Le consommateur pourrait raisonnablement supposer que les renseignements communiqués à la police seraient des renseignements obtenus dans le cours normal des activités de l'entreprise de services publics. Il ne croirait pas que les dispositions pertinentes habilite les forces de l'ordre à demander à l'entreprise

company neither already had nor intended to obtain about what was happening inside their house.

[141] Finally, although the *Regulation* is not a criminal law, the provisions relied upon by the Crown are explicitly criminal rather than regulatory in purpose. In light of all of these differences between this situation and the cases of *Branch* and *Nolet*, we are of the view that the legislation in this case did not render Mr. Gomboc's expectation of privacy unreasonable.

[142] Considering the "totality of the circumstances", a reasonable person would not accept that the type of information at issue — collected for the reasons and in the manner explained — should be freely available to the state without prior authorization. Contrary to Justice Abella's suggestion, our consideration of the reasonable person does not "collapse[] the two branches of the inquiry into a single inquiry into subjectivity" (para. 93). Mr. Gomboc is presumed to have a subjective expectation of privacy within his home. The existence of an obscure regulation that the reasonable person is unlikely to understand does nothing to render Mr. Gomboc's subjective expectation objectively unreasonable. We conclude that the respondent had a reasonable expectation of privacy in the DRA data and that the intrusion and transmittal of the information gleaned thus constituted a search.

B. *Was the Search Reasonable?*

[143] The police had no warrant for the search, rendering it presumptively unreasonable. In order to overcome this presumption, the Crown bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that (1) the search was authorized by law, (2) the law itself is reasonable, and (3) the

de prendre des mesures spéciales — par exemple l'installation d'un nouveau moyen technologique comme l'AN — pour obtenir des renseignements dont celle-ci ne dispose pas déjà et qu'elle n'entendait pas recueillir au sujet de ce qui se passe à l'intérieur de sa maison.

[141] Enfin, bien que le Règlement ne soit pas un texte législatif à caractère pénal, les dispositions invoquées par le ministère public ne visent pas un objectif réglementaire, mais possèdent un caractère pénal explicite. À la lumière de toutes les distinctions relevées entre la présente affaire et les affaires *Branch* et *Nolet*, nous sommes d'avis que, dans le cas qui nous occupe, le texte législatif en cause ne rend pas déraisonnable l'attente de M. Gomboc en matière de vie privée.

[142] Vu l'« ensemble des circonstances », une personne raisonnable n'accepterait pas que le type de renseignements en litige — qui ont été recueillis pour les motifs et de la manière expliqués — puissent être mis librement à la disposition de l'État sans autorisation préalable. Contrairement à ce qu'affirme la juge Abella, notre analyse fondée sur la personne raisonnable n'a pas pour effet de « fusionner les deux étapes de l'évaluation pour en arriver à un seul examen, subjectif » (par. 93). M. Gomboc est présumé avoir une attente subjective quant au respect de sa vie privée chez lui. L'existence d'un obscur règlement, qu'une personne raisonnable ne comprendrait vraisemblablement pas, n'a pas pour effet de rendre objectivement déraisonnable l'attente subjective de M. Gomboc. Nous concluons que l'intimé avait une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des données obtenues au moyen de l'AN, et que l'intrusion commise pour recueillir ces données et leur communication constituaient une perquisition.

B. *La perquisition était-elle abusive?*

[143] Comme les policiers n'avaient pas de mandat de perquisition, la perquisition est présumée abusive. Pour réfuter cette présomption, le ministère public a la charge d'établir, selon la prépondérance des probabilités, (1) que la perquisition était autorisée par la loi, (2) que la loi elle-même n'avait rien

manner in which the search was carried out is reasonable.

[144] In order to demonstrate that the search was authorized by law, the Crown must show common law or legislative authorization. The Crown attempts to show common law authorization by relying upon the ancillary police powers doctrine articulated in *R. v. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). To succeed, the Crown must show that (1) the search “fell within the general scope of the duties of a police officer under statute or common law”, and (2) the “interference with liberty [was] necessary for the carrying out of the particular police duty and [was] reasonable, having regard to the nature of the liberty interfered with and the importance of the public purpose served by the interference”: *Dedman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 2, at p. 35.

[145] Without commenting on whether the first branch of the *Waterfield* test is satisfied, the warrantless use of the DRA in this case fails the second branch of the test. The search was not shown to be reasonably necessary to the police activity, as the police unit in this case has demonstrated by virtue of its general policy of applying for warrants before attaching DRAs to transformers located on private property. This is not a case like *Kang-Brown* where police used a sniffer dog to detect drugs in the bag of a suspicious-looking person at a bus station. A police “stop and search”, by virtue of its exigent nature, provides a more compelling reason for expanding common law police powers than a situation like the present where a warrant can be obtained in a timely fashion with appropriate grounds.

d’abusif et (3) que la perquisition n’a pas été effectuée de manière abusive.

[144] Pour établir que la perquisition était autorisée par la loi, le ministère public doit démontrer l’existence d’une règle de common law ou d’un texte législatif l’autorisant. En l’espèce, le ministère public tente de démontrer que la perquisition était autorisée par la common law en invoquant la théorie des pouvoirs accessoires de la police, qui a été exposée dans l’arrêt *R. c. Waterfield*, [1963] 3 All E.R. 659 (C.C.A.). Pour y arriver, le ministère public doit démontrer (1) que la perquisition entraine « dans le cadre général des devoirs d’un agent de police en vertu de la loi ou de la *common law* » et (2) que l’« atteinte à la liberté [était] nécessaire à l’accomplissement du devoir particulier de la police et elle [était] raisonnable, compte tenu de la nature de la liberté entravée et de l’importance de l’objet public poursuivi par cette atteinte » : *Dedman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 2, p. 35.

[145] Sans nous prononcer sur la conformité de la perquisition avec le premier volet du critère de l’arrêt *Waterfield*, nous concluons que l’utilisation sans mandat de l’AN en l’espèce ne satisfait pas au second volet de ce critère. Il n’a pas été établi que la perquisition était raisonnablement nécessaire à l’accomplissement d’une activité policière, comme en fait foi d’ailleurs la politique générale du service policier concerné qui consiste à obtenir un mandat avant de fixer un AN à un transformateur situé sur une propriété privée. Nous ne sommes pas en présence d’une situation comme celle qui existait dans l’affaire *Kang-Brown*, où les policiers avaient utilisé un chien renifleur pour détecter la présence de drogues dans le sac d’un individu suspect dans une gare d’autobus. Une interpellation suivie d’une fouille — du fait du caractère urgent d’une telle intervention policière — justifie davantage un élargissement des pouvoirs reconnus par la common law aux policiers qu’une situation comme celle qui nous occupe, où il est possible d’obtenir un mandat en temps utile en démontrant l’existence de motifs suffisants.

[146] The Crown argues also that there was legislative authorization for the search, by virtue of the *Regulation*. We do not agree. The *Regulation* permits the disclosure of “customer information”. It may be that “customer information” includes routinely collected consumption rates, thus permitting disclosure of energy usage without a warrant. However, the *Regulation* does not authorize the utility company to operate as an agent for the police for the purpose of spying on consumers. The DRA data that concerns us here was not pre-existing information in an Enmax subscriber’s file. Rather, the police enlisted the company to install the device in order to gather new information about the respondent for the purpose of pursuing an ongoing criminal investigation of which he was the target.

[147] We also note that the relevant section of the *Regulation* (s. 10(3)(f)) is an exception to the general rule of confidentiality set out in s. 10(1), which states:

Neither an owner or a retailer, nor an officer, employee, contractor or agent of an owner or retailer may disclose customer information to any person without the consent of the person that is the subject of the information . . .

As an exception to this general rule, s. 10(3)(f) must be interpreted restrictively. It must also be interpreted in accordance with our constitutional values, notably respect for our privacy, the sanctity of our homes, and security against unreasonable searches or seizures.

[148] Although Enmax might have chosen to collect this data on its customers on its own initiative and for its own purposes, it neither did so nor manifested any intention to do so in this case. The

[146] Le ministère public soutient également que la perquisition était autorisée par la loi, à savoir par le Règlement. Nous ne partageons pas cet avis. Le Règlement permet la communication de [TRADUCTION] « renseignements sur le client ». Il est possible que ce type de renseignements inclue des données sur les taux de consommation recueillies par l’entreprise dans le cours habituel de ses activités, ce qui permettrait la communication sans mandat des renseignements sur la consommation d’électricité. Toutefois, le Règlement n’autorise pas l’entreprise de services publics à espionner ses clients pour le compte de la police. Les données enregistrées par l’AN qui nous intéressent en l’espèce ne sont pas des renseignements qui existent déjà dans les dossiers des abonnés d’Enmax. La police a plutôt mobilisé Enmax pour qu’elle installe ce dispositif afin de recueillir de nouveaux renseignements au sujet de l’intimé dans le cadre d’une enquête criminelle dont il était la cible.

[147] Nous tenons également à souligner que la disposition applicable du Règlement (l’al. 10(3)(f)) est une exception à la règle générale de la confidentialité énoncée en ces termes au par. 10(1) :

[TRADUCTION]

Le propriétaire, le détaillant, l’agent, l’employé, l’entrepreneur ou le mandataire d’un propriétaire ou d’un détaillant ne peuvent communiquer à qui que ce soit des renseignements sur un client sans le consentement de la personne visée par ces renseignements . . .

Comme il constitue une exception à cette règle générale, l’al. 10(3)(f) doit être interprété de façon restrictive. Il doit aussi être interprété conformément à nos valeurs constitutionnelles, notamment celles relatives au respect de la vie privée, à l’inviolabilité du foyer et à la protection contre les fouilles, les saisies et les perquisitions abusives.

[148] Bien que Enmax ait la faculté de décider de recueillir de telles données concernant ses clients de son propre chef et pour ses propres besoins, elle ne l’a pas fait et n’a manifesté aucune intention en

information, we reiterate once more, was gathered in response to a police request for assistance with a criminal investigation. It did not exist prior to the police action. In our view, the regulatory scheme should not be interpreted to authorize police agents to act in a manner forbidden to the police themselves.

[149] Accordingly, we are of the view that the Crown has not demonstrated that the search was authorized by law.

IV. Remedy

[150] For the reasons given, we are satisfied that Mr. Gomboc's rights under s. 8 of the *Charter* were infringed in this case. We now turn to the question of remedy.

[151] Before this Court, the Crown made no submissions under s. 24(2) regarding the issue of exclusion of the evidence obtained. Instead, we have been urged by both the Crown and Mr. Gomboc's counsel to return the file to the trial court for a determination under s. 24(2) of the *Charter*, should we find that the DRA data was acquired by the police in violation of s. 8. This was the order made in the Court of Appeal, since it is common ground that the s. 24(2) issue requires further evidence and argument.

[152] In the result, we would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the Crown's appeal against that judgment to this Court.

ce sens dans le cas qui nous occupe. Les renseignements en question, nous le répétons une fois de plus, ont été recueillis en réponse à une demande d'assistance de la part de la police, pour les besoins d'une enquête criminelle. Ces renseignements n'existaient pas avant l'intervention de la police. À notre avis, le régime de réglementation ne saurait être interprété de façon à permettre à des personnes agissant pour le compte de la police de faire ce que la police elle-même n'est pas autorisée à faire.

[149] Par conséquent, nous sommes d'avis que le ministère public n'a pas démontré que la perquisition était autorisée par la loi.

IV. Réparation

[150] Pour les motifs exposés précédemment, nous sommes convaincus qu'il a été porté atteinte aux droits garantis à M. Gomboc par l'art. 8 de la *Charte*. Nous passons maintenant à la question de la réparation.

[151] Devant la Cour, le ministère public n'a présenté aucune observation, en vertu du par. 24(2), au sujet de l'exclusion des éléments de preuve recueillis. Les avocats du ministère public et de M. Gomboc nous demandent plutôt, si nous concluons que les données enregistrées par l'AN ont été obtenues en contravention de l'art. 8 par les policiers, de renvoyer l'affaire à la juridiction de première instance pour qu'elle statue sur la question touchant le par. 24(2) de la *Charte*. C'est ce que la Cour d'appel avait ordonné, puisqu'il est admis que l'examen de cette question requiert la présentation d'éléments de preuve et d'arguments supplémentaires.

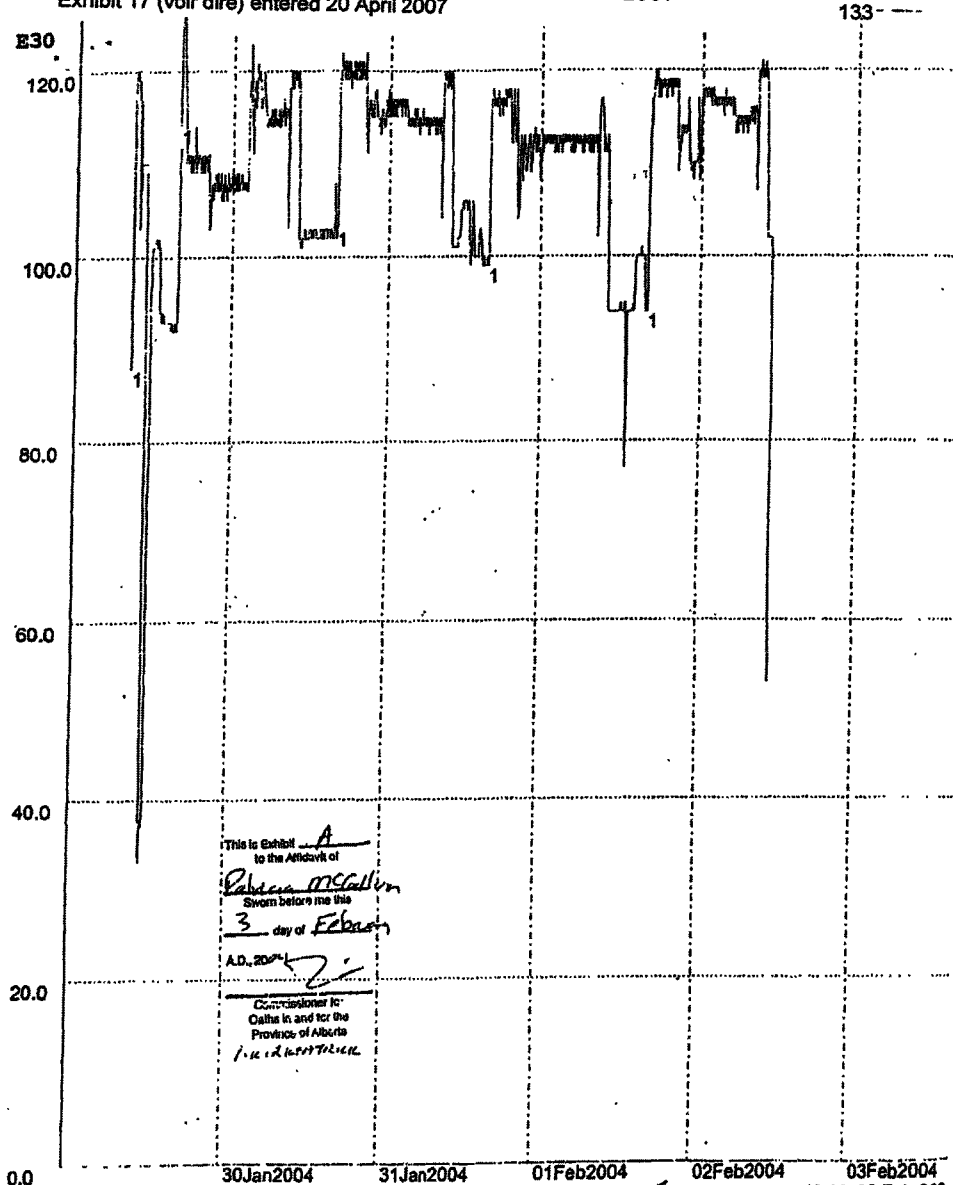
[152] En conséquence, nous sommes d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi formé par le ministère public devant notre Cour à l'encontre de cet arrêt.

APPENDIX

ANNEXE

[TRADUCTION] Graphique de l'AN daté du 3 février 2004
Pièce 17 (voir-dire) déposée le 20 avril 2007

DRA Graph dated 03 February 2004
Exhibit 17 (voir dire) entered 20 April 2007



This is Exhibit A
to the Affidavit of
Robert McCallum
Sworn before me this
3 day of February
A.D., 2004
Commissioner for
Oaths in and for the
Province of Alberta
J. M. D. [Signature]

01:00, 29 Jan 2004
1 = S/N: 243

16362 SOMERCREST STREET S.W.
LoadPlot 2 (C) 1999 Dura Controls Inc., Page 1 of 1

18:10, 03 Feb 2004
[Signature]
12 21 04

Appeal allowed, MCLACHLIN C.J. and FISH J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Stewart & Andrews, Calgary.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Quebec.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Neuberger Rose, Toronto.

Pourvoi accueilli, la juge en chef MCLACHLIN et le juge FISH sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton.

Procureurs de l'intimé : Stewart & Andrews, Calgary.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Neuberger Rose, Toronto.

József Németh and Józsefne Németh (a.k.a. Józsefne Nagy Szidonia) Appellants

v.

Minister of Justice of Canada Respondent
and

Barreau du Québec, Québec Immigration Lawyers Association and Canadian Council for Refugees Intervenors

INDEXED AS: NÉMETH v. CANADA (JUSTICE)

2010 SCC 56

File No.: 33016.

2010: January 13; 2010: November 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender — Convention refugees — Principle of “non-refoulement” — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugees to Republic of Hungary — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugees whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

Extradition — Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice’s refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

József Németh et Józsefne Németh (alias Józsefne Nagy Szidonia) Appelants

c.

Ministre de la Justice du Canada Intimé
et

Barreau du Québec, Association québécoise des avocats et avocates en droit de l’immigration et Conseil canadien pour les réfugiés Intervenants

RÉPERTORIÉ : NÉMETH c. CANADA (JUSTICE)

2010 CSC 56

N° du greffe : 33016.

2010 : 13 janvier; 2010 : 25 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Remise — Réfugié au sens de la Convention — Principe du non-refoulement — Extradition vers la République hongroise de réfugiés au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l’extradition de réfugiés dont la qualité de réfugié n’a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d’ordonner l’extradition? — Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

Extradition — Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d’extradition de réfugiés au sens de la Convention — Motifs prévus par la Loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d’extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l’art. 44(1)(b) de la Loi sur l’extradition, un motif obligatoire de refuser l’extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant aux réfugiés le fardeau de prouver qu’ils seraient persécutés s’ils étaient extradés? — Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)(b).

On arriving in Canada in 2001, the Némeths, a couple of Roma ethnic origin, applied for refugee status for themselves and their children, alleging that acts of violence had been committed against them in their country of origin, Hungary. In 2002, the Némeths and their children were granted refugee status and they later became permanent residents. Years later, Hungary issued an international arrest warrant in respect of a charge of fraud that had been laid against the Némeths and requested Canada to extradite them. The Minister of Justice eventually ordered their surrender for extradition and the decision was upheld on review by the Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the Minister of Justice for reconsideration.

At the heart of the protections accorded to refugees under the 1951 *Convention Relating to the Status of Refugees* (“Refugee Convention”) are the provisions relating to expulsion and return. Article 33 of the Refugee Convention embodies in refugee law the principle of *non-refoulement* which prohibits the direct or indirect removal of refugees to a territory where they run a risk of being subjected to human rights violations. The main legislative vehicle for implementing Canada’s international refugee obligations is the *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”) and the provision specifically directed to fulfilling this obligation in relation to *non-refoulement* is s. 115 which provides that a “protected person”, which includes a refugee, “shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”. The meaning of the words “removed from Canada” in s. 115 when read in context has a specialized meaning in the IRPA that does not include removal by extradition. While it is accepted that protection against *refoulement* under the Refugee Convention applies to expulsion by extradition and where possible statutes should be interpreted in a way which makes their provisions consistent with Canada’s international treaty obligations and principles of international law, the presumption that legislation implements Canada’s international obligations is rebuttable. If the provisions are unambiguous, they must be given effect and since s. 115 does not address removal by extradition, its clear meaning must be given effect. This interpretation of s. 115 does not result in Canadian domestic law failing to respect its *non-refoulement* obligations under the Refugee Convention, as those obligations in the context of extradition are fully satisfied by a correct interpretation and application of s. 44 of the *Extradition Act* (“EA”). Therefore, s. 115 of the IRPA does not conflict with the EA because the

Arrivés au Canada en 2001, les Németh, un couple d’origine ethnique rome, ont demandé le statut de réfugié, pour eux et leurs enfants, alléguant des actes de violence commis à leur endroit dans leur pays d’origine, la Hongrie. En 2002, les Németh et leurs enfants ont obtenu le statut de réfugié et sont plus tard devenus résidents permanents. Des années plus tard, la Hongrie a lancé un mandat d’arrestation international relativement à une accusation de fraude portée contre les Németh et a demandé leur extradition. Le ministre de la Justice a ordonné leur remise et sa décision, portée devant la cour d’appel pour révision judiciaire, a été maintenue.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l’affaire est renvoyée au ministre de la Justice pour réexamen.

Les dispositions de la *Convention relative au Statut des Réfugiés* de 1951 (« Convention relative aux réfugiés ») traitant de l’expulsion et du refoulement forment le noyau de la protection accordée aux réfugiés. L’article 33 de cette Convention donne corps, en droit des réfugiés, au principe du non-refoulement, qui interdit le renvoi direct ou indirect de réfugiés dans des territoires où ils risquent d’être victimes de violations de droits de la personne. Le principal instrument de mise en œuvre des obligations internationales du Canada à l’endroit des réfugiés est la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« LIPR ») et l’art. 115 est la disposition ayant spécifiquement pour objet de remplir cette obligation en matière de non-refoulement. Cet article prévoit que la « personne protégée », qui comprend le réfugié, « [n]e peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ». Interprété dans son contexte, le sens du mot « renvoyée » à l’art. 115 revêt un sens spécialisé et n’englobe pas le renvoi par extradition. Si l’on convient que la protection contre le refoulement aux termes de la Convention relative aux réfugiés s’applique à l’expulsion par extradition, et que les lois doivent, autant que possible, recevoir une interprétation compatible avec les obligations du Canada issues de traités internationaux et avec les principes du droit international, la présomption que la loi met en œuvre les obligations internationales du Canada est réfutable. Lorsque les dispositions législatives ne sont pas ambiguës, il faut leur donner effet et puisque l’art. 115 ne vise pas le renvoi par extradition, il faut donner effet au sens clair de cette disposition. Cette interprétation de l’art. 115 ne fait pas en sorte que notre droit interne ne respecte pas les obligations du Canada en matière de non-refoulement découlant de la Convention relative aux réfugiés. Si l’on interprète et applique correctement l’art. 44 de la *Loi sur l’extradition* (« LE »), ces obligations dans le contexte de l’extradition seront

prohibition on removal from Canada does not apply to extradition.

The absence of a provision in the *EA* expressly addressing the extradition of a person with refugee status does not withhold that power from the Minister of Justice. The “silence” argument is premised on the fact that the *EA* addresses extradition only in the context of a refugee claimant, not a person with refugee status. The position that an earlier finding of refugee status under the *IRPA* is binding on the Minister of Justice under the *EA* until it is ended using the procedures of cessation or revocation under the *IRPA* finds no explicit support in the text of the *IRPA* or the *EA* and is inconsistent with the apparent intention of Parliament. The Minister of Justice was intended to take the lead when a refugee’s rights are implicated in an extradition decision. The Refugee Convention does not bind the contracting states to any particular process for either granting or withdrawing refugee status. Moreover, looking beyond the terms of the Refugee Convention, there are no international law norms to the effect that extradition may only be ordered if a previous finding that a person is a refugee has been formally set aside. Therefore, the Minister of Justice in dealing with an extradition request is not bound by a finding under the *IRPA* that the person sought is a refugee and can surrender that person for extradition even though his or her refugee status has not ceased or been vacated using the procedures provided under the *IRPA*.

The Minister of Justice’s power to surrender someone for extradition under the *EA* is discretionary. However, this discretion to order or to refuse surrender is structured and, in some circumstances, constrained by the other provisions of the statute, the applicable treaty and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Although there are no express references to refugees in the *EA*, it does provide for protections of persons who fear abusive treatment, persecution or torture in the requesting state. The most relevant provision in this regard is s. 44 which sets out mandatory reasons for refusal of surrender. Under s. 44(1) of the *EA*, the Minister must refuse to make a surrender order if satisfied that (a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances; or (b) the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or that the person’s position may be prejudiced for any of those

pleinement respectées. Par conséquent, l’art. 115 de la *LIPR* n’entre pas en conflit avec la *LE* puisque l’interdiction de renvoyer une personne du Canada ne s’applique pas au renvoi par extradition.

L’absence, dans la *LE*, d’une disposition portant expressément sur l’extradition des personnes ayant qualité de réfugié ne retire pas au ministre de la Justice son pouvoir de les extraditer. La prémisse de l’argument du « silence » est que la *LE* ne s’applique qu’aux demandeurs d’asile, non aux personnes ayant qualité de réfugié. La thèse suivant laquelle la reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié sous le régime de la *LIPR* s’impose au ministre de la Justice dans l’application de la *LE* tant que l’asile n’est pas perdu ou révoqué en conformité des dispositions de la *LIPR* ne trouve aucun appui dans le texte de la *LIPR* ou de la *LE* et contredit l’intention évidente du législateur. Le législateur voulait que le ministre de la Justice soit le ministre responsable lorsque les droits d’un réfugié entrent en ligne de compte dans une décision relative à l’extradition. La Convention relative aux réfugiés n’impose aux États contractants aucun processus pour la reconnaissance ou le retrait du statut de réfugié. En outre, au-delà des termes de la Convention relative aux réfugiés, il n’existe aucune norme de droit international suivant laquelle la décision d’extraditer est subordonnée à l’annulation officielle de la reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié. Ainsi, lorsqu’il examine une demande d’extradition, le ministre de la Justice n’est pas lié par la qualité de réfugié reconnue en application de la *LIPR* et il peut extraditer un réfugié même si cette qualité n’a pas été perdue ou annulée conformément aux dispositions de la *LIPR*.

Le pouvoir du ministre de la Justice d’ordonner l’extradition d’une personne en application de la *LE* est discrétionnaire. Toutefois, les autres dispositions de la Loi, le traité applicable et la *Charte canadienne des droits et libertés* encadrent ce pouvoir discrétionnaire d’ordonner ou de refuser l’extradition et, parfois, le limitent. Bien que la *LE* ne renferme aucune mention expresse concernant les réfugiés, elle pourvoit à la protection des personnes qui craignent les mauvais traitements, la persécution et la torture dans l’État requérant. La disposition la plus pertinente à cet égard est l’art. 44, qui énumère des motifs obligatoires de refus de l’extradition. Suivant le par. 44(1) de la *LE*, le ministre doit refuser l’extradition s’il est convaincu a) qu’elle serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ou b) que la demande d’extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l’intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l’origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l’intéressé ou

reasons. These mandatory reasons for refusal of surrender prevail over provisions of an extradition treaty and as the exercise of the Minister's power to surrender implicates the liberty and in some cases the security of the person sought, the Minister owes a duty of fairness both at common law and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. There is thus an overlap between the provisions of s. 44 and the *Charter*. While s. 44(1)(a) is not limited to conduct that would constitute a breach of the *Charter*, it is nonetheless the case that where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive within the meaning of s. 44(1)(a). Furthermore, where extradition is sought for the purpose of persecuting an individual on the basis of a prohibited ground as contemplated by the first branch of s. 44(1)(b), ordering surrender will be contrary to the principles of fundamental justice.

Section 44(1)(b) of the *EA* is Canada's primary legislative vehicle to give effect to its *non-refoulement* obligations when a refugee is sought for extradition. This provision is inspired by the provisions in the *European Convention on Extradition* and the United Nations' *Model Treaty on Extradition* and the similarity of their texts makes clear that the provision was adopted to serve the purpose of protecting against prejudice in the requesting state, particularly when extradition would constitute a violation of the requested state's obligation in relation to *non-refoulement*. Both the English and the French texts of s. 44(1)(b) support the view that it contains two branches and that the "position" of the party is not limited to his or her position in relation to prosecution or punishment. Reading the section as being confined to prejudice in the prosecution or punishment of the refugee would not allow the section to achieve the purpose of giving effect to Canada's obligations with respect to *non-refoulement*. Given the text and purpose of s. 44(1)(b) and the interpretation which has been given to the *European Convention on Extradition* on which it is based, the closing words of s. 44(1)(b) are read broadly as protecting a refugee against *refoulement* which risks prejudice to him or her on the listed grounds in the requesting state whether or not the prejudice is strictly linked to prosecution or punishment.

Section 44(1)(b) must be considered whenever the Minister's surrender decision concerns a person with refugee status in Canada and the requesting state is the one from which the refugee has been granted protection. Refusal of surrender is mandatory if the Minister is satisfied that the conditions which led to conferral of refugee status still exist and it is not shown that the

qu'il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs. Ces motifs obligatoires de refus de l'extradition ont préséance sur les dispositions d'un traité d'extradition. Comme l'exercice du pouvoir du ministre d'ordonner l'extradition met en jeu la liberté et, parfois, la sécurité de l'intéressé, tant la common law que les principes de justice fondamentale énumérés à l'art. 7 de la *Charte* obligent le ministre à agir équitablement. Ainsi, les dispositions de l'art. 44 recouperont celles de la *Charte*. Bien que l'al. 44(1)a) ne soit pas limité aux comportements enfreignant la *Charte*, il n'en reste pas moins que l'extradition effectuée en contravention des principes de justice fondamentale sera aussi injuste ou tyrannique au sens de l'al. 44(1)a). De plus, lorsque la demande d'extradition est faite dans un but de persécution pour un motif interdit, au sens de la première partie de l'al. 44(1)b), y accéder sera contraire aux principes de justice fondamentale.

L'alinéa 44(1)b) de la *LE* constitue le principal instrument législatif de mise en œuvre des obligations de non-refoulement du Canada dans le contexte de demandes d'extradition visant des réfugiés. Cette disposition est inspirée des dispositions de la *Convention européenne d'extradition* et du *Traité type d'extradition des Nations Unies* et la similitude de leurs textes indique clairement que cette disposition a été adoptée pour assurer la protection contre les atteintes dans l'État requérant, en particulier lorsque l'extradition entraînerait la violation des obligations de l'État requis en matière de non-refoulement. Les versions française et anglaise de l'al. 44(1)b) permettent toutes deux d'affirmer que la disposition comporte deux parties et que la « situation » de l'intéressé ne se limite pas à sa situation relativement à la poursuite ou à la peine. Restreindre la portée de cette disposition aux atteintes dans le contexte de poursuites ou de peines ne permettrait pas la réalisation de son objet, soit qu'elle doit donner effet aux obligations du Canada en matière de non-refoulement. Compte tenu du texte et de l'objet de l'al. 44(1)b) ainsi que de la façon dont a été interprétée la *Convention européenne d'extradition* dont il est inspiré, il faut donner une interprétation large à la dernière partie de l'al. 44(1)b) et considérer que cet alinéa protège le réfugié contre le refoulement qui risque de lui porter atteinte pour un motif énuméré dans l'État requérant, que cette atteinte soit ou non strictement liée à la poursuite ou la punition.

Il y a lieu de procéder à l'examen requis par l'al. 44(1)b) lorsque la décision du ministre en matière d'extradition vise une personne ayant qualité de réfugié au Canada et que l'État requérant est le pays à l'égard duquel cette protection a été accordée au réfugié. Le refus d'extradition est obligatoire si le ministre est convaincu que les conditions ayant donné lieu à la reconnaissance de

person sought was or has become ineligible for refugee status. An individual's status as a refugee under the Refugee Convention has a temporal aspect; the status depends on the situation that exists at the time protection is sought. In the same way, the relevant time for assessing entitlement to *non-refoulement* protection is the time removal is sought. The same principle applies to s. 44(1)(b). The question of entitlement to protection against *refoulement* arises at the time surrender is being considered and must be assessed in light of the circumstances at the time. Where a person has been found, according to the processes established by Canadian law, to be a refugee and therefore to have at least a *prima facie* entitlement to protection against *refoulement*, that determination must be given appropriate weight by the Minister in exercising his duty to refuse extradition on the basis of risk of persecution. There should not be a burden on a person who has refugee status to persuade the Minister that the conditions which led to the conferral of refugee protection have not changed. This approach is not only consistent with Canada's domestic law in relation to cessation of refugee protection on the basis of changed circumstances, but with Canada's international undertakings with respect to *non-refoulement* of refugees. This is a more practical and fair approach than placing a burden on refugees to prove current conditions in the country from which they have been absent perhaps for an extended period. The obligations under the Refugee Convention and the analogy to the cessation and revocation provisions under the *IRPA* suggest that, under s. 44(1)(b) of the *EA*, a refugee should not have to establish at the surrender phase that the conditions which led to conferring refugee status, and thus to *non-refoulement* protection, continue to exist. When the Minister acting under the *EA* is in effect determining that refugee protection (and thus *non-refoulement* protection under the Refugee Convention) of a person sought is excluded or is no longer required by virtue of a change of circumstances in the requesting country, he must be satisfied on the balance of probabilities that the person sought is no longer entitled to refugee status in Canada. The Minister of Justice must consult with the Minister of Citizenship and Immigration concerning current conditions in the requesting state in considering whether the person sought is no longer entitled to refugee protection on the basis of changed circumstances. Finally, a duty of fairness applies to the Minister's consideration of the issue under s. 44(1)(b) which includes providing the refugee with the case to meet, providing a reasonable opportunity to challenge that case as well as a reasonable opportunity to present his or her own case.

la qualité de réfugié existent toujours et s'il n'est pas démontré que l'intéressé était ou est devenu inadmissible à revendiquer cette qualité. La qualité de réfugié au sens de la Convention relative aux réfugiés comporte un aspect temporel; elle dépend de la situation existant au moment où la protection est demandée. Le droit à la protection contre le refoulement s'apprécie lui aussi au moment où le renvoi est demandé. Le même principe s'applique à l'al. 44(1)(b). La question du droit à la protection contre le refoulement se pose au moment de l'étude de la demande d'extradition et elle s'examine en fonction des circonstances existant alors. Lorsque la qualité de réfugié et, par voie de conséquence, l'existence à première vue à tout le moins d'un droit à la protection contre le refoulement, ont été reconnues à une personne en application du régime établi en droit canadien, le ministre doit accorder le poids voulu à cette reconnaissance dans l'exécution de son obligation de refuser l'extradition en raison d'un risque de persécution. Un réfugié ne devrait pas avoir à convaincre le ministre que les circonstances ayant présidé à la décision de le protéger n'ont pas changé. Cette position est conforme non seulement au droit canadien régissant la perte du droit d'asile découlant de changements de circonstances, mais également aux engagements internationaux du Canada en matière de non-refoulement des réfugiés. Elle est également plus pratique et plus juste que l'imposition aux réfugiés du fardeau de faire la preuve de la situation existant actuellement dans un pays d'où ils sont absents, peut-être depuis longtemps. Les obligations imposées par la Convention relative aux réfugiés et les dispositions analogues de la *LIPR* relatives à la perte et à la révocation de la protection indiquent que l'al. 44(1)(b) de la *LE* n'oblige pas le réfugié à prouver, à l'étape de l'arrêt d'extradition, que les conditions ayant présidé à l'octroi de l'asile et, conséquemment, à la protection contre le refoulement, continuent d'exister. Lorsque le ministre détermine, sous le régime de la *LE*, que la protection à titre de réfugié (et, conséquemment, la protection contre le refoulement sous le régime de la Convention relative aux réfugiés) est exclue ou qu'elle n'est plus nécessaire par suite d'un changement de circonstances dans le pays requérant, il doit être convaincu, suivant la prépondérance des probabilités, que l'intéressé n'a plus droit à l'asile au Canada. Pour déterminer si l'intéressé a cessé d'avoir droit à l'asile par suite de changement de circonstances, le ministre de la Justice doit consulter le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration au sujet des conditions existant dans l'État requérant. Enfin, dans l'examen requis par l'al. 44(1)(b), le ministre est soumis à une obligation d'équité exigeant notamment qu'il communique à l'intéressé la preuve existant contre lui, qu'il lui fournisse une possibilité raisonnable de la contester ainsi que de présenter sa propre preuve.

In this case, the Minister's approach to the exercise of his powers failed to give sufficient weight or scope to Canada's *non-refoulement* obligations in light of which those powers must be interpreted and applied. The Minister's consideration of the Némeths' case was fundamentally flawed. He focussed exclusively on s. 44(1)(a) of the *EA* in requiring the Némeths to establish, on the balance of probabilities, that they would face persecution on their return to Hungary and that the persecution they face would shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadian society. He imposed too high a threshold for determining whether the Némeths would face persecution on their return and placed the burden of proof on this issue on the Némeths notwithstanding the earlier finding that they were refugees. Further, the Minister failed to address s. 44(1)(b) which is the most relevant provision of the *EA* in relation to their surrender. The Minister applied incorrect legal principles and acted unreasonably in reaching his conclusions.

Cases Cited

Referred to: *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870; *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865; *R. (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920; *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532; *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170; *Hungary (Republic) v. Horvath*, 2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. ix; *United States of America v. Whitley* (1994), 119 D.L.R. (4th) 693, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467; *Pacificador v. Canada (Minister of Justice)* (2002), 166 C.C.C. (3d) 321; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *United States of America v. Pannell*, 2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336; *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481; *United States v. Bonamie*, 2001 ABCA 267, 96 Alta. L.R. (3d) 252; *Pushpanathan*

En l'espèce, le ministre n'a pas accordé, dans l'exercice de ses pouvoirs, suffisamment de poids ou de portée aux obligations de non-refoulement du Canada, lesquelles devaient entrer en ligne de compte dans l'interprétation et l'application de ces pouvoirs. La décision du ministre concernant les Németh procède d'un examen fondamentalement vicié. Il ne s'est arrêté qu'à l'al. 44(1)(a) de la *LE* en exigeant des Németh qu'ils établissent, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils seraient exposés à la persécution à leur retour en Hongrie, et que cette persécution choquerait la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle. Il a examiné suivant un critère trop exigeant la question du risque de persécution des Németh à leur retour et il a fait reposer sur eux le fardeau de preuve à cet égard, en dépit de la reconnaissance antérieure de leur qualité de réfugié. De plus, le ministre n'a pas examiné l'al. 44(1)(b), la disposition la plus importante de la *LE* en rapport avec leur extradition. Le ministre s'est fondé sur des principes juridiques erronés et a agi de façon déraisonnable en arrivant à ses conclusions.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870; *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865; *R. (Yogathas) c. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920; *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532; *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170; *Hungary (Republic) c. Horvath*, 2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169, autorisation d'appel refusée, [2008] 1 R.C.S. ix; *United States of America c. Whitley* (1994), 119 D.L.R. (4th) 693, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467; *Pacificador c. Canada (Minister of Justice)* (2002), 166 C.C.C. (3d) 321; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *United States of America c. Pannell*, 2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336; *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481; *United States c. Bonamie*, 2001 ABCA 267, 96 Alta.

v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1998] 1 S.C.R. 982; *Folkerts v. State-Secretary of Justice* (1978), 74 I.L.R. 472; *Hilali v. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid*, [2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435; *Republic of Croatia v. Snedden*, [2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621; *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680; *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran*, [1988] 1 A.C. 958; *M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290; *Zaoui v. Attorney-General (No. 2)*, [2005] 1 N.Z.L.R. 690; *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 380(1).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, ss. 3(1), 7, 15, 29(1)(a), 40, 44, 45(1), (2), 46, 47.
Extradition Act 1988 (Austr.), No. 4 of 1988, s. 7(c).
Extradition Act 2003 (U.K.), c. 41, s. 13(a), (b).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(b), (3)(d), (f), 4(1), 34, 35, 36, 37, 44(2), 45(d), 48, 53, 95, 96, 98, 105, 108(1), (2), 109, 112, 115, Division 5 of Part I.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, r. 223.
Refugee Protection Division Rules, SOR/2002-228, r. 57(2)(f).

International Documents

Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Arts. 1, 16, 32, 33, 42.
European Convention on Extradition, Eur. T.S. No. 24, Art. 3(2).
Protocol Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 29.
 United Nations. General Assembly. *Model Treaty on Extradition*, U.N. Doc. A/RES/45/116, December 14, 1990, Art. 3(b).

Authors Cited

Aughterson, Edmund Paul. *Extradition: Australian Law and Procedure*. Sydney: Law Book Co., 1995.
 Bassiouni, M. Cherif. *International Extradition: United States Law and Practice*, 5th ed. New York: Oceana, 2007.

L.R. (3d) 252; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Folkerts c. State-Secretary of Justice* (1978), 74 I.L.R. 472; *Hilali c. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid*, [2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435; *Republic of Croatia c. Snedden*, [2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621; *Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680; *R. c. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran*, [1988] 1 A.C. 958; *M38/2002 c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290; *Zaoui c. Attorney-General (No. 2)*, [2005] 1 N.Z.L.R. 690; *Immigration and Naturalization Service c. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 380(1).
Extradition Act 1988 (Austr.), No. 4 of 1988, art. 7(c).
Extradition Act 2003 (U.K.), ch. 41, art. 13a), b).
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6.
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 3(1), 7, 15, 29(1)a), 40, 44, 45(1), (2), 46, 47.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)b), (3)d), f), 4(1), 34, 35, 36, 37, 44(2), 45d), 48, 53, 95, 96, 98, 105, 108(1), (2), 109, 112, 115, section 5 de la partie I.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 223.
Règles de la Section de la protection des réfugiés, DORS/2002-228, art. 57(2)f).

Documents internationaux

Convention européenne d'extradition, S.T.E. n° 24, art. 3(2).
Convention relative au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1, 16, 32, 33, 42.
 Nations Unies. Assemblée générale. *Traité type d'extradition*, N.U. Doc. A/RES/45/116, 14 décembre 1990, art. 3b).
Protocole relatif au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 29.

Doctrine citée

Aughterson, Edmund Paul. *Extradition: Australian Law and Procedure*. Sydney : Law Book Co., 1995.
 Bassiouni, M. Cherif. *International Extradition : United States Law and Practice*, 5th ed. New York : Oceana, 2007.

- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, pp. 10591, 10592 and 10595.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, November 5, 1998, at 17:10 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1&DocId=1039052&File=0>).
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, November 17, 1998, at 11:45 and 12:05 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039054&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1>).
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Sixteenth Report*, November 23, 1998 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031913&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1>).
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, 1st Sess., 36th Parl., March 10, 1999, pp. 60:6 et seq.
- Currie, Robert J. *International & Transnational Criminal Law*. Toronto: Irwin Law, 2010.
- Droegge, Cordula. "Transfers of detainees: legal framework, *non-refoulement* and contemporary challenges" (2008), 90 *Int'l Rev. Red Cross* 669.
- Duffy, Aoife. "Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law" (2008), 20 *Int'l J. Refugee L.* 373.
- Fitzpatrick, Joan, et Rafael Bonoan. "La cessation de la protection de réfugié", dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles: Larcier, 2008, 551.
- Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Jones, Martin and Sasha Baglay. *Refugee Law*. Toronto: Irwin Law, 2007.
- Köfner, Gottfried. Case Abstract (1993), 5 *Int'l J. Refugee L.* 271.
- Lauterpacht, Elihu, et Daniel Bethlehem. "Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement", dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles: Larcier, 2008, 119.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Seizième rapport*, 23 novembre 1998 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031913&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 162, 1^{re} sess., 36^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591, 10592 et 10595.
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 5 novembre 1998, 17:10 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=36&Ses=1&DocId=1039052&File=0&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 17 novembre 1998, 11:45 et 12:05 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039054&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Sénat. Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fasc. n° 60, 1^{re} sess., 36^e lég., 10 mars 1999, p. 60:6 et suiv.
- Currie, Robert J. *International & Transnational Criminal Law*. Toronto : Irwin Law, 2010.
- Droegge, Cordula. « Transfers of detainees : legal framework, *non-refoulement* and contemporary challenges » (2008), 90 *R.I.C.R.* 669.
- Duffy, Aoife. « Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law » (2008), 20 *Int'l J. Refugee L.* 373.
- Fitzpatrick, Joan, et Rafael Bonoan. « La cessation de la protection de réfugié », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles : Larcier, 2008, 551.
- Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. *The Refugee in International Law*, 3rd ed. Oxford : Oxford University Press, 2007.
- Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Note d'orientation sur l'extradition et la protection internationale des réfugiés*. Genève : Le Commissariat, 2008 (en ligne : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/openssl.pdf?reldoc=y&docid=4ab379262>).
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *Problèmes d'extradition concernant les réfugiés*, 16 octobre 1980, n° 17 (XXXI) — 1980 (en ligne : <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c5a10>).

- Nicholls, Clive, Clare Montgomery and Julian B. Knowles. *The Law of Extradition and Mutual Assistance*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Pirjola, Jari. "Shadows in Paradise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept" (2007), 19 *Int'l J. Refugee L.* 639.
- Schabas, William A. "Non-Refoulement", in Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism: Final Report (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and United Nations High Commissioner for Human Rights). Liechtenstein: February 2007 (online: <http://www.osce.org/odihr/24170>).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Swart, Bert. "Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition" (1992), 23 *Neth. Y.B. Int'l Law* 175.
- United Nations. Office on Drugs and Crime. *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, December 6-8, 2002 (online: http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf).
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection*. Geneva: The Commissioner, 2008 (online: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/481ec7d92.html>).
- United Nations High Commissioner for Refugees. *Problems of Extradition Affecting Refugees*, 16 October 1980, No. 17 (XXXI) — 1980 (online: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c4423.html>).
- United Nations High Commissioner for Refugees. "Relevé des conclusions: La cessation du statut de réfugié", dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles: Larcier, 2008, 611.
- United Nations High Commissioner for Refugees. *The Interface Between Extradition and Asylum* (prepared by Sibylle Kapferer). November 2003, PPLA/2003/05 (online: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html>).
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated March 2010, release 21).
- Wouters, Kees. *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture*. Portland, Or.: Intersentia, 2009.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Relevé des conclusions : La cessation du statut de réfugié », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles : Larcier, 2008, 611.
- Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. *The Interface Between Extradition and Asylum* (prepared by Sibylle Kapferer). November 2003, PPLA/2003/05 (en ligne : <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html>).
- Jones, Martin and Sasha Baglay. *Refugee Law*. Toronto : Irwin Law, 2007.
- Köfner, Gottfried. Case Abstract (1993), 5 *Int'l J. Refugee L.* 271.
- Lauterpacht, Elihu, et Daniel Bethlehem. « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international*. Bruxelles : Larcier, 2008, 119.
- Nations Unies. Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters*, December 6-8, 2002 (en ligne : http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf).
- Nicholls, Clive, Clare Montgomery and Julian B. Knowles. *The Law of Extradition and Mutual Assistance*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Pirjola, Jari. « Shadows in Paradise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept » (2007), 19 *Int'l J. Refugee L.* 639.
- Schabas, William A. « Non-Refoulement », in Expert Workshop on Human Rights and International Cooperation in Counter-Terrorism : Final Report (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and United Nations High Commissioner for Human Rights). Liechtenstein : February 2007 (online : <http://www.osce.org/odihr/24170>).
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Swart, Bert. « Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition » (1992), 23 *Neth. Y.B. Int'l Law* 175.
- Waldman, Lorne. *Immigration Law and Practice*, vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated March 2010, release 21).
- Wouters, Kees. *International Legal Standards for the Protection from Refoulement : A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture*. Portland, Or. : Intersentia, 2009.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Rochon and Doyon J.J.A.), 2009 QCCA 99, [2009] R.J.Q. 253, 83 Imm. L.R. (3d) 16, 2009 CarswellQue 8504, [2009] Q.J. No. 271 (QL), dismissing an application for judicial review of a decision by the Minister of Justice of Canada ordering the appellants' surrender. Appeal allowed.

Marie-Hélène Giroux and Clément Monterosso, for the appellants.

Ginette Gobeil and Janet Henchey, for the respondent.

Pierre Poupart and Ronald Prigent, for the interveners Barreau du Québec.

Johanne Doyon, Elaine Doyon and Dan Bohbot, for the interveners the Québec Immigration Lawyers Association.

John Norris and Brydie Bethell, for the interveners the Canadian Council for Refugees.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This appeal requires us to reconcile Canada's competing obligations with respect to extradition and refugee protection. Under international treaties and domestic law, Canada has undertaken not to return refugees to face the persecution they fled. This is known as the principle of *non-refoulement* and it is a cornerstone of refugee protection. Canada also has obligations under treaties and domestic law to extradite persons who are sought by foreign states to face criminal prosecutions or serve sentences. These are important obligations that relate not only to Canada's engagements with other states, but also to the effectiveness of law enforcement. These two obligations in relation to *non-refoulement* and extradition may collide, however, when Canada is faced with a request to extradite refugees to a

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Rochon et Doyon), 2009 QCCA 99, [2009] R.J.Q. 253, 83 Imm. L.R. (3d) 16, 2009 CarswellQue 215, [2009] J.Q. n° 271 (QL), qui a rejeté la demande de révision judiciaire à l'encontre de la décision du ministre de la Justice du Canada ordonnant la remise des appelants. Pourvoi accueilli.

Marie-Hélène Giroux et Clément Monterosso, pour les appelants.

Ginette Gobeil et Janet Henchey, pour l'intimé.

Pierre Poupart et Ronald Prigent, pour l'intervenant le Barreau du Québec.

Johanne Doyon, Elaine Doyon et Dan Bohbot, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

John Norris et Brydie Bethell, pour l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] La Cour doit en l'espèce concilier les obligations concurrentes dont le Canada doit s'acquitter en matière de protection des réfugiés et d'extradition. En application de traités internationaux et de son droit interne, le Canada s'est engagé à ne pas renvoyer les réfugiés vers la persécution qu'ils ont fuie. Ce principe, dit du non-refoulement, est une pièce maîtresse de la protection des réfugiés. Le Canada est également tenu, par traité et par son droit interne, d'extrader à la demande d'autres États des personnes qui doivent y être jugées ou y purger une peine. Il s'agit là d'obligations importantes mettant en jeu non seulement les engagements du Canada envers d'autres États mais également l'efficacité de l'application de la loi. Les obligations en matière d'extradition et de non-refoulement peuvent

state which they fled to avoid persecution. This case is an example.

[2] The appellants came to Canada and were given refugee protection; they persuaded the authorities that they had a well-founded fear of persecution in their native Hungary on the basis of their Roma ethnic origin. Years later, Hungary requested Canada to extradite them and the Minister of Justice eventually ordered their surrender for extradition. His decision was upheld on review by the Quebec Court of Appeal: 2009 QCCA 99, 2009 CarswellQue 8504. The appellants contend on appeal to this Court that, because of Canada's *non-refoulement* obligations, they may not be extradited back to Hungary so long as they retain their refugee status in Canada. The respondent takes the view that the appellants may be extradited in spite of their refugee status because they are charged in Hungary with a serious non-political crime and have failed to establish any continuing risk of persecution upon their return.

[3] The resolution of the appeal requires an interpretation of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 ("EA"), and the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("IRPA"), that reconciles the competing obligations in relation to extradition and *non-refoulement*. I agree with the respondent that, under certain conditions, the appellants may be extradited to their country of origin even though their refugee status under Canadian law has not formally ceased or been revoked. However, my view is that the Minister of Justice ("Minister") did not apply the correct legal principles when he decided to surrender the appellants for extradition. He imposed on them the burden of showing that they would suffer persecution if extradited and by doing so, gave insufficient weight to the appellants' refugee status and to Canada's *non-refoulement* obligations. I would therefore allow the appeal and remit the matter to the Minister of Justice for reconsideration according to law.

toutefois entrer en conflit lorsque le Canada est saisi de demandes d'extradition qui aboutiraient au renvoi de réfugiés vers un État qu'ils ont fui pour éviter la persécution, comme en témoigne la présente affaire.

[2] Les appelants sont arrivés au Canada, où ils ont obtenu asile en tant que réfugiés après avoir convaincu les autorités qu'ils craignaient avec raison d'être persécutés dans leur pays d'origine, la Hongrie, du fait de leur origine ethnique rome. Des années plus tard, la Hongrie a demandé leur extradition, et le ministre de la Justice a fait droit à la demande et ordonné leur remise. Sa décision, portée devant la Cour d'appel du Québec pour révision judiciaire, a été maintenue : 2009 QCCA 99, [2009] R.J.Q. 253. Les appelants soutiennent devant notre Cour qu'en raison des obligations de non-refoulement du Canada, ils ne peuvent être renvoyés en Hongrie tant qu'ils conservent leur qualité de réfugié ici. L'intimé affirme, quant à lui, que la qualité de réfugié des appelants n'empêche pas leur extradition, parce que ceux-ci sont accusés en Hongrie de crimes graves de droit commun et qu'ils n'ont pas fait la preuve qu'ils courent toujours le risque d'y être persécutés à leur retour.

[3] Le présent pourvoi exige l'interprétation de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (« LE »), et de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« LIPR »), d'une façon qui concilie les obligations concurrentes relevant de l'extradition et du non-refoulement. Je conviens avec l'intimé que, sous réserve de certaines conditions, les appelants peuvent être extradés vers leur pays d'origine même si leur qualité de réfugié en application du droit canadien n'a pas été officiellement perdue ou révoquée. J'estime cependant que le ministre de la Justice (« ministre ») n'a pas appliqué les principes juridiques appropriés pour prendre son arrêté d'extradition. En imposant aux appelants le fardeau de démontrer qu'ils seraient persécutés en cas d'extradition, il n'a accordé de poids suffisant ni à la qualité de réfugié des appelants ni aux obligations de non-refoulement du Canada. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au ministre de la Justice pour qu'il la réexamine conformément au droit.

II. Facts and Proceedings

[4] On arriving in Canada in 2001, the appellants, who are a couple, applied for refugee status for themselves and their children, alleging that acts of violence had been committed against them in their country of origin, Hungary. Their application was based on three incidents between 1997 and 2001 in which the male appellant, together on one occasion with the female appellant, was attacked by Hungarian citizens because of their Gypsy ethnic origin. The appellants and their children were granted refugee status and became permanent residents.

[5] Some two years later, Hungary issued an international arrest warrant in respect of a charge of fraud that had been laid against the appellants. The Hungarian authorities allege that in early November 2000, the couple sold the right of lease for premises in Budapest for approximately C\$2,700, despite the fact that they did not possess the right to lease the flat.

[6] The Minister sought an order from the Superior Court of Quebec for the appellants' committal on the Canadian offence of fraud contrary to s. 380(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which corresponds to the conduct alleged against them in Hungary. The committal order was granted and has not been appealed.

[7] The Minister then ordered their surrender. In reaching his decision, he considered the principle of *non-refoulement*, but concluded it did not stand in the way of ordering the appellants' surrender. The Minister noted first that there is an exception to *non-refoulement* with respect to persons who are accused of a serious non-political offence which he noted was defined in the immigration context to be an offence punishable by imprisonment of 10 years or more. Fraud, he noted, is such a crime. He did not, however, address the appellants' contention that, given the amount of the alleged deprivation, the offences alleged against them would not attract a punishment of 10 years in Canada. The Minister then turned to the issue of risk of persecution. He stated his view that persons challenging

II. Les faits et la procédure

[4] Arrivés au Canada en 2001, les appelants, qui forment un couple, ont demandé le statut de réfugié, pour eux et leurs enfants, à la suite d'actes de violence commis à leur endroit dans leur pays d'origine, la Hongrie. Ils invoquent alors trois événements survenus entre 1997 et 2001 au cours desquels l'appelant, accompagné à une occasion de l'appelante, ont été attaqués à cause de leur origine rom par des citoyens hongrois. Les appelants et leurs enfants obtiennent le statut de réfugié et deviennent résidents permanents.

[5] Environ deux ans plus tard, la Hongrie lance un mandat d'arrestation international portant sur une accusation de fraude que les appelants auraient commise. Les autorités hongroises allèguent qu'au début du mois de novembre 2000, le couple a vendu le droit de location d'un appartement à Budapest pour environ 2 700 \$ CAN, alors qu'il ne possédait pas ce droit.

[6] Le ministre a demandé à la Cour supérieure du Québec de rendre une ordonnance d'incarcération fondée sur l'infraction de fraude prévue au par. 380(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, laquelle correspond à la conduite qui leur est reprochée en Hongrie. L'ordonnance a été accordée et n'a pas été portée en appel.

[7] Le Ministre a alors ordonné leur remise. Il a tenu compte de l'obligation de non-refoulement pour rendre sa décision, mais a conclu que cette obligation ne faisait pas obstacle à la remise des appelants. Signalant d'abord que ce principe souffre une exception dans le cas des personnes accusées de crimes graves de droit commun, lesquels sont définis, dans le contexte de l'immigration, comme des infractions punissables d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus, il a indiqué que la fraude entre dans cette catégorie, sans répondre toutefois à l'objection des appelants que, compte tenu du montant en jeu, les infractions qui leur étaient reprochées ne leur vaudraient pas une peine de 10 ans d'emprisonnement au Canada. Passant ensuite à la question du risque de persécution, le

their surrender on the basis that they will be persecuted in the requesting state must establish two things on the balance of probabilities: that the persecution would sufficiently shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadian society *and* that they will in fact be subjected to this persecution. The relevant time for assessing this, he said, is the present, not the time at which refugee status had been granted, in this case, some six years earlier. To assist his consideration of risk the appellants would face if returned to Hungary, the Minister sought and received the views of the Department of Citizenship and Immigration. The advice was to the effect that, following Hungary's accession to the European Union in 2004, there was no serious possibility that the appellants would be subjected in Hungary to persecution on the basis of their Roma origin.

[8] The appellants sought judicial review of this decision in the Quebec Court of Appeal. Doyon J.A., writing for the Court of Appeal, dismissed the joint application for judicial review. In his view, the respondent had jurisdiction to order the surrender of the appellants after having consulted with the Minister of Citizenship and Immigration ("MCI") about this. Doyon J.A. also concluded that the respondent's decision was reasonable:

[TRANSLATION] He could reasonably conclude that the situation in Hungary is such that extradition of the applicants is not oppressive or unjust, does not shock the conscience of Canadians, and is not unacceptable. The opinion of the Minister of Citizenship and Immigration authorized him to conclude that the situation in Hungary has changed since the applicants' departure. Hungary's accession to the European Union in May 2004 is proof that the country has satisfied certain criteria with regard to the stability of its democratic institutions, the rule of law, human rights, and the respect and protection of minorities; it has also had to harmonize its laws and institutions with those of the European Union. The detailed risk analysis sent by the Minister of Citizenship and Immigration permits the assertion that the respondent could reasonably conclude that there is no longer a risk of persecution in Hungary on the basis of racial origin and that these changes indicate that the situation there is completely

ministre a exprimé l'avis que ceux qui contestent leur extradition en invoquant la persécution dans l'État requérant doivent établir deux éléments suivant la prépondérance des probabilités : que la persécution choquerait suffisamment la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle *et* qu'ils seront effectivement persécutés. Il a précisé que l'appréciation de cette preuve devait se faire en fonction de la date à laquelle elle était examinée et non de la date d'octroi de l'asile, six ans plus tôt en l'occurrence. Dans son évaluation du risque de persécution que courraient les appelants s'ils retournaient en Hongrie, le ministre a obtenu l'opinion du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. Selon ce ministre, depuis l'accession de la Hongrie à l'Union européenne en 2004 il n'existait pas de possibilité sérieuse que les appelants soient persécutés en raison de leur origine rome.

[8] Les appelants ont présenté à la Cour d'appel du Québec une demande de révision judiciaire de cette décision. Le juge Doyon, au nom de la Cour d'appel, a rejeté la demande conjointe de révision judiciaire. Il a estimé que l'intimé avait compétence pour ordonner l'extradition des appelants après avoir consulté le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (« MCI ») à ce sujet. Le juge Doyon a conclu de plus que la décision de l'intimé était raisonnable :

Il pouvait raisonnablement conclure que la situation en Hongrie est telle que l'extradition des demandeurs n'est pas tyrannique ou injuste, ne heurte pas la conscience des Canadiens et n'est pas davantage inacceptable. L'avis du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration l'autorisait à conclure que la situation a changé en Hongrie depuis le départ des demandeurs. Ainsi, l'accession de ce pays à l'Union européenne en mai 2004 démontre que la Hongrie a satisfait certains critères dans le domaine de la stabilité des institutions démocratiques, de la primauté du droit, des droits de la personne de même que du respect et de la protection des minorités; elle a également dû harmoniser ses lois et ses institutions à celles de l'Union européenne. L'analyse détaillée du risque transmise par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration permet d'affirmer que l'intimé pouvait raisonnablement conclure qu'il y a maintenant absence de risque sérieux de persécution pour cause d'origine raciale et que de tels changements

different from the situation there about a decade ago. [para. 38]

III. Issues and Standard of Review

[9] The case raises two main issues:

1. Does the Minister have the legal authority to surrender for extradition a refugee whose refugee status has not ceased or been revoked?
2. If so, did the Minister exercise that authority reasonably in this case?

[10] The standard of judicial review is not contentious. The Minister's decision to surrender for extradition should be treated with deference; it will generally be reviewed for reasonableness. However, in order for a decision to be reasonable, it must relate to a matter within the Minister's statutory authority and he must apply the correct legal tests to the issues before him. As LeBel J. said on behalf of the Court in *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761, at para. 41:

[T]he Minister must, in reaching his decision, apply the correct legal test. The Minister's conclusion will not be rational or defensible if he has failed to carry out the proper analysis. If, however, the Minister has identified the proper test, the conclusion he has reached in applying that test should be upheld by a reviewing court unless it is unreasonable. . . . Given the Minister's expertise and his obligation to ensure that Canada complies with its international commitments, he is in the best position to determine whether the factors weigh in favour of or against extradition. [Emphasis added.]

IV. Analysis

A. *Introduction*

[11] The parties advance two competing approaches to the question of how to reconcile Canada's obligations with respect to *non-refoulement* and extradition. The appellants (to put their position in broad terms) submit that the

permettent d'y voir une situation fort différente de celle qui régnait en Hongrie il y a une dizaine d'années. [par. 38]

III. Les questions en litige et la norme de contrôle

[9] L'affaire soulève principalement deux questions :

1. Le ministre est-il légalement habilité à prendre un arrêté d'extradition contre une personne dont la qualité de réfugié n'a pas été perdue ou révoquée?
2. Le cas échéant, a-t-il exercé ce pouvoir de façon raisonnable en l'espèce?

[10] La norme de contrôle applicable n'est pas contestée. La décision ministérielle d'extradition commande la déférence, et elle est généralement examinée suivant la norme de la raisonabilité. Pour être raisonnable, toutefois, une décision doit se rapporter à un objet relevant du pouvoir conféré par la loi au ministre et elle doit procéder de l'application des critères juridiques appropriés aux questions qui lui sont soumises. Comme l'a indiqué le juge LeBel au nom de la Cour dans *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761, au par. 41 :

[L]e ministre doit se prononcer en appliquant la norme juridique appropriée. Sans l'analyse voulue, la conclusion ministérielle n'est ni rationnelle ni justifiable. Or, lorsque le ministre a choisi le bon critère, sa conclusion devrait être confirmée par la cour à moins qu'elle ne soit déraisonnable. [. . .] L'expertise du ministre en la matière et son obligation de veiller au respect des obligations internationales du Canada le rendent plus apte à déterminer si les facteurs pertinents militent ou non en faveur de l'extradition. [Je souligne.]

IV. Analyse

A. *Introduction*

[11] Les parties défendent des conceptions opposées concernant la conciliation des obligations du Canada en matière de non-refoulement et d'extradition. Selon celle des appelants (pour en résumer les grandes lignes), le pouvoir d'extradition

powers to extradite under the *EA* must be read as being subject to the detailed scheme for the treatment of refugees under the *IRPA*. In brief, a person with refugee status cannot be extradited until the refugee status has ceased or been revoked through the processes set out in the *IRPA*. The respondent, on the other hand, submits that the interaction of extradition and *non-refoulement* is addressed mainly through the *EA* and, more particularly, through the mandatory and discretionary bases on which the Minister may refuse surrender of a person sought for extradition.

[12] My analysis will be structured around these two competing approaches. In the next section I will explain why in my view, the appellants' central contention — that the power to surrender for extradition is subject to the refugee process under the *IRPA* — cannot be accepted. In the following section, I will address the respondent's position, which I largely accept, that protection against *refoulement* is addressed in the extradition context by the mandatory and discretionary bars of surrender in the *EA*. I will also explain why, in my view, the Minister applied the wrong legal tests in exercising those powers in this case.

B. *The Minister's Authority to Extradite a Refugee*

[13] The appellants' and supporting interveners' main submission is that, as a matter of statutory interpretation, the Minister dealing with an extradition request is bound by a finding under the *IRPA* that the person sought is a refugee and cannot surrender that person for extradition unless his or her refugee status has ceased or been vacated using the procedures provided for under the *IRPA*. This limitation, the appellants say, must be read into the *EA* for three main reasons. I will refer to these submissions as the "conflict" argument, the "silence" argument and the "fair process" argument. The first two will be addressed here and the third in the next section of my reasons.

prévu par la *LE* doit être considéré comme subordonné au régime précis établi par la *LIPR* pour le traitement des réfugiés. En bref, un réfugié ne peut être extradé que si sa qualité de réfugié a été perdue ou révoquée en application de la *LIPR*. L'intimé soutient quant à lui que c'est principalement la *LE* qui fournit les réponses aux difficultés posées par l'interaction de l'extradition et du non-refoulement et, plus particulièrement, les motifs obligatoires ou discrétionnaires pouvant fonder la décision du ministre de refuser une demande d'extradition.

[12] Mon analyse s'articulera autour de ces deux positions opposées. Dans la section qui suit, j'expliquerai d'abord pourquoi l'argument principal des appelants — à savoir que le pouvoir d'extradition est subordonné au régime de protection des réfugiés établi par la *LIPR* — ne saurait à mon avis être retenu. Dans la section suivante, j'examinerai ensuite la position des intimés, à laquelle j'adhère en grande partie, selon laquelle le principe protecteur du non-refoulement s'analyse, dans le contexte de l'extradition, en fonction des motifs obligatoires ou discrétionnaires de refus d'extradition énoncés dans la *LE*. J'expliquerai également pourquoi, à mon avis, le ministre n'a pas appliqué les critères juridiques appropriés en exerçant ses pouvoirs en l'espèce.

B. *Les pouvoirs du ministre en matière d'extradition de réfugiés*

[13] Les appelants, et les intervenants qui les appuient, soutiennent principalement que, suivant les principes d'interprétation des lois, la qualité de réfugié reconnue en application de la *LIPR* lie le ministre de la Justice et que celui-ci ne peut extradier un réfugié à moins que cette qualité ait été perdue ou annulée conformément aux dispositions de la *LIPR*. Selon eux, trois raisons principales fondent l'inclusion par interprétation de cette restriction dans la *LE*. Les deux premières, que je qualifierai d'argument du « conflit » et d'argument du « silence », seront examinées dans la présente section de mes motifs, et la troisième, celle de l'« équité procédurale » sera traitée dans la section suivante.

(1) The Conflict Argument

[14] The first submission is that the Minister's powers under the *EA* should be interpreted as not applying to refugees in order to avoid a conflict between the provisions of the *EA* and the *IRPA*. This submission is supported by the principle of statutory interpretation which presumes harmony, coherence, and consistency between statutes dealing with the same subject matter: *R. v. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867, at paras. 30 and 52; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 223-25.

[15] The supposed conflict is between the *non-refoulement* provision (s. 115) of the *IRPA* and the Minister's powers of surrender under the *EA*. Section 115 of the *IRPA* provides that a "protected person", which includes a refugee, "shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution". The general powers of the Minister to surrender a person for extradition under the *EA* have no express limitation or exception relating to refugees. Thus, it is argued that the statutes conflict because the *IRPA* prohibits removal of a refugee to a place he or she will face persecution while the *EA* permits the Minister to do so by means of surrendering the person for extradition. The appellants' position is that this conflict should be avoided by interpreting the Minister's power of surrender under the *EA* as being subject to a requirement that a refugee may only be surrendered to the country he or she fled if the refugee's status has ceased or been revoked by means of the processes set out in the *IRPA*.

[16] In my view, there is no conflict between the *IRPA* and the *EA* because the prohibition on removal from Canada under s. 115 of the *IRPA* does not apply to extradition. Before turning to my reasons for reaching that conclusion, it will be helpful to place the issue in the broader context of refugee protection in Canada.

[17] Canada has ratified the 1951 *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 ("Refugee Convention"), as well as the 1967

(1) L'argument du conflit

[14] Selon le premier argument, il faut, pour éviter qu'il y ait conflit entre les dispositions de la *LE* et de la *LIPR*, que les pouvoirs conférés au ministre par la *LE* soient tenus pour inapplicables aux réfugiés. Cet argument est fondé sur le principe d'interprétation présumant l'harmonie, la cohérence et l'uniformité entre les lois traitant d'une même matière : *R. c. Ulybel Enterprises Ltd.*, 2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867, par. 30 et 52; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 223-225.

[15] Le présumé conflit intervient entre la disposition de la *LIPR* relative au non-refoulement (art. 115) et le pouvoir d'extradition conféré au ministre par la *LE*. Suivant l'article 115 de la *LIPR*, la « personne protégée », qui comprend le réfugié, « [n]e peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution ». Le pouvoir général d'extradition que la *LE* confère au ministre ne contient aucune restriction ou exception visant les réfugiés. On prétend qu'il y a un conflit de lois du fait que la *LIPR* interdit le renvoi d'un réfugié dans un pays où il risque la persécution tandis que la *LE* permet au ministre de procéder à un tel renvoi par l'extradition. Selon eux, il faut éviter ce conflit en subordonnant par interprétation l'exercice du pouvoir d'extradition conféré par la *LE* à l'exigence que la remise d'un réfugié à l'État qu'il a fui ne puisse s'opérer que si la qualité de réfugié a été perdue ou révoquée en application de la *LIPR*.

[16] La *LIPR* et la *LE* ne sont pas en conflit à mon avis, car l'interdiction de renvoi formulée à l'art. 115 de la *LIPR* ne s'applique pas à l'extradition. Avant d'exposer les raisons fondant cette conclusion, j'estime utile de placer la question dans le contexte plus large de la protection des réfugiés au Canada.

[17] Le Canada a ratifié la *Convention relative au Statut des Réfugiés*, R.T. Can. 1969 n^o 6, de 1951 (« Convention relative aux réfugiés ») ainsi que le

Protocol Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 29. The Refugee Convention defines “refugee” and sets out a series of obligations to them on the part of contracting states. While the Refugee Convention applied only to events occurring before January 1, 1951 (Article 1A(2)) and, at the option of the contracting party, only to events occurring in Europe, the state parties to the 1967 Protocol agreed to eliminate this temporal and geographical limitation on the Refugee Convention’s operation, with certain exceptions not relevant here (Article 1). Thus, under the Refugee Convention and the Protocol, the definition of refugee includes “any person who . . . owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country” (Refugee Convention, Article 1A(2)).

[18] At the heart of the protections accorded to refugees under the Refugee Convention are the provisions relating to expulsion and return. Most relevant to the appeal is Article 33 which addresses the return of refugees to places where they may face persecution. This article embodies in refugee law the principle of *non-refoulement* which has been described as the cornerstone of the international refugee protection regime: United Nations High Commissioner for Refugees, *Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection* (April 2008). Underlining the centrality of this provision is the fact that, by virtue of Article 42 of the Refugee Convention, ratifying states may not make reservations to the *non-refoulement* protections afforded by Article 33.

[19] Stated in broad and general terms, the principle of *non-refoulement* prohibits the direct or indirect removal of refugees to a territory where they run a risk of being subjected to human rights violations. The object of the principle is the prevention of

Protocole relatif au Statut des Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 29, de 1967. La Convention relative aux réfugiés définit « réfugié », et elle énonce une série d’obligations des États contractants envers les réfugiés. L’application de cette Convention est limitée à des événements survenus avant le 1^{er} janvier 1951 (par. A(2) de l’article premier) et, au gré de chaque État contractant, à des événements survenus en Europe. Toutefois, les États parties au Protocole de 1967 ont accepté de lever, à quelques exceptions près non pertinentes en l’espèce, cette restriction temporelle et géographique à l’application de la Convention relative aux réfugiés (article premier). Ainsi, aux termes de cette Convention et du Protocole, la définition de réfugié englobe « toute personne [. . .] [q]ui [. . .] craignant avec raison d’être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays » (Convention relative aux réfugiés, par. A(2) de l’article premier).

[18] Les dispositions de la Convention relative aux réfugiés traitant de l’expulsion et du refoulement forment le noyau de la protection accordée aux réfugiés. La disposition la plus pertinente en l’occurrence est l’art. 33 portant sur le refoulement des réfugiés vers des endroits où ils risquent la persécution. Cet article donne corps, en droit des réfugiés, au principe du non-refoulement, considéré comme la pierre angulaire du régime international de protection des réfugiés : Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Note d’orientation sur l’extradition et la protection internationale des réfugiés* (avril 2008). L’article 42 de la Convention relative aux réfugiés souligne le caractère essentiel de cette disposition, en énonçant que les États ayant ratifié la Convention ne peuvent formuler de réserves au sujet de la protection contre le refoulement prévue à l’art. 33.

[19] Formulé en termes larges et généraux, le principe de non-refoulement interdit le renvoi direct ou indirect de réfugiés dans des territoires où ils risquent d’être victimes de violations de droits de la personne. Ce principe vise à prévenir de telles

human rights violations and it is prospective in scope: Kees Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement: A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture* (2009), at p. 25. The principle of *non-refoulement* has been enlarged beyond its application to refugees by modern international human rights law, but it is its scope in relation to the Refugee Convention that is pertinent to this appeal: William A. Schabas, “Non-Refoulement”, in Expert Workshop on Human Rights and International Co-operation in Counter-Terrorism: Final Report (2007), 20, at p. 23.

[20] Article 33 of the Refugee Convention provides:

ARTICLE 33

Prohibition of Expulsion or Return (“Refoulement”)

1. No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.
2. The benefit of the present provision may not, however, be claimed by a refugee whom there are reasonable grounds for regarding as a danger to the security of the country in which he is, or who, having been convicted by a final judgment of a particularly serious crime, constitutes a danger to the community of that country.

[21] The main legislative vehicle for implementing Canada’s international refugee obligations is the *IRPA*. Among the statute’s stated objectives is fulfilling Canada’s international legal obligations with respect to refugees: s. 3(2)(b). The *IRPA* provides that it is to be construed and applied in a manner that ensures that decisions taken under it are consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and comply with international human rights instruments to which Canada is signatory: s. 3(3)(d) and (f). The statute expressly incorporates certain provisions of the Refugee Convention.

violations et il a une portée prospective : Kees Wouters, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement : A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture* (2009), p. 25. En droit international moderne des droits de la personne, l’application de ce principe s’est élargie au-delà de la catégorie des réfugiés mais, pour les besoins du présent pourvoi, c’est sa portée au sens de la Convention relative aux réfugiés qui est pertinente : William A. Schabas, « Non-Refoulement », Expert Workshop on Human Rights and International Co-operation in Counter-Terrorism : Final Report (2007), 20, p. 23.

[20] Voici le texte de l’art. 33 de la Convention relative aux réfugiés :

ARTICLE 33

Défense d’Expulsion et de Refoulement

1. Aucun des États Contractants n’expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté seraient menacées en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques.
2. Le bénéfice de la présente disposition ne pourra toutefois être invoqué par un réfugié qu’il y aura des raisons sérieuses de considérer comme un danger pour la sécurité du pays où il se trouve ou qui, ayant été l’objet d’une condamnation définitive pour un crime ou délit particulièrement grave, constitue une menace pour la communauté dudit pays.

[21] Le principal instrument de mise en œuvre des obligations internationales du Canada à l’endroit des réfugiés est la *LIPR*. C’est d’ailleurs l’un des objets déclarés de cette loi : al. 3(2)b). La *LIPR* prévoit que son interprétation et sa mise en œuvre doivent avoir pour effet d’assurer que les décisions prises sous son régime sont conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et aux instruments internationaux portant sur les droits de l’homme dont le Canada est signataire : al. 3(3)d) et f). La *LIPR* incorpore expressément certaines dispositions de la Convention relative aux réfugiés. Sous

With some exceptions, the MCI is responsible for the administration of the Act: s. 4(1).

[22] That brings me to the provision in the *IRPA* on which the appellants rely heavily, s. 115. It is a statutory expression of the principle of *non-refoulement* providing that a protected person (which, by virtue of s. 95(2) includes a person on whom refugee protection is conferred) “shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion”. The full provision reads:

Principle of Non-refoulement

115. (1) A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

[23] Section 115 is directed to fulfilling Canada’s obligations under the Refugee Convention in relation to *non-refoulement* and there is, accordingly, a close correspondence between it and the relevant provisions of the Refugee Convention. The grounds on which removal is prohibited in s. 115(1) (i.e., risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or a risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment) closely parallel those in Article 33 (life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality,

réserve de quelques exceptions, le MCI est chargé de l’application de la Loi : par. 4(1).

[22] Cela m’amène à la disposition de la *LIPR* qui tient une grande place dans l’argumentation des appelants, l’art. 115. Cet article est la reformulation légale du principe de non-refoulement, et il porte qu’une personne protégée (qui, suivant le par. 95(2) comprend une personne à qui l’asile est conféré) « [n]e peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques ». Voici le texte complet de cette disposition :

Principe du non-refoulement

115. (1) Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’il constitue pour la sécurité du Canada.

[23] L’article 115 ayant pour objet de remplir les obligations que la Convention relative aux réfugiés impose au Canada en matière de non-refoulement, il existe une correspondance étroite entre ses dispositions et celles de la Convention en cette matière. Les motifs interdisant le renvoi au par. 115(1) (c.-à-d. le risque de persécution du fait de la race, de la religion, de la nationalité, de l’appartenance à un groupe social ou des opinions politiques ou le risque de torture ou de traitements ou peines cruels et inusités) s’apparentent beaucoup à ceux qu’énumère l’art. 33 de la Convention (menace à la vie ou

membership of a particular social group or political opinion). The exceptions to the application of s. 115(1) as set out in s. 115(2) (serious criminality, danger to the public, violating human rights or danger to Canada's security) closely follow the exclusions from the definition of refugee in Article 1F of the Refugee Convention (war crime, crime against humanity, serious non-political crime) and the grounds for expulsion of refugees provided for in Article 32 (national security or public order).

[24] I return, then, to the contention that s. 115, and particularly the phrase "shall not be removed from Canada", prohibits extradition of a refugee. The submission is that the plain meaning of the words includes removal by extradition, that this interpretation is necessary to implement Canada's obligations under the Refugee Convention; and that the judgment of the Court in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, supports this view. The respondent, on the other hand, submits that "removal" is a term of art under the *IRPA* and applies only to removal orders made under that Act.

[25] For the following reasons, I agree with the respondent.

(a) *Ordinary Meaning*

[26] The appellants emphasize the ordinary meaning of the words "removed from Canada" in s. 115(1) and that extradition is a form of "removal". I agree, of course, that the ordinary meaning of these words is broad enough to include removal by any means including extradition. However, according to the often repeated "modern principle" of statutory interpretation, the words used in the *IRPA* must be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002]

à la liberté en raison de la race, de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques). Les exceptions à l'application du par. 115(1) énoncées au par. 115(2) (grande criminalité, danger pour le public, atteinte aux droits humains ou danger pour la sécurité du Canada) suivent de près les exclusions du statut de réfugié énoncées à la section F de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés (crime de guerre, crime contre l'humanité, crime grave de droit commun) et les motifs d'expulsion des réfugiés prévus à l'art. 32 (sécurité nationale ou ordre public).

[24] Je reviens donc à l'argument voulant que l'art. 115 et, plus particulièrement, les mots « [n]e peut être renvoyée » interdisent l'extradition de réfugiés. On affirme que le sens ordinaire de ces mots inclue l'extradition, que cette interprétation est nécessaire à la mise en œuvre des obligations du Canada sous le régime de la Convention relative aux réfugiés et que l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, de notre Cour étaye cette opinion. L'intimé soutient pour sa part que, dans la *LIPR*, la notion de « renvoi » est d'ordre technique, et qu'elle ne vise que les mesures de renvoi prises en application de cette loi.

[25] Pour les motifs exposés ci-dessous, je donne raison à l'intimé.

a) *Sens ordinaire*

[26] Les appelants mettent l'accent sur le sens ordinaire du mot « renvoyée » au par. 115(1) et soutiennent que l'extradition est une forme de « renvoi ». Il est certain que le sens ordinaire de ces mots est assez large pour englober tout type de renvoi, y compris l'extradition. Toutefois, suivant le « principe moderne » d'interprétation des lois maintes fois répété, les termes de la *LIPR* doivent s'interpréter dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S.

2 S.C.R. 559, at para. 26. When this is done, it becomes clear in my view that the term “removed” has a specialized meaning in the *IRPA* and that it does not include removal by extradition.

[27] Section 115 must be considered in the context of the other provisions of the statute which also deal with the subject of removal. Division 5 of Part I of the *IRPA* addresses “Loss of Status and Removal”. The term “removal” is used in connection with the term “removal order” which is a specific order authorized by the *IRPA* in particular circumstances set out in detail therein: see, e.g., ss. 44(2), 45(d) and 48. “Removed” and “removal”, therefore, are words used in relation to particular procedures under the *IRPA*. This view is reinforced by the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-277. Section 53 of the *IRPA* provides that the regulations made under the *IRPA* may include provisions respecting “the circumstances in which a removal order shall be made or confirmed against a permanent resident or a foreign national”: s. 53(b). Part 13 of the Regulations, addresses removal. Section 223 specifies that there are three types of removal orders: departure orders, exclusion orders and deportation orders. Surrender orders under the *EA* are not included. The linking of removal to these three types of orders further reinforces the view that the words “removed” and “removal” refer to particular processes under the *IRPA*.

[28] This view is also supported by the terms of s. 115 itself. Section 115(1) provides that a protected person may not be “removed from Canada” to face persecution, risk of torture or cruel and unusual punishment. However, s. 115(2) creates exceptions to this prohibition in relation to persons who are inadmissible on certain grounds. Under s. 115(2)(a), protection against removal in s. 115(1) does not apply in the case of a person who is inadmissible on grounds of serious criminality and who in the opinion of the MCI constitutes a danger to the public. Inadmissibility on the grounds of serious criminality is addressed under s. 36 of the *IRPA*. Under s. 115(2)(b), the protection does not apply to persons inadmissible on grounds of security, violating human or international rights

559, par. 26. Lorsque l’on procède ainsi, il devient clair, à mon avis, que le mot « renvoyée », dans la *LIPR*, revêt un sens spécialisé et qu’il n’englobe pas le renvoi par extradition.

[27] Il faut examiner l’art. 115 dans le contexte des autres dispositions de la Loi qui traitent aussi du renvoi. La section 5 de la partie I de la *LIPR* porte sur la « Perte de statut et [le] renvoi ». Le mot « renvoi » y est employé en rapport avec la « mesure de renvoi », une mesure particulière autorisée par la *LIPR* dans des circonstances déterminées qui sont définies de façon détaillée : voir, p. ex., le par. 44(2), l’al. 45d) et l’art. 48. Les termes « renvoyée » et « renvoi » sont donc employés en relation avec des procédures particulières établies par la *LIPR*, ce que confirme le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227. L’article 53 de la *LIPR* énonce que les règlements d’application de la Loi peuvent notamment régir « les cas de prise ou de maintien des mesures de renvoi » : al. 53b). La partie 13 du Règlement traite du renvoi. L’article 223 du Règlement précise que les mesures de renvoi sont de trois types : l’interdiction de séjour, l’exclusion et l’expulsion. L’arrêt d’extradition pris en vertu de la *LE* n’y est pas mentionné. Le lien établi entre le renvoi et ces trois types de mesure renforce l’opinion que les mots « renvoyée » et « renvoi » concernent des procédures particulières prévues par la *LIPR*.

[28] L’article 115 lui-même renforce cette conclusion. Le paragraphe 115(1) énonce que la personne protégée ne peut être « renvoyée » dans un pays où elle risque la persécution, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités. Le paragraphe 115(2) crée cependant des exceptions à cette interdiction à l’égard de personnes interdites de territoire pour certains motifs. Aux termes de l’al. 115(2)a), la protection contre le renvoi visée au par. 115(1) ne s’applique pas à l’interdit de territoire pour grande criminalité qui, selon le MCI, constitue un danger pour le public. L’interdiction de territoire pour grande criminalité est traitée à l’art. 36 de la *LIPR*. L’alinéa 115(2)b) prévoit que l’interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou

or organized criminality if, in the opinion of the MCI, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada. Inadmissibility on the grounds of security, human rights violations and organized criminality are dealt with in the *IRPA*: ss. 34, 35 and 37. Thus, s. 115 deals with inadmissibility as defined under the *IRPA* and calls for the exercise of discretion by the MCI in relation to the danger of the person remaining in Canada. This, in my view, grounds the section in the processes of determining inadmissibility and ordering removal under the *IRPA*. It does not address extradition.

[29] It is also worth noting that while s. 115 of the *IRPA* does not refer to extradition, it is mentioned elsewhere in the *IRPA*. So, as we shall see shortly, s. 105 of the *IRPA* deals explicitly with certain aspects of the interaction of extradition proceedings and refugee claims and s. 112(2)(a) of the *IRPA* precludes persons from applying for protection under s. 112(1) when they have been ordered removed from Canada and have extradition proceedings pending against them. The *IRPA*, therefore, in certain instances expressly deals with the interplay between extradition and the refugee and the removal process. The fact that it does supports an inference that when Parliament intended to address that interplay, it did so expressly. There is, as noted, no express provision in the *IRPA* dealing with the extradition of refugees.

[30] Finally on this point, the time limits for the Minister's surrender decision under the *EA* make it unlikely that Parliament intended to require him to await an application by the MCI under the *IRPA* for revocation or cessation of refugee status before being able to surrender a refugee. Sections 40(1) and (5)(b) of the *EA* require the Minister to order surrender, if he so decides, within 90 days after the person's committal, with the possibility of a 60-day extension when the person has made submissions. These timelines are unrealistically short to allow the Minister to request the MCI to apply to the Refugee Protection Division for cessation or

pour criminalité organisée, ne peut se prévaloir de la protection contre le renvoi si, de l'opinion du MCI, il ne devrait pas être présent au Canada en raison de la nature et de la gravité de ses actes passés ou du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada. Les articles 34, 35 et 37 régissent l'interdiction de territoire pour ces motifs. L'article 115 traite donc de l'interdiction de territoire telle qu'elle est définie par la *LIPR* et nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ministériel relativement à l'appréciation du danger posé par le maintien de l'intéressé au Canada. Cette disposition est de ce fait ancrée dans le processus d'appréciation applicable en matière d'interdiction de territoire et de renvoi sous le régime de la *LIPR*. Elle ne concerne pas l'extradition.

[29] Il faut signaler aussi que l'extradition, si elle n'est pas mentionnée à l'art. 115 de la *LIPR*, l'est ailleurs dans la Loi. Ainsi, comme nous le verrons sous peu, l'art. 105 de la *LIPR* porte explicitement sur certains aspects de l'interaction entre la procédure d'extradition et les demandes d'asile, et l'al. 112(2)a) de la *LIPR* interdit aux personnes visées par une mesure de renvoi de demander la protection prévue au par. 112(1) si elles font l'objet d'une procédure d'extradition. On voit donc que, dans certains cas, il y a dans la *LIPR* une interaction explicite entre l'extradition et le processus de protection des réfugiés ou de renvoi, ce qui permet d'inférer que, lorsqu'il a voulu traiter de cette interaction, le législateur l'a fait expressément. Comme on l'a vu, la *LIPR* ne renferme aucune disposition traitant expressément de l'extradition de réfugiés.

[30] Dernier point sur cette question, il est improbable, compte tenu des délais applicables aux décisions du ministre en matière d'extradition, que le législateur ait voulu que ces décisions soient subordonnées à des demandes du MCI visant la perte ou la révocation du statut de réfugié en application de la *LIPR*. Suivant le par. 40(1) et l'al. 40(5)b) de la *LE*, l'arrêté d'extradition est pris dans les 90 jours suivant l'ordonnance d'incarcération, délai qui peut être prorogé de 60 jours sur présentation d'observations par l'intéressé. Il n'est pas réaliste de penser que, dans des délais aussi courts, le ministre pourrait, préalablement à l'exercice de son pouvoir

revocation of a person's refugee status and for that process to run its course as a precondition for the exercise of the Minister's surrender powers.

[31] To conclude on this point, my view is that when s. 115 is read in context, it is clear that the words "removed from Canada" in s. 115(1) refer to the removal processes under the *IRPA*, not to surrender for extradition under the *EA*. There is, therefore, no conflict between the two statutes.

(b) *Canada's International Obligations*

[32] The appellants submit that as s. 115 is addressed to the issue of *non-refoulement* it should be interpreted in a way that is consistent with Canada's *non-refoulement* obligations under the Refugee Convention. That obligation under Article 33 is not to "expel or return (*refouler*) a refugee" and it is now widely accepted that this obligation applies to removal by way of extradition. It follows, the submission goes, that "removal" in the *IRPA* should receive the same broad interpretation. Only this interpretation, it is argued, is consistent with Canada's obligations in relation to *non-refoulement* under the Refugee Convention. While I agree with the principle on which this submission is based, I do not agree that it applies here.

[33] I accept that protection against *refoulement* under the Refugee Convention applies to expulsion by extradition. Admittedly, the Refugee Convention does not explicitly say so and a number of states in 1951 were of the view that it did not apply to extradition. However, this restrictive view is not consistent with the wording of the Refugee Convention or its obvious human rights purpose and this limited view is no longer generally accepted. The wording of the protection — "No Contracting State shall expel or return (*refouler*) a refugee in any manner whatsoever" — is so broad that it must include return by means of extradition and the commentators are unanimous in

d'extradition, requérir du MCI qu'il demande à la Section de la protection des réfugiés de révoquer le statut de réfugié ou d'en constater la perte et attendre l'issue du processus.

[31] En conclusion sur cette question, j'estime qu'il ressort indubitablement de l'interprétation contextuelle de l'art. 115 que le mot « renvoyée », au par. 115(1) vise le processus de renvoi sous le régime de la *LIPR* et non le renvoi pour extradition sous le régime de la *LE*. Il n'y a donc pas conflit entre les deux lois.

b) *Les obligations internationales du Canada*

[32] Les appelants soutiennent que, puisque l'art. 115 porte sur le principe de non-refoulement, il faut lui donner une interprétation compatible avec l'obligation que la Convention relative aux réfugiés impose au Canada. Selon cette obligation énoncée à l'art. 33, aucun des États contractants « n'expulsera ou ne refoulera [. . .] un réfugié », et l'on considère généralement, à présent, qu'elle s'applique au renvoi par extradition. Il s'ensuit, selon les appelants, que les dispositions de la *LIPR* en matière de « renvoi » doivent être pareillement interprétées de façon large. Seule cette interprétation serait compatible avec l'obligation de non-refoulement que la Convention relative aux réfugiés impose au Canada. Bien que je souscrive au principe fondant cet argument, je ne crois pas qu'il soit applicable en l'espèce.

[33] Je conviens que la protection contre le refoulement aux termes de la Convention relative aux réfugiés s'applique à l'expulsion par extradition. Certes, cela n'est pas expressément prévu dans cette Convention et, en 1951, un certain nombre d'États ont considéré que la protection ne s'appliquait pas en cas d'extradition. Cette vision restrictive n'est cependant pas compatible avec le texte de cette Convention ni avec la protection des droits humains qui en constitue l'objet évident, et ce n'est plus la vision qui prévaut actuellement. Le libellé de la protection — « [a]ucun des États Contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié » — est si large

the view that it does: Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3rd ed. 2007), at pp. 257-62; Wouters, at p. 136; Sibylle Kapferer, United Nations High Commissioner for Refugees, *The Interface between Extradition and Asylum*, November 2003; Elihu Lauterpacht and Daniel Bethlehem, "Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement" in Erika Feller, Volker Türk and Frances Nicholson, eds., *La protection des réfugiés en droit international* (2008), 119, at pp. 144-45; United Nations High Commissioner for Refugees, *Problems of Extradition Affecting Refugees*, 16 October 1980, No. 17 (XXXI) — 1980; Cordula Droège, "Transfers of detainees: legal framework, non-refoulement and contemporary challenges" (2008), 90 *Int'l Rev. Red Cross* 669, at p. 677.

[34] I also accept, of course, that, where possible, statutes should be interpreted in a way which makes their provisions consistent with Canada's international treaty obligations and principles of international law. As LeBel J. noted in *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, at para. 53, it is presumed that the legislature acts in compliance with Canada's obligations as a signatory of international treaties and as a member of the international community as well as in conformity with the values and principles of customary and conventional international law: see also, for example, *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at pp. 409-10; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 137; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 70; and *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269, at para. 50.

[35] The presumption that legislation implements Canada's international obligations is rebuttable. If the provisions are unambiguous, they must be given effect: see, e.g., *Schreiber*, at para. 50. As I have discussed at length earlier, s. 115 does not address removal by extradition and so its clear meaning must be given effect. Moreover, I do not accept that this interpretation of s. 115 results in Canadian domestic law failing to respect its *non-refoulement* obligations under the Refugee Convention. My view is

qu'il ne peut qu'inclure le refoulement par extradition, et les auteurs s'accordent tous pour dire qu'il est inclus : Guy S. Goodwin-Gill et Jane McAdam, *The Refugee in International Law* (3^e éd. 2007), p. 257-262; Wouters, p. 136; Sibylle Kapferer, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *The Interface between Extradition and Asylum*, novembre 2003; Elihu Lauterpacht et Daniel Bethlehem, « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., *La protection des réfugiés en droit international* (2008), 119, p. 144-145; Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, *Problèmes d'extradition concernant les réfugiés*, 16 octobre 1980, n° 17 (XXXI) — 1980; Cordula Droège, « Transfers of detainees : legal framework, non-refoulement and contemporary challenges » (2008), 90 *R.I.C.R.* 669, p. 677.

[34] Je reconnais aussi, bien sûr, que les lois doivent, autant que possible, recevoir une interprétation compatible avec les obligations du Canada issues de traités internationaux et avec les principes du droit international. Comme le juge LeBel l'a indiqué dans l'arrêt *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au par. 53, le législateur est présumé agir conformément aux obligations du Canada en tant que signataire de traités internationaux et membre de la communauté internationale et respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier et conventionnel : voir aussi, p. ex., *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, p. 409-410; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 137; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 70, et *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269, par. 50.

[35] La présomption que la loi met en œuvre les obligations internationales du Canada est réfutable. Lorsque les dispositions législatives ne sont pas ambiguës, il faut leur donner effet : voir notamment *Schreiber*, par. 50. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'art. 115 ne vise pas le renvoi par extradition; il faut donc donner effet au sens clair de cette disposition. De plus, je ne saurais considérer que cette interprétation de l'art. 115 fait en sorte que notre droit interne ne respecte pas les obligations du

that those obligations in the context of extradition are fully satisfied by a correct interpretation and application of s. 44 of the *EA*, as I will explain in the next section of my reasons.

[36] To sum up, my view is that s. 115 cannot and need not be interpreted as applying to removal by extradition.

(c) *Suresh*

[37] It is submitted that *Suresh*, at para. 7, supports the position that s. 115 prohibits extradition of a refugee. Respectfully, however, my view is that *Suresh* does not provide support for this view.

[38] *Suresh* was concerned with deportation of a refugee on security grounds; it had nothing to do with extradition. Deportation, unlike extradition, is one of the forms of removal provided for in the *IRPA* Regulations. In para. 7 of the reasons in *Suresh*, which is the first paragraph of the section headed “Facts and Judicial Proceedings”, there is a brief reference to s. 53(1) of the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, the predecessor provision of the present s. 115 of the *IRPA*. The Court stated: “Recognition as a Convention refugee has a number of legal consequences; the one most directly relevant to this appeal is that, under s. 53(1) of the *Immigration Act*, generally the government may not return (*refouler*) a Convention refugee ‘to a country where the person’s life or freedom would be threatened’” (para. 7). While the Court used the word “return” instead of the statutory word “remove”, I do not consider this brief description of *non-refoulement*, which I note starts with the word “generally”, as helpful authority about how the relevant section of the *IRPA* relates to extradition.

[39] I conclude that s. 115 of the *IRPA* does not address removal by extradition. There is, therefore, no conflict between this provision and the

Canada en matière de non-refoulement découlant de la Convention relative aux réfugiés. Selon moi, si l’on interprète et applique correctement l’art. 44 de la *LE*, ces obligations dans le contexte de l’extradition seront pleinement respectées, comme je l’expliquerai dans la prochaine section de mes motifs.

[36] En résumé, il n’est ni possible ni nécessaire de considérer que l’art. 115 s’applique par interprétation au renvoi par extradition.

c) *Suresh*

[37] On invoque l’arrêt *Suresh*, au par. 7, à l’appui de l’argument selon lequel l’art. 115 interdit l’extradition d’un réfugié. J’estime toutefois que l’arrêt *Suresh* ne saurait étayer leur position.

[38] Cet arrêt concerne l’expulsion d’un réfugié pour des motifs tenant à la sécurité; il n’a rien à voir avec l’extradition. Contrairement à l’extradition, l’expulsion est une forme de renvoi prévue au RIPR. Au paragraphe 7 de *Suresh*, qui ouvre la section intitulée « Les faits et les procédures judiciaires », il est brièvement question du par. 53(1) de la *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, la disposition qui correspondait à notre art. 115 de la *LIPR*. La Cour a déclaré : « Cette reconnaissance [du statut de réfugié] a un certain nombre de conséquences juridiques, la plus directement pertinente en l’espèce étant que, suivant le par. 53(1) de la *Loi sur l’immigration*, l’État ne peut généralement pas renvoyer un réfugié au sens de la Convention “dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées” » (par. 7). Bien que, dans la version anglaise de ses motifs, la Cour ait employé le mot « *return* » plutôt que le mot « *remove* » utilisé dans la Loi, je ne considère pas que cette brève description du non-refoulement qui, je le signale, débute par le mot « généralement », constitue un énoncé jurisprudentiel utile pour ce qui est du rapport entre la disposition applicable de la *LIPR* et l’extradition.

[39] Je conclus donc que l’art. 115 de la *LIPR* ne vise pas le renvoi par extradition. Cette disposition n’est donc pas en conflit avec les dispositions de la

provisions of the *EA* authorizing the Minister to surrender a refugee for extradition. I reject the conflict argument.

(2) The “Silence” Argument

[40] The *EA* expressly addresses extradition of a refugee *claimant* (see s. 40(2)) but it is silent in relation to extradition of a person with refugee *status*. On this foundation, the appellants erect their silence argument: the absence of a provision in the *EA* expressly addressing the extradition of a person with refugee status should be understood as withholding that power from the Minister. This view is reinforced, according to the submissions, by two other considerations. First, claims for refugee status are determined by specialized processes and decision-makers under the *IRPA*; the powers of the Minister under the *EA* should therefore not be interpreted to allow him in effect to usurp the jurisdiction of these specialized processes and decision-makers. Second, the suspension of refugee proceedings when extradition proceedings are initiated, as provided for in s. 105 of the *IRPA*, does not apply to all extraditable offences. The suspension applies only to extradition proceedings in relation to offences punishable by 10 years or more of imprisonment. Thus, the legislative intent is to leave in place the normal refugee process for persons sought with respect to less serious offences. This, it is argued, supports the view that suspension is the exception and the general rule is that the refugee process remains in place for individuals not falling within that exception. The appellants, as persons who have previously been accorded refugee protection, do not fall within the exception and therefore are not subject to removal except in accordance with the provisions of the *IRPA*.

[41] As noted earlier, I accept the two principles underlying these submissions: *non-refoulement* protection under the Refugee Convention applies to expulsion by extradition and that our domestic laws are presumed to comply with our international obligations. I do not agree, however, that applying these principles in this case leads where the appellants

LE habitant le ministre à remettre un réfugié pour extradition. L’argument relatif au conflit est rejeté.

(2) L’argument du « silence »

[40] La *LE* mentionne expressément l’extradition des *demandeurs* d’asile (voir le par. 40(2)), mais non l’extradition de ceux qui *l’ont obtenu*. C’est ce qui fonde l’argument du silence invoqué par les appelants, selon lequel l’absence, dans la *LE*, d’une disposition portant expressément sur l’extradition des personnes ayant qualité de réfugié signifie que le ministre n’a pas le pouvoir de les extraditer. Cette position est étayée, selon eux, par deux autres considérations. Premièrement, les demandes d’asile sont tranchées par des décideurs spécialisés, à l’issue d’un processus particulier établi par la *LIPR*. Les pouvoirs que la *LE* confère au ministre ne doivent donc pas être interprétés de façon à lui permettre d’usurper la compétence afférente à ce processus dont sont investis ces décideurs. Deuxièmement, le sursis que l’introduction d’instances d’extradition opère sur les affaires de protection de réfugiés en vertu de l’art. 105 de la *LIPR* ne s’applique pas à toutes les infractions pouvant donner lieu à une extradition; il ne s’applique qu’aux instances d’extradition relatives à des infractions punissables d’une peine d’emprisonnement d’au moins 10 ans. Le législateur a donc l’intention de laisser le processus de protection de réfugiés suivre son cours lorsque des infractions moins graves sont en cause. Selon les appelants, cette intention permet d’affirmer que le sursis constitue une mesure d’exception et que la règle générale veut que le processus de protection continue de s’appliquer aux personnes non visées par l’exception. Les appelants, qui ont déjà obtenu protection en qualité de réfugié, ne sont pas visés par l’exception et ils ne peuvent donc faire l’objet d’un renvoi autrement que sous le régime de la *LIPR*.

[41] Je répète ici que je considère valides les deux principes fondant ces arguments : la protection contre le refoulement que prévoit la Convention relative aux réfugiés s’applique à l’expulsion par extradition, et notre droit interne est présumé conforme à nos obligations internationales. Je ne saurais toutefois admettre que l’application de ces principes en

would take us. In my view, the *IRPA* does not and was not intended to implement Canada's international obligations against *refoulement* in the context of expulsion by extradition. That role, as I will explain in the next section of my reasons, is assigned to s. 44 of the *EA*.

[42] The "silence" argument is premised on the fact that the *EA* addresses extradition only in the context of a refugee claimant, not a person with refugee status. However, applying the same reasoning to the *IRPA*, one notes that the *IRPA* itself expressly deals with extradition in only two contexts, ss. 112 and 105, neither of which relates to extradition of a refugee. In both contexts, the legislative intent is to give primacy to the extradition proceedings.

[43] Extradition is referred to in s. 112 of the *IRPA*. That provision deals with applications for protection by those subject to removal orders. Section 112(2)(a) provides that persons may not apply for such protection if they are the subject of an authority to proceed under the *EA*.

[44] Another context in which extradition is mentioned in the *IRPA* is in s. 105 dealing with the extradition of persons with pending refugee claims. The section provides that the Refugee Protection Division and the Refugee Appeal Division cannot commence and must suspend consideration of any matter concerning a person against whom an authority to proceed has been issued under s. 15 of the *EA* with respect to certain offences, namely those punishable under federal law by at least 10 years' imprisonment. The suspension lasts until a final decision under the *EA* with respect to the discharge or surrender of the person has been made. If the person is discharged at the extradition proceedings, the refugee proceedings may be commenced or continued: s. 105(2). If the person is ordered surrendered for an offence punishable by a term of imprisonment of at least 10 years, the order of surrender is deemed to be a rejection of the claim for refugee protection based on section F(b) of Article 1 (serious non-political crime) of the Refugee Convention: s. 105(3). The deemed rejection may

l'espèce nous amène là où le voudraient les appellants. À mon avis, la *LIPR* n'a pas été conçue dans le but de mettre en œuvre en contexte d'extradition les obligations internationales de non-refoulement du Canada, et elle n'a pas cet effet. Cette fonction est, comme on le verra dans la prochaine section de mes motifs, dévolue à l'art. 44 de la *LE*.

[42] La prémisse de l'argument du « silence » est que la *LE* ne s'applique qu'aux demandeurs d'asile, non aux personnes ayant qualité de réfugié. Si l'on applique le même raisonnement à la *LIPR*, toutefois, l'on constate que la *LIPR* elle-même ne traite expressément de l'extradition que dans deux contextes, soit les art. 112 et 105, dont aucun ne concerne l'extradition de réfugiés et qui témoignent tous deux de l'intention du législateur de donner préséance à la procédure d'extradition.

[43] La *LIPR* mentionne l'extradition à l'art. 112, qui concerne les demandes de protection de personnes visées par des mesures de renvoi. Selon l'alinéa 112(2)a), les personnes visées par un arrêté introductif d'instance pris au titre de la *LE* ne sont pas admises à demander la protection.

[44] L'article 105 de la *LIPR* forme un autre contexte où l'extradition est mentionnée dans cette loi; il traite de l'extradition des personnes dont la demande d'asile est en instance. Selon cet article, la Section de la protection des réfugiés et la Section d'appel des réfugiés ne peuvent ni entreprendre ni poursuivre l'étude d'une affaire si l'intéressé est visé par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'art. 15 de la *LE* à l'égard de certaines infractions, à savoir les infractions punissables, aux termes d'une loi fédérale, d'un emprisonnement d'une durée maximale égale ou supérieure à 10 ans. Le sursis opère tant qu'il n'a pas été statué en dernier ressort sur la demande d'extradition. Si l'intéressé est remis en liberté à l'issue de la procédure d'extradition, la demande de protection peut se poursuivre ou être introduite : par. 105(2). Si un arrêté d'extradition est pris pour une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans, il est assimilé au rejet de la demande d'asile fondé sur l'al. Fb) de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés (crime grave de

not be appealed and a person who has not made a claim for refugee status before the order of surrender was made may not do so thereafter: ss. 105(4) and (5).

[45] These provisions address only those *seeking* refugee status; not those who already have been granted refugee protection. Further, the provisions do not apply in the case of all offences for which extradition may be ordered. As we shall see, extradition may be ordered if the conduct with respect to which extradition is sought, had it occurred in Canada, would have constituted an offence that is punishable by a term of imprisonment of two years or more (or as specified in the extradition agreement): s. 3(1) of the *EA* (I put aside the special provision in relation to specific agreements in s. 3(1)(b)(i)). However, the suspension of proceedings before the Refugee Protection Division, as set out in s. 105 of the *IRPA*, applies only if extradition is sought with respect to conduct which under Canadian law is punishable by imprisonment of 10 years or more: s. 105(1). Presumably, this is to permit the suspension provisions to apply only to those excluded from refugee status under the serious crime exception set out in section F of Article 1 of the Refugee Convention. Thus, for these purposes Canada has defined “serious crimes” as those punishable by 10 years or more of imprisonment and has decided that if there is sufficient evidence to warrant committal in extradition proceedings, the “serious reasons for considering” test under the Refugee Convention in relation to serious non-political crimes has been met.

[46] These suspension provisions were added to the *IRPA* as consequential amendments when the *EA* was enacted in 1999. Their purpose was explained by Departmental officials testifying before Parliamentary committees. Resort to this material is appropriate where, as here, it is relevant and reliable and provided it is used with caution

droit commun) : par. 105(3). Le rejet dans ce cas n'est pas susceptible d'appel et la personne qui n'a pas demandé l'asile avant la date de l'arrêté d'extradition ne peut le demander après cette date : par. 105(4) et (5).

[45] Ces dispositions ne concernent que les personnes qui *demandent* asile, non celles dont la qualité de réfugié a déjà été reconnue. De plus, les dispositions ne s'appliquent pas dans le cas de toutes les infractions pouvant donner lieu à un arrêté d'extradition. Comme on le verra, un arrêté d'extradition peut être pris si la conduite visée par la demande d'extradition aurait constitué, si elle avait eu lieu au Canada, une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus (ou de la peine prévue par l'accord) : par. 3(1) de la *LE* (je fais abstraction de la disposition particulière relative aux accords spécifiques énoncée au sous-al. 3(1)(b)(i)). Toutefois, le sursis prévu à l'art. 105 de la *LIPR* à l'égard des instances devant la Section de la protection des réfugiés ne s'applique que si l'extradition est demandée au sujet d'une conduite punissable, aux termes d'une loi canadienne, d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans : par. 105(1). On peut présumer que cette condition a pour but de restreindre l'application des dispositions relatives au sursis aux personnes qui sont exclues de la définition de réfugié en vertu de l'exception de crime grave énoncée à la section F de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés. Ainsi, le Canada a déterminé dans ce cas qu'est un « crime grave » le crime punissable d'une peine d'emprisonnement de 10 ans ou plus, et que le critère des « raisons sérieuses de penser » prévu par cette Convention à l'égard des crimes graves de droit commun est rempli lorsqu'il existe une preuve suffisante justifiant l'incarcération dans le cadre d'une demande d'extradition.

[46] Ces dispositions en matière de sursis sont des modifications corrélatives qui ont été ajoutées à la *LIPR* lors de l'adoption de la *LE* en 1999. Les représentants ministériels qui ont témoigné devant les comités parlementaires en ont expliqué l'objet. On peut valablement recourir à de telles explications, lorsqu'elles sont, comme en l'espèce,

and not given undue weight: Sullivan, at pp. 609-14; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at para. 17; *Castillo v. Castillo*, 2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870, at para. 23; *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865, at paras. 57-59.

[47] The amendments sought to harmonize the extradition and refugee recognition processes and to entrust to the Minister of Justice the ultimate decision about the extradition of a person claiming refugee status: see, for example, testimony of Jacques Lemire, Senior Counsel, International Assistance Group, Department of Justice, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 60, 1st Sess., 36th Parl., March 10, 1999, at pp. 60:6 *et seq.*; testimony of Gerry Van Kessel (Director General, Refugees, Department of Citizenship and Immigration, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights* (November 17, 1998). As Mr. Van Kessel put it during his testimony:

... the basic question we believe we face is how to deal with persons who are facing extradition and make refugee claims. At the present time they are separate processes.

. . .

Bill C-40 [which became the 1999 *Extradition Act*] changes will legislate the rules for the interaction between the extradition process and the refugee determination process for the first time.

. . .

Bill C-40 also says protection [i.e. of refugees] remains an issue and a concern that the Minister of Justice needs to deal with, and that is also dealt with in Bill C-40. The choice made there is that the Minister of Justice, before making a final decision on extradition or surrender order, shall refuse to make a surrender if the refugee definition applies In a sense, what has really changed here is who the decision-maker is. [Emphasis added; at 11:45 and 12:05.]

pertinentes et fiables, à la condition de faire preuve de prudence et de ne pas leur accorder un poids exagéré : Sullivan, p. 609-614; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, par. 17; *Castillo c. Castillo*, 2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870, par. 23; *Canada 3000 Inc. (Re)*, 2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865, par. 57-59.

[47] Les modifications visaient à harmoniser les processus d'extradition et de reconnaissance de la qualité de réfugié et à confier au ministre de la Justice le pouvoir décisionnel final à l'égard de l'extradition des demandeurs d'asile : voir, notamment, le témoignage de Jacques Lemire, avocat-conseil, Groupe d'entraide internationale, ministère de la Justice, *Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fasc. n° 60, 1^{re} sess., 36^e lég., 10 mars 1999, p. 60:6 *et suiv.*; et celui de Gerry Van Kessel, directeur général, Réfugiés, ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, *Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne* (17 novembre 1998). Comme l'a indiqué M. Van Kessel au cours de son témoignage :

... le problème fondamental auquel nous sommes confrontés est celui des personnes qui attendent l'extradition et qui réclament le statut de réfugié. Il s'agit, à l'heure actuelle, de deux procédures distinctes.

. . .

Les amendements au projet de loi C-40 [devenu la *Loi sur l'extradition* en 1999] imposeront, pour la première fois, par voie législative les règles d'interaction entre le processus d'extradition et le processus de détermination du statut de réfugié.

. . .

Le projet de loi C-40 ajoute toutefois que la protection [des réfugiés] reste une question dont le ministère de la Justice devra tenir compte. Ainsi, il prévoit que le ministère de la Justice, avant de décider d'extrader ou non, refuse d'ordonner l'extradition si la définition de réfugié s'applique [. . .] En fait, c'est le décideur qui a changé. [Je souligne; 11:45 et 12:05.]

[48] This evidence is consistent with the text and scheme of the *EA* and the *IRPA*: the Minister of Justice was intended to take the lead when a refugee's rights are implicated in an extradition decision. In addition, the reference in the evidence to the Minister's *duty to refuse* surrender "if the refugee definition applies" clearly refers to s. 44 of the *EA*, not to s. 115 of the *IRPA*. I will come back to this point.

[49] The appellants and interveners submit, in effect, that the earlier finding of refugee status under the *IRPA* is binding on the Minister under the *EA* until it is ended using the procedures of cessation or revocation under the *IRPA*. This position, as I have discussed earlier, finds no explicit support in the text of the *IRPA* or the *EA* and is inconsistent with the apparent intention of Parliament. Moreover, this "binding effect" argument is not well supported by international law principles.

[50] Under the Refugee Convention, refugee status depends on the circumstances at the time the inquiry is made; it is not dependent on formal findings. As one author puts it, "it is one's de facto circumstances, not the official validation of those circumstances, that gives rise to Convention refugee status": James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), at pp. 158 and 278. It follows that the rights flowing from the individual's situation as a refugee are temporal in the sense that they exist while the risk exists but end when the risk has ended. Thus, like other obligations under the Refugee Convention, the duty of *non-refoulement* is "entirely a function of the existence of a risk of being persecuted [and] it does not compel a state to allow a refugee to remain in its territory if and when that risk has ended": Hathaway, at p. 302; *R. (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, per Lord Scott of Foscote, at para. 106. The relevant time for assessment of risk is at the time of proposed removal: Hathaway, at p. 920; Wouters, at p. 99. This temporal understanding of refugee status under the Refugee Convention does not support the "binding effect"

[48] Ce témoignage concorde avec le texte et avec l'esprit de la *LE* et de la *LIPR* : le législateur voulait que le ministre de la Justice soit le ministre responsable lorsque les droits d'un réfugié entrent en ligne de compte dans une décision relative à l'extradition. En outre — et je reviendrai sur ce point — la mention, dans le témoignage susmentionné, de l'*obligation* du ministre de *refuser* d'ordonner l'extradition « si la définition de réfugié s'applique » renvoie clairement à l'art. 44 de la *LE*, non à l'art. 115 de la *LIPR*.

[49] Les appelants et les intervenants soutiennent, en fait, que la reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié sous le régime de la *LIPR* s'impose au ministre dans l'application de la *LE* tant que l'asile n'est pas perdu ou révoqué en conformité des dispositions de la *LIPR*. Je le répète, ni le texte de la *LIPR* ou de la *LE* ni l'intention évidente du législateur n'autorisent une telle affirmation. De plus, l'argument de « l'effet obligatoire » ne trouve pas appui dans les principes de droit international.

[50] Le statut de réfugié au sens de la Convention dépend, aux termes de cet instrument, de la situation existant au moment de l'examen, non de conclusions officielles. Comme l'a expliqué un auteur, [TRADUCTION] « c'est la situation factuelle relative à la personne, non la reconnaissance officielle de cette situation, qui est la source du statut de réfugié au sens de la Convention » : James C. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (2005), p. 158 et 278. Il s'ensuit que les droits découlant de la situation de réfugié sont temporels au sens où leur existence est liée à celle du risque et prend fin lorsque le risque disparaît. Ainsi, comme d'autres obligations imposées par la Convention relative aux réfugiés, l'obligation de *non-refoulement* est donc [TRADUCTION] « entièrement fonction de l'existence d'un risque de persécution [et] elle ne contraint pas un État à permettre à un réfugié de demeurer dans son territoire lorsque le risque a cessé » : Hathaway, p. 302; *R. (Yogathas) c. Secretary of State for the Home Department*, [2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920, Lord Scott of Foscote, par. 106. L'appréciation du risque s'effectue au moment du renvoi envisagé : Hathaway, p. 920; Wouters, p. 99. La nature temporelle de la

approach to earlier formal findings of refugee status.

[51] In addition, to the extent that this “binding effect” argument is based on the need for a particular procedural approach, that position is not supported by Canada’s obligations under the Refugee Convention. The Refugee Convention does not contain specific procedural provisions. While it does provide that refugees shall have free access to the courts (Article 16) and due process in relation to expulsion decisions (Article 32), it does not bind the contracting states to any particular process for either granting or withdrawing refugee status. Thus, Canada’s international undertaking with respect to *non-refoulement* does not commit it to any particular procedural scheme for its application in extradition matters.

[52] Moreover, looking beyond the terms of the Refugee Convention, I have not found any international law norm to the effect that extradition may only be ordered if a previous finding that a person is a refugee has been formally set aside. So far as I have been able to determine, state practices on this point vary considerably. Kapferer notes that, in some countries, recognition of refugee status by the asylum (refugee) authorities is binding on those dealing with extradition requests. She also notes, however, that this is not the case in other states (paras. 273-77): see also M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* (5th ed. 2007), at p. 193; E. P. Aughterson, *Extradition: Australian Law and Procedure* (1995), at pp. 35-36. Similarly, the United Nations High Commissioner for Refugees in *Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection*, at para. 53 acknowledges that in some countries, the extradition authorities are not bound by a previous formal conferral of refugee status by the immigration or asylum authorities. It seems that this is not problematic from an international law point of view, provided that the extradition authorities give due weight to the obligation of *non-refoulement* by fairly examining the question of whether the risk

notion de réfugié au sens de la Convention ne permet pas de faire valoir l’argument que des conclusions officielles antérieures en matière de protection des réfugiés ont un « effet obligatoire ».

[51] En outre, dans la mesure où cet argument d’un « effet obligatoire » fait intervenir la nécessité d’une démarche procédurale particulière, il ne trouve pas appui dans les obligations du Canada sous le régime de la Convention relative aux réfugiés. Celle-ci ne renferme pas de disposition particulière d’ordre procédural. Même si elle prévoit que les réfugiés ont libre accès aux tribunaux (art. 16) et que les décisions d’expulsion se prennent en conformité du principe de l’application régulière de la loi (art. 32), elle n’impose aux États contractants aucun processus pour la reconnaissance ou le retrait du statut de réfugié. L’engagement international du Canada relatif au non-refoulement ne l’assujettit donc pas à un régime procédural particulier en matière d’extradition.

[52] Au-delà des termes de la Convention relative aux réfugiés, je n’ai trouvé aucune norme de droit international suivant laquelle la décision d’extrader est subordonnée à l’annulation officielle de la reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié. Autant que je sache, les pratiques des États diffèrent substantiellement sur ce point. Kapferer relève que, dans certains États, la reconnaissance de la qualité de réfugié par les instances compétentes en la matière a force obligatoire pour les instances d’extradition, mais qu’il n’en va pas ainsi dans d’autres États (par. 273-277) : voir aussi M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* (5^e éd. 2007), p. 193; E. P. Aughterson, *Extradition: Australian Law and Procedure* (1995), p. 35-36. De la même façon, le Haut commissariat des Nations Unies pour les réfugiés reconnaît au par. 53 de sa *Note d’orientation sur l’extradition et la protection internationale des réfugiés*, que dans certains pays, les instances d’extradition ne sont pas liées par la détermination de statut de réfugié faite par les instances d’asile. Cela ne semble pas faire problème du point de vue du droit international, si les instances d’extradition accordent le poids voulu à l’obligation de non-refoulement en procédant à l’appréciation en bonne

of persecution persists. I conclude that Canada's obligations under the Refugee Convention do not require an earlier formal determination of refugee status to be binding on the extradition authorities. (I should add that in this case Canada is both the state that formally accorded refugee protection to the appellants and the requested state in the extradition process. It is not necessary, therefore, to address the situation in which extradition is requested from Canada of a person whose refugee status was formally accorded by another state.)

[53] For these reasons, I reject the appellants' silence argument.

(3) The "Fair Process" Argument

[54] The interveners, Québec Immigration Lawyers Association and Canadian Council for Refugees, in different ways, make the point that the powers of the Minister of Justice to surrender a person sought under the *EA* do not adequately give effect to Canada's obligations under the Refugee Convention. They submit, in effect, that the protections under the *IRPA* are different and better than those found in the *EA*. However, these submissions are based on the wrong comparison. The protections in the *IRPA* in relation to *non-refoulement* do not apply to extradition; the question, therefore, is not whether the *EA* provides the same protection as the *IRPA* would if it did apply, but how the Minister's surrender powers under the *EA* should be interpreted and applied having regard to its provisions read in light of Canada's international undertakings and the *Charter*. I will take up that issue in the next section of my analysis.

(4) Summary of Conclusions

[55] In my view, the *IRPA* does not constrain the authority of the Minister to extradite a person with refugee status. I conclude that the Minister has that authority under the *EA*. That brings us to the question of whether the Minister exercised his authority reasonably in this case.

et due forme de la persistance du risque de persécution. J'en déduis que les obligations du Canada aux termes de la Convention relative aux réfugiés n'exigent pas que les instances d'extradition soient liées par une reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié. (J'ajouterais qu'en l'espèce le Canada est à la fois l'État ayant officiellement accordé l'asile aux appelants et l'État requis dans le cadre du processus d'extradition, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'examiner la situation où le Canada est requis d'extrader un réfugié officiellement reconnu tel par un autre État.)

[53] Pour ces motifs, l'argument du silence invoqué par les appelants est écarté.

(3) L'argument de « l'équité procédurale »

[54] Chacun à leur façon, les intervenants Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration et Conseil canadien pour les réfugiés avancent que les pouvoirs conférés au ministre de la Justice en matière d'extradition ne donnent pas adéquatement effet aux obligations du Canada découlant de la Convention relative aux réfugiés. Ils soutiennent, en fait, que les mesures de protection prévues par la *LIPR* diffèrent de celles qui sont accordées par la *LE* et qu'elles leur sont supérieures. Ces arguments, toutefois, procèdent d'une analogie fautive. Les dispositions de la *LIPR* protégeant contre le refoulement ne s'appliquent pas à l'extradition. La question n'est donc pas de savoir si la *LE* protège les personnes comme le ferait la *LIPR* si elle était applicable, mais de quelle façon il convient d'interpréter et d'appliquer les pouvoirs de remise exercés par le ministre en vertu de la *LE* compte tenu de la *Charte* et des engagements internationaux du Canada. C'est là-dessus que portera la prochaine section de mon analyse.

(4) Résumé des conclusions

[55] La *LIPR* ne restreint pas, selon moi, le pouvoir du ministre d'extrader une personne qui a obtenu la qualité de réfugié. J'estime que la *LE* confère ce pouvoir au ministre. Il s'agit donc de se demander si l'exercice de ce pouvoir par le ministre était raisonnable dans les circonstances.

C. *Did the Minister Reasonably Exercise His Authority to Surrender the Appellants?*

(1) Introduction

[56] Section 44(1)(a) and (b) of the *EA* set out the grounds on which the Minister *must* refuse to surrender a person sought. In brief, they are first, if the Minister is satisfied that surrender would be unjust or oppressive in all of the relevant circumstances; second, if the Minister is satisfied that the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, etc.; and third, if the Minister is satisfied that person's position may be prejudiced for any of those reasons.

[57] In this case, the Minister focussed exclusively on the first ground. He required the appellants to establish, on the balance of probabilities, that they would face persecution on their return to Hungary and that the persecution they face would shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadian society.

[58] In my view, the Minister applied incorrect legal principles and acted unreasonably in reaching his conclusions. His decision in this case related to the surrender for extradition of refugees to the country they fled. The Minister's approach to the exercise of his powers, in my respectful view, failed to give sufficient weight or scope to Canada's *non-refoulement* obligations in light of which those powers must be interpreted and applied. While the mandatory grounds for refusal set out in s. 44 must be considered as a whole, the most relevant provision in this case is the second branch of s. 44(1)(b) set out in the closing words of that subsection. This provision was included in the *EA* in part to give effect to Canada's *non-refoulement* obligations under the Refugee Convention in the extradition context. While the Minister considered the appellants' status as refugees and examined current conditions in Hungary, his approach in practical terms gave their refugee status no weight and took too narrow a view of Canada's *non-refoulement*

C. *L'exercice du pouvoir d'extrader était-il raisonnable?*

(1) Introduction

[56] Les alinéas 44(1)a) et b) de la *LE* énoncent des motifs qui *obligent* le ministre à refuser l'extradition. En résumé, le premier intervient lorsque le ministre est convaincu que l'extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances, le deuxième, lorsque le ministre est convaincu que la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la religion, la nationalité, l'origine ethnique, etc., et le troisième, lorsque le ministre est convaincu qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de l'intéressé pour l'un de ces motifs.

[57] En l'espèce, le ministre n'a pris en compte que le premier motif. Il a exigé des appelants qu'ils établissent, selon la prépondérance des probabilités, qu'ils seraient exposés à la persécution à leur retour en Hongrie, et que cette persécution choquerait la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle.

[58] À mon avis, le ministre s'est fondé sur des principes juridiques erronés et a agi de façon déraisonnable en arrivant à ses conclusions. Dans un contexte où il devait se prononcer sur l'extradition de réfugiés vers le pays qu'ils avaient fui, il n'a pas accordé selon moi suffisamment de poids ou de portée aux obligations de non-refoulement du Canada, lesquelles devaient entrer en ligne de compte dans l'interprétation et l'application des pouvoirs qu'il exerçait. Bien que les motifs obligatoires de refus énoncés à l'art. 44 doivent être examinés dans leur ensemble, la disposition la plus pertinente en l'espèce est le deuxième élément de l'al. 44(1)b), qui clôt cet alinéa. Cette disposition a été incluse dans la *LE* dans le but, notamment, de donner effet, dans le contexte de l'extradition, à l'obligation de non-refoulement du Canada découlant de la Convention relative aux réfugiés. Le Ministre a pris acte de la qualité de réfugié des appelants et a examiné les conditions existant alors en Hongrie mais, concrètement, il n'a accordé aucun poids à cette

obligations. The Minister in my respectful view applied incorrect legal principles by imposing too high a threshold for determining whether the appellants would face persecution on their return and, by placing the burden of proof on this issue on the appellants notwithstanding the earlier finding that they were refugees. My reasons for these conclusions follow.

(2) Grounds for Refusal of Extradition

[59] In my view, this case turns on the interpretation and application of s. 44 of the *EA*. For the purposes of this appeal, there are three key interpretative issues about s. 44 which must be resolved: (1) What is the most pertinent ground under s. 44 where, as here, the Minister is deciding whether to surrender a person with refugee status? This turns on whether the protection afforded by s. 44(1)(b) is available only in relation to the risk of prejudice *resulting from the prosecution or punishment* of the person sought or whether it applies to prejudice resulting from discrimination generally; (2) Does a person with refugee status in Canada meet the threshold for invoking this protection? and (3) Who bears the onus of proof that the risk exists? To address these issues, I will first place s. 44 in the context of the extradition process and explain how it interacts with the refugee determination process. I will then turn to a detailed discussion of the purpose of s. 44 and conclude with my analysis of these three interpretative issues.

(a) *Section 44 in Context*

[60] Extradition is mainly an executive branch function stemming from international agreements between states: *United States of America v. Kwok*, 2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532, at para. 27. The *EA*'s main purpose is to provide the means which give effect to Canada's obligations in this regard. Under the *EA*, the Minister of Justice is responsible for the implementation of extradition agreements, dealing with extradition requests and generally for the administration of the *EA*: s. 7.

qualité et il a interprété trop étroitement les obligations de non-refoulement du Canada. J'estime qu'il a appliqué des principes juridiques erronés en examinant la question du risque de persécution suivant un critère trop exigeant et en faisant reposer sur les appelants le fardeau de preuve à cet égard, en dépit de la reconnaissance antérieure de leur qualité de réfugié. Voici pourquoi je tire ces conclusions.

(2) Les motifs de refus d'extradition

[59] Selon moi, c'est l'interprétation et l'application de l'art. 44 de la *LE* qui est déterminante en l'espèce. Pour les besoins du présent pourvoi, il faut répondre à trois questions capitales d'interprétation de cette disposition : (1) Lequel des motifs prévus à l'art. 44 est le plus pertinent lorsque le ministre doit, comme en l'espèce, décider de l'extradition d'un réfugié? Cette question en appelle une autre, à savoir si la protection établie à l'al. 44(1)(b) s'applique uniquement au risque d'atteinte *déoulant de poursuites ou de peines* visant l'intéressé ou si elle s'applique à l'atteinte découlant de la discrimination en général. (2) La qualité de réfugié au Canada permet-elle de satisfaire aux conditions d'application de cette protection? (3) Qui a le fardeau de prouver l'existence du risque? En répondant à ces questions, je commencerai par placer l'art. 44 dans le contexte du processus d'extradition et j'expliquerai son interaction avec le processus d'examen des demandes d'asile. J'analyserai ensuite en détail l'objet de cette disposition avant de répondre aux trois questions d'interprétation.

a) *L'article 44 dans son contexte*

[60] L'extradition est principalement une fonction relevant de l'organe exécutif et qui résulte d'accords internationaux entre États : *États-Unis d'Amérique c. Kwok*, 2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532, par. 27. L'objet premier de la *LE* est de pourvoir aux moyens de donner effet aux obligations du Canada à cet égard. Aux termes de la *LE*, le ministre de la Justice est chargé de la mise en œuvre des accords d'extradition, du traitement des demandes d'extradition et de l'application générale de la Loi : art. 7.

[61] Charron J. recently outlined the scheme of the act in *Canada (Justice) v. Fischbacher*, 2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170. I will not repeat it in detail here other than to briefly outline the three phases of the extradition process under the *EA*.

[62] In the first phase, the Minister considers an extradition request and decides whether to proceed with it. If he decides in favour of proceeding, he issues an authority to proceed. Where, as here, extradition to face trial is sought, the *EA* simply requires the Minister to be satisfied that the conduct described in the extradition request is criminal in the foreign jurisdiction and that the associated penalty meets the threshold established by s. 3(1)(a) (of at least two years or as specified in the relevant treaty). There is no reference to the immigration status of the person in relation to the Minister's discretion to issue the authority to proceed.

[63] The authority to proceed authorizes the Attorney General, acting on behalf of the extradition partner, to initiate extradition proceedings to seek the order of a superior court judge for the committal of the person sought. The process thus moves into its judicial phase. The function of an extradition hearing is to determine whether the domestic component of double criminality is met (i.e., if the conduct had occurred in Canada, it would have been an offence with the requisite punishment) as required by s. 3(1)(b) of the *EA*. The judge is required to order committal of a person sought for prosecution if there is evidence admissible under the Act of conduct that, had it occurred in Canada, would justify committal for trial in Canada on the offence set out in the authority to proceed and the judge is satisfied that the person is the person sought by the extradition partner: s. 29(1)(a). Nothing in the *EA* specifies that the role of the extradition judge is affected by the fact that the person sought is a refugee.

[64] Following committal, the matter reverts to the Minister for the third phase of the process. It

[61] Récemment, la juge Charron a expliqué le régime établi par la Loi dans *Canada (Justice) c. Fischbacher*, 2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170. Sans reprendre cet exposé en détail, je vais présenter succinctement les trois étapes du processus d'extradition prévu par la *LE*.

[62] Dans la première étape, le ministre examine la demande d'extradition et, s'il décide d'y donner suite, il prend un arrêté introductif d'instance. Lorsque l'extradition est demandée pour traduire l'intéressé en justice, comme en l'espèce, la *LE* exige simplement que le ministre soit convaincu que la conduite décrite dans la demande d'extradition est criminelle dans le ressort étranger et que la peine dont elle est punissable satisfait aux exigences établies à l'al. 3(1)a) (peine d'au moins deux ans sous réserve de l'accord applicable). Nulle mention du statut de l'intéressé en matière d'immigration n'est faite en rapport avec le pouvoir discrétionnaire du ministre de prendre l'arrêté introductif d'instance.

[63] Cet arrêté autorise le procureur général, agissant au nom du partenaire, à entamer la procédure d'extradition et à demander à un juge d'une cour supérieure de rendre une ordonnance d'incarcération visant l'intéressé. Ce processus amorce l'étape judiciaire. L'audience d'extradition a pour but de déterminer si le volet interne de la double incrimination est respecté (si la conduite avait eu lieu au Canada, elle aurait constitué une infraction punissable de la peine requise) ainsi que l'exige l'al. 3(1)b) de la *LE*. Le juge est tenu d'ordonner l'incarcération d'une personne recherchée pour subir un procès s'il existe une preuve admissible en vertu de la Loi d'actes qui justifieraient, s'ils avaient été commis au Canada, un renvoi à procès ici relativement à l'infraction mentionnée dans l'arrêté introductif d'instance et si le juge est convaincu que la personne qui comparait est bien la personne recherchée par le partenaire : al. 29(1)a). Rien dans la *LE* n'indique que la qualité de réfugié de l'intéressé influe sur le rôle du juge saisi de la demande d'extradition.

[64] Après l'incarcération, l'affaire est renvoyée au ministre pour la troisième étape du processus. C'est

is at this point which he exercises his power under s. 40 of the *EA* to surrender, or to refuse surrender, the person sought to the extradition partner. This is the phase which is in issue in this case. At the surrender stage, the extradition process is essentially political in nature; the Minister must take into account the requirements of good faith and honour of Canada in responding to the request under an extradition treaty and must weigh the political and international relations ramifications of the decision whether or not to surrender.

[65] In general, the power to surrender is discretionary; as s. 40(1) provides, the Minister “may . . . order that the person be surrendered to the extradition partner”. However, this discretion to order or to refuse surrender is structured and, in some circumstances, constrained by the other provisions of the statute, the applicable treaty and the *Charter*. The statute sets out discretionary grounds on which the Minister may refuse surrender in s. 47. It also sets out mandatory and qualified mandatory grounds of refusal in ss. 44 and 46. Section 44, as noted, is most relevant to this appeal and I will return to it in a moment.

[66] The refugee determination process is not expressly mentioned in the *EA*, other than in s. 40(2). It provides that, before ordering the surrender of “a person who has made a claim for refugee protection”, the Minister of Justice must consult with the Minister responsible for the *IRPA*: s. 40(2). Note that the provision refers to those who have *claimed* refugee protection; it does not refer to those who, like the appellants, have been *granted* refugee protection. It follows that, in the case of a person with refugee status, s. 40(2) does not require the Minister to consult with the MCI. However, it has been held that the provision does not preclude the Minister from doing so: see *Hungary (Republic) v. Horvath*, 2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169, at paras. 16-18, leave to appeal refused, [2008] 1 S.C.R. ix. Moreover, the Minister took the position in oral submissions before us that such consultation is required by virtue of s. 7 of the *Charter* when he considers the surrender of a refugee. I agree that such consultation must occur when the surrender decision concerns a person with refugee status.

à cette étape qu’il exerce le pouvoir prévu à l’art. 40 de la *LE* d’ordonner ou de refuser l’extradition de la personne vers le partenaire, et c’est cette étape qui est en cause en l’espèce. Le processus d’extradition est alors de nature essentiellement politique; le ministre doit prendre en compte les exigences de bonne foi et d’honneur du Canada pour répondre aux demandes d’extradition fondées sur des traités en cette matière et il doit évaluer les effets que la décision d’extrader ou de ne pas extrader aura au plan politique et au plan des relations internationales.

[65] En général, le pouvoir d’ordonner l’extradition est discrétionnaire; comme le prévoit le par. 40(1), le ministre « peut [. . .] ordonner l’extradition vers le partenaire ». Toutefois, les autres dispositions de la Loi, le traité applicable et la *Charte* encadrent ce pouvoir discrétionnaire d’ordonner ou de refuser l’extradition et, parfois, le limitent. La Loi énumère, à l’art. 47, les motifs discrétionnaires pouvant fonder un refus d’extradition par le ministre. Elle prévoit aussi des motifs de refus obligatoires ou partiellement obligatoires aux art. 44 et 46. Encore une fois, c’est l’art. 44 qui est le plus pertinent en l’espèce, et j’y reviendrai sous peu.

[66] Le processus d’examen des demandes d’asile n’est mentionné expressément dans la *LE* qu’au par. 40(2), suivant lequel le ministre de la Justice doit, « [s]i l’intéressé demande l’asile », consulter le ministre responsable de l’application de la *LIPR* : par. 40(2). Je signale qu’il est question dans cette disposition des personnes qui *demandent* l’asile, non de celles qui, comme c’est le cas des appelants, l’ont *obtenu*. Il s’ensuit que, dans le cas des personnes ayant obtenu l’asile, le par. 40(2) n’oblige pas le ministre à consulter le MCI. Il a toutefois été jugé que cette disposition n’empêche pas le ministre de consulter le MCI : voir *Hungary (Republic) c. Horvath*, 2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169, par. 16-18, autorisation d’appel refusée, [2008] 1 R.C.S. ix. D’ailleurs, le ministre a indiqué dans sa plaidoirie que, s’agissant de l’extradition d’un réfugié, l’art. 7 de la *Charte* exige une telle consultation. J’estime comme lui qu’il faut consulter le MCI lorsque la demande d’extradition vise une personne ayant qualité de réfugié.

[67] Although there are no other express references to refugees in the *EA*, it does provide for protections of persons who fear abusive treatment, persecution or torture in the requesting state. The most relevant provision in this regard is s. 44 which sets out mandatory reasons for refusal of surrender. I turn now to a detailed examination of this key provision.

(b) *Section 44 — General Considerations*

[68] Under s. 44(1) of the *EA*, the Minister must refuse to make a surrender order if “satisfied” that (a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances; or (b) the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or that the person’s position may be prejudiced for any of those reasons. Section 44(1) reads:

44. (1) The Minister shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that

(a) the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances; or

(b) the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or that the person’s position may be prejudiced for any of those reasons.

[69] These mandatory reasons for refusal of surrender prevail over provisions of an extradition treaty. This is apparent for two reasons. The use of the mandatory language “shall refuse to make a surrender order” leaves the Minister no discretion to depart from statutory language to give effect to a treaty obligation. Moreover, where Parliament intended treaty obligations to prevail over the statutory grounds for refusal of surrender, this is specifically provided for as it is in s. 45(1) and (2): see

[67] Bien que la *LE* ne renferme aucune autre mention expresse concernant les réfugiés, elle pourvoit à la protection des personnes qui craignent les mauvais traitements, la persécution et la torture dans l’État requérant. La disposition la plus pertinente à cet égard est l’art. 44, qui énumère des motifs obligatoires de refus de l’extradition. J’aborde à présent l’examen en profondeur de cette importante disposition.

b) *Article 44 — Généralités*

[68] Suivant le par. 44(1) de la *LE*, le ministre doit refuser l’extradition s’il est « convaincu » a) qu’elle serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ou b) que la demande d’extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l’intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l’origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l’intéressé ou qu’il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l’un de ces motifs. Voici le texte de cette disposition :

44. (1) Le ministre refuse l’extradition s’il est convaincu que :

a) soit l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances;

b) soit la demande d’extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l’intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l’origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe, l’orientation sexuelle, l’âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l’intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l’un de ces motifs.

[69] Ces motifs obligatoires de refus de l’extradition ont préséance sur les dispositions d’un traité d’extradition. Il en est ainsi pour deux raisons. L’emploi des termes impératifs « refuse l’extradition » ne laisse au ministre aucun pouvoir discrétionnaire de déroger aux termes de la loi pour donner effet à une obligation découlant d’un traité. D’ailleurs, lorsque le législateur a voulu que de telles obligations prennent le pas sur un motif de refus d’extradition prévu par la loi, il l’a indiqué

Robert J. Currie, *International & Transnational Criminal Law* (2010), at pp. 467-68.

[70] As the exercise of the Minister's power to surrender implicates the liberty and in some cases the security of the person sought, the Minister owes a duty of fairness both at common law and in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. While we are not called on in this case to address the precise ambit of this duty of fairness, the Court has affirmed that it generally includes adequate disclosure of the case against the person sought, a reasonable opportunity to respond to it and a reasonable opportunity to state his or her own case: see, e.g., *United States of America v. Whitley* (1994), 119 D.L.R. (4th) 693 (Ont. C.A.), at p. 707, aff'd [1996] 1 S.C.R. 467.

[71] The orientation of s. 44 is the protection of human rights. It is therefore not surprising that, as LeBel J. pointed out in *Lake*, at para. 24, there is overlap between the provisions of s. 44 and the *Charter*. While s. 44(1)(a) is not limited to conduct that would constitute a breach of the *Charter*, it is nonetheless the case that where surrender would be contrary to the principles of fundamental justice, it will also be unjust and oppressive within the meaning of s. 44(1)(a). Where extradition is sought for the purpose of persecuting an individual on the basis of a prohibited ground as contemplated by the first branch of s. 44(1)(b), ordering surrender will be contrary to the principles of fundamental justice. It is also not surprising that there is some overlap among the grounds of refusal in ss. 44(1)(a) and (b). The grounds set out in s. 44(1)(b) focus on the conduct of the requesting state. They may be viewed as specific examples of situations in which the surrender would be unjust and oppressive and therefore, in those situations, as structuring and narrowing the Minister's consideration and weighing of competing objectives and concerns that go into the broad assessment of whether surrender would be unjust and oppressive.

[72] The Court has discussed s. 44(1)(a) most recently in *Fischbacher*, at paras. 37-39. Under

expressément, notamment aux par. 45(1) et (2) : voir Robert J. Currie, *International & Transnational Criminal Law* (2010), p. 467-468.

[70] Comme l'exercice du pouvoir du ministre d'ordonner l'extradition met en jeu la liberté et, parfois, la sécurité de l'intéressé, tant la common law que les principes de justice fondamentale énumérés à l'art. 7 de la *Charte* obligent le ministre à agir équitablement. Bien que le présent pourvoi ne nécessite pas que nous délimitions la portée précise de cette obligation d'équité, signalons que notre Cour a confirmé qu'elle comprend généralement la communication de la preuve retenue contre l'intéressé et la possibilité raisonnable d'y répondre et de présenter sa propre preuve : voir, p. ex., *United States of America c. Whitley* (1994), 119 D.L.R. (4th) 693 (C.A. Ont.), p. 707, conf. par [1996] 1 R.C.S. 467.

[71] L'article 44 est axé sur la protection des droits de la personne. On ne se surprendra donc pas que ses dispositions recourent celles de la *Charte*, comme l'a signalé le juge LeBel au par. 24 de l'arrêt *Lake*. Bien que l'al. 44(1)a ne soit pas limité aux comportements enfreignant la *Charte*, il n'en reste pas moins que l'extradition effectuée en contravention des principes de justice fondamentale sera aussi injuste ou tyrannique au sens de l'al. 44(1)a). Lorsque la demande d'extradition est faite dans un but de persécution pour un motif interdit, au sens de la première partie de l'al. 44(1)b), y accéder sera contraire aux principes de justice fondamentale. Il ne faut pas se surprendre non plus que les motifs de refus prévus aux al. 44(1)a) et b) se recourent quelque peu. Les motifs énoncés à l'al. 44(1)b) mettent l'accent sur la conduite de l'État requérant. Ils peuvent être vus comme des exemples précis de situations où l'extradition serait injuste ou tyrannique et, par conséquent, ils encadrent et circonscrivent, dans ces situations, l'examen et l'appréciation globale des objectifs et enjeux concurrents que le ministre doit effectuer pour déterminer si l'extradition serait injuste ou tyrannique.

[72] La Cour a déjà examiné l'al. 44(1)a), le plus récemment dans *Fischbacher*, aux par. 37-39.

that paragraph, the Minister is required to undertake “a balancing of all the relevant circumstances, weighing factors that militate in favour of surrender against those that counsel against” (para. 38). It is generally accepted that the Minister must have a wide measure of appreciation of what circumstances are “unjust or oppressive” and that the person sought bears the burden of demonstrating that such circumstances exist: see, e.g., *Fischbacher*, at para. 37; *Lake*, at paras. 38-39; *Pacificador v. Canada (Minister of Justice)* (2002), 166 C.C.C. (3d) 321 (Ont. C.A.), at para. 55.

[73] The conduct of the requesting state may be considered under s. 44(1)(a) as well as under s. 7 of the *Charter*. The concern of both provisions is not only the act of extradition, but the potential consequences of extradition for the person sought: *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283, at para. 60. The analysis under s. 7 in this context asks whether extraditing the person sought to face those consequences offends the principles of fundamental justice: *Burns*, at para. 59. Section 44(1)(a) has thus been invoked where the person sought contested his surrender on the basis that he would be persecuted by virtue of his race or sexual orientation (*United States of America v. Pannell*, 2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336; *United States of Mexico v. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481 (C.A.)) or that the delay in seeking extradition and the potential punishment and other humanitarian circumstances combined to make surrender unjust and oppressive (*United States v. Bonamie*, 2001 ABCA 267, 96 Alta. L.R. (3d) 252). In this context, it has been held that where the person sought alleges that he or she will face persecution so that surrender would be contrary to the principles of fundamental justice and therefore unjust and oppressive, he or she bears the burden of proof on the balance of probabilities that such persecution will be suffered and that it would shock the conscience of Canadians: see, e.g., *Hurley*, at paras. 51-59. I mention this not to express my view on this approach but simply to contrast the broad balancing called for under s. 44(1)(a) with the much more tightly focussed, specific considerations set out in s. 44(1)(b).

Cette disposition oblige le ministre à « apprécier toutes les circonstances pertinentes, en mettant en balance les facteurs qui militent en faveur de l'extradition avec ceux qui y sont défavorables » (par. 38). Il est généralement reconnu que le ministre doit jouir d'une grande latitude dans l'appréciation de ce qui constitue des circonstances « injustes ou tyranniques » et que la preuve de l'existence de telles circonstances incombe à l'intéressé : voir, notamment, *Fischbacher*, par. 37; *Lake*, par. 38-39; *Pacificador c. Canada (Minister of Justice)* (2002), 166 C.C.C. (3d) 321 (C.A. Ont.), par. 55.

[73] La conduite de l'État requérant peut s'examiner sous l'angle de l'al. 44(1)a) comme sous celui de l'art. 7 de la *Charte*. Ce qui est envisagé, dans ces deux dispositions, n'est pas que l'acte même d'extradition mais aussi les conséquences pouvant découler de l'extradition pour l'intéressé : *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, par. 60. Dans ce contexte, l'analyse qu'appelle l'art. 7 vise à déterminer si l'extradition de l'intéressé, compte tenu de ces conséquences, enfreint les principes de justice fondamentale : *Burns*, par. 59. Ainsi, l'alinéa 44(1)a) a été invoqué lorsque l'intéressé contestait son extradition en faisant valoir qu'il serait persécuté du fait de sa race ou de son orientation sexuelle (*United States of America c. Pannell*, 2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336; *United States of Mexico c. Hurley* (1997), 35 O.R. (3d) 481 (C.A.)), ou lorsque le retard à demander l'extradition, combiné à la peine pouvant être infligée et aux autres circonstances d'ordre humanitaire, rendaient l'extradition injuste ou tyrannique (*United States c. Bonamie*, 2001 ABCA 267, 96 Alta. L.R. (3d) 252). Il a été jugé, dans ce contexte, que si une personne dont l'extradition est demandée prétend courir un risque de persécution propre à rendre l'extradition contraire aux principes de justice fondamentale et, par suite, injuste ou tyrannique, elle a le fardeau de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, qu'elle sera victime de persécution et que cela choquera la conscience de la société canadienne : voir, p. ex., *Hurley*, par. 51-59. Je ne cherche pas ici à commenter cette position, mais simplement à montrer comment l'évaluation large requise par l'al. 44(1)a) contraste avec les facteurs beaucoup plus précis et particuliers qu'énonce l'al. 44(1)b).

[74] Under s. 44(1)(b), the Minister is concerned with the specific situations in which the requesting state seeks to prosecute or punish the person sought for a discriminatory purpose or where that person's position may be prejudiced for a discriminatory reason. In contrast to the broad ground of "unjust or oppressive" in s. 44(1)(a), s. 44(1)(b) sets out specific grounds on which surrender must be refused.

[75] Virtually all of the case law approaches the risk of discriminatory treatment in the requesting state through the lens of s. 44(1)(a). This is likely because on first reading, s. 44(1)(b) seems to be concerned only with prosecution or punishment for a discriminatory purpose: see *Pannell*, at para. 29. For reasons I will develop in a moment, I think that is too narrow a reading of s. 44(1)(b).

[76] I turn now to a detailed analysis of s. 44(1)(b). I will first set out the purpose of the provision and then turn to the three interpretative issues to which the section gives rise: (1) whether the prejudice must be related to the prosecution or punishment of the person sought; (2) whether a person with refugee status in Canada meets the threshold for invoking this protection; and (3) who bears the onus of proof that the risk exists.

(c) *The Purpose of Section 44(1)(b) of the Extradition Act*

[77] It is critical to understand that s. 44(1)(b) is Canada's primary legislative vehicle to give effect to Canada's *non-refoulement* obligations when a refugee is sought for extradition. This appears not only from the text of the section, but also from its origins and the debates and hearings at the time of its adoption.

[78] The *non-refoulement* provisions in Article 33 of the Refugee Convention have had considerable impact on extradition law. Extradition statutes and treaties commonly contain provisions inspired by the Refugee Convention's protection against *refoulement*. The formulation adopted by

[74] Sous le régime de l'al. 44(1)(b), le ministre doit déterminer plus précisément si l'État requérant cherche à poursuivre ou punir l'intéressé dans un but discriminatoire ou si la situation de l'intéressé pourrait subir une atteinte pour une raison discriminatoire. Contrairement à l'al. 44(1)(a) qui énonce l'ample motif de l'extradition « injuste ou tyrannique », l'al. 44(1)(b) prévoit des motifs précis exigeant le refus de l'extradition.

[75] En jurisprudence, le risque de discrimination de la part de l'État requérant a pratiquement toujours été abordé sous l'angle de l'al. 44(1)(a), probablement parce qu'à première vue, l'al. 44(1)(b) semble porter uniquement sur la poursuite ou le châtiement dans un but discriminatoire : voir *Pannell*, par. 29. J'estime qu'il s'agit là d'une conception indûment étroite de l'al. 44(1)(b), et je m'en expliquerai ci-après.

[76] J'entreprends maintenant l'analyse détaillée de l'al. 44(1)(b). Je commencerai par en exposer l'objet, puis j'aborderai les trois questions d'interprétation qu'il soulève : (1) si l'atteinte doit avoir un lien avec la poursuite ou le châtiement de l'intéressé, (2) si la qualité de réfugié au Canada permet de satisfaire aux conditions d'application de cette protection et (3) qui a le fardeau de prouver l'existence du risque.

c) *L'objet de l'al. 44(1)(b) de la Loi sur l'extradition*

[77] Il est essentiel de comprendre que l'al. 44(1)(b) constitue le principal instrument législatif de mise en œuvre des obligations de *non-refoulement* du Canada dans le contexte de demandes d'extradition visant des réfugiés. Cet objet ressort non seulement du texte de la disposition, mais également de ses origines et des débats et témoignages qui ont entouré son adoption.

[78] Les dispositions de *non-refoulement* énoncées à l'art. 33 de la Convention relative aux réfugiés ont influé substantiellement sur le droit de l'extradition. Les lois et traités relatifs à l'extradition renferment généralement des dispositions inspirées des garanties contre le *refoulement* prévues

the *European Convention on Extradition*, Eur. T.S. No. 24 (“Extradition Convention”), has been influential. Article 3(2) of that Convention stipulates mandatory reasons for refusal of extradition based on *non-refoulement* as set out in Article 33(1) of the Refugee Convention: Wouters, at p. 137; Goodwin-Gill and McAdam, at p. 258. It provides that extradition shall not be granted “if the requested Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person’s position may be prejudiced for any of these reasons”.

[79] The text of Article 3(2) of the Extradition Convention suggests that it has two branches: the first is concerned with prosecution or punishment for a discriminatory purpose as set out in the opening words and the second with more general discrimination that may prejudice the person’s position. The words used in the second branch would be an odd choice if the intention was to limit the meaning of “position” to “position in relation to the prosecution or punishment”. The provision is phrased disjunctively and the word “position” is not explicitly tied back to the prosecution or punishment. The French text of the provision supports even more strongly the view that the person’s “position” is not limited to his or her position in relation to the prosecution or punishment. The second branch in the French text is “*ou que la situation de cet individu risque d’être aggravée pour l’une ou l’autre de ces raisons*”. The clause is clearly disjunctive and “*la situation de cet individu*” is not clearly linked to the prosecution or punishment.

[80] Article 3(2) of the Extradition Convention was substantially adopted by Article 3(b) of the United Nations’ *Model Treaty on Extradition* (1990): Bert Swart, “Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition”

par cette Convention. La formulation retenue par la *Convention européenne d’extradition*, S.T.E. n° 24 (« Convention d’extradition ») a elle aussi exercé une influence. Le paragraphe 3(2) de cette Convention énonce des motifs obligatoires de refus d’extradition fondés sur le principe de non-refoulement établi au par. 33(1) de la Convention relative aux réfugiés : Wouters, p. 137; Goodwin-Gill et McAdam, p. 258. Il stipule que l’extradition ne sera pas accordée « si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d’extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d’opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d’être aggravée pour l’une ou l’autre de ces raisons ».

[79] Il appert du texte du par. 3(2) de la Convention d’extradition que cette disposition comporte deux parties. La première, au début de ce paragraphe, concerne la poursuite ou la punition dans un but discriminatoire, et la seconde, une discrimination plus générale pouvant aggraver la situation de l’intéressé. Dans la version anglaise, la formulation de la deuxième partie serait étrange si l’intention était de restreindre le sens du mot anglais « *position* » (situation) à celui de « situation relativement à la poursuite ou à la peine ». L’énoncé est disjonctif, et le mot « *position* » ne se rapporte pas explicitement à la poursuite ou à la peine. La version française de cette disposition fournit d’ailleurs un argument encore plus convaincant en faveur de l’opinion que la « situation » de l’intéressé n’est pas limitée à la situation relative à la poursuite ou à la peine. Le texte français de la deuxième partie de la disposition est « ou que la situation de cet individu risque d’être aggravée pour l’une ou l’autre de ces raisons ». La nature disjonctive de l’énoncé est évidente et, les mots « la situation de cet individu » ne renvoient pas clairement à la poursuite ou à la peine.

[80] L’alinéa 3b) du *Traité type d’extradition* des Nations Unies (1990) reprend en substance le texte du par. 3(2) de la Convention d’extradition : Bert Swart, « Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition » (1992),

(1992), 23 *Neth. Y.B. Int'l Law* 175, at p. 194. The United Nations Office on Drugs and Crime's *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters* (2002), at para. 47, notes that this formulation, which is inspired by the principle of *non-refoulement* contained in the Refugee Convention, has been used, sometimes in a modified form, in extradition treaties around the world. As the Manual puts it, this clause "enables a party to refuse extradition if it determines that the extradition request is discriminatory in its purpose or if the subject of the request may be prejudiced because of one of the enumerated discriminatory grounds" (emphasis added).

[81] Section 44(1)(b) of the *EA* is inspired by the provisions in the Extradition Convention and the *Model Treaty on Extradition*. This is clear from the similarity of their texts. The wording of the closing section of all three provisions is virtually identical. The Extradition Convention, as noted, provides in Article 3(2) that extradition shall not be granted "if the requested Party has substantial grounds for believing that a request for extradition for an ordinary criminal offence has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of his race, religion, nationality or political opinion, or that that person's position may be prejudiced for any of these reasons". Article 3(b) of the *Model Treaty on Extradition*, which was based on the Extradition Convention, provides that extradition shall not be granted "[i]f the requested State has substantial grounds for believing that the request for extradition has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions, sex or status, or that that person's position may be prejudiced for any of those reasons". Section 44(1)(b) of the *EA* provides that the Minister "shall refuse to make a surrender order if the Minister is satisfied that . . . the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reason of their race, religion, nationality, ethnic origin, language, colour, political opinion, sex, sexual orientation, age, mental or physical disability or status or

23 *Neth. Y.B. Int'l. Law* 175, p. 194. Les documents *Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters* de l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (2002), signalent, au par. 47, que cette formulation, inspirée du principe de non-refoulement énoncé dans la Convention relative aux réfugiés, se retrouve, dans une forme parfois modifiée, dans des traités d'extradition conclus dans le monde entier. Comme l'indique le Manuel, cette clause [TRADUCTION] « permet à la partie requise de refuser l'extradition si elle estime que la demande poursuit un but discriminatoire ou si l'intéressé peut subir une atteinte en raison d'un des motifs discriminatoires énoncés » (je souligne).

[81] L'alinéa 44(1)(b) de la *LE* est inspiré des dispositions de la Convention d'extradition et du *Traité type d'extradition*. La similitude de leurs textes l'indique clairement. Le libellé de la dernière partie des trois dispositions est pratiquement identique. Comme on l'a vu, la Convention d'extradition prévoit, au par. 3(2), que l'extradition n'est pas accordée « si la Partie requise a des raisons sérieuses de croire que la demande d'extradition motivée par une infraction de droit commun a été présentée aux fins de poursuivre ou de punir un individu pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques ou que la situation de cet individu risque d'être aggravée pour l'une ou l'autre de ces raisons ». L'alinéa 3b) du *Traité type d'extradition*, inspiré de la Convention d'extradition, énonce que l'extradition n'est pas accordée « [s]i l'État requis a de sérieux motifs de croire que la demande d'extradition a été présentée en vue de poursuivre ou de punir une personne en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique, de ses opinions politiques, de son sexe ou de son statut, ou qu'il pourrait être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons ». Suivant le libellé de l'al. 44(1)(b) de la *LE*, le ministre « refuse l'extradition s'il est convaincu que [. . .] la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, la nationalité, l'origine ethnique, la langue, la couleur, la religion, les convictions politiques, le sexe,

that the person's position may be prejudiced for any of those reasons". The adoption of this language in s. 44(1)(b) makes clear that it was directed to the same purpose as the comparable provision in the Extradition Convention and the *Model Treaty on Extradition*: fulfilling *non-refoulement* obligations in the extradition context. It is reasonable to infer that this provision was adopted to serve the purpose identified for its counter-part in the Extradition Convention and *Model Treaty on Extradition*, protection against prejudice in the requesting state, particularly when extradition would constitute a violation of the requested state's obligations in relation to *non-refoulement*.

[82] Both the English and French texts of s. 44(1)(b) support the view that it contains two branches and that the "position" of the party is not limited to his or her position in relation to prosecution or punishment. The English text, "or that the person's position may be prejudiced" is, like the Extradition Convention, disjunctive and does not expressly link the person's "position" to the prosecution or punishment. The French text, "*ou il pourrait être porté atteinte à sa situation*" suggests more strongly that "*sa situation*" is not limited to the prosecution or punishment. The use of the general expression "*il pourrait*" clearly does not refer to the prosecution or punishment and seems an unlikely choice of words had such a limitation been intended.

[83] The co-relation between s. 44(1)(b) and *non-refoulement* is explicit in the debates and discussions leading to its enactment. There were references to the origin of the provision in the *Model Treaty on Extradition* (which was modelled on the Extradition Convention) and to the fact that the draft Bill adopted the listed grounds of discrimination from the Refugee Convention's refugee definition: see, e.g., the Hon. Peter Adams, Parliamentary Secretary to the Leader of the Government, *House of Commons Debates*, vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, at pp. 10591-92; the Hon. Réal Ménard, *House of Commons Debates*,

l'orientation sexuelle, l'âge, le handicap physique ou mental ou le statut de l'intéressé, ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs ». Cette formulation de l'al. 44(1)(b) fait clairement ressortir qu'il vise le même objet que la disposition correspondante de la Convention d'extradition et du *Traité type d'extradition* : satisfaire aux obligations de non-refoulement dans le contexte de l'extradition. On peut raisonnablement conclure que cette disposition a été adoptée pour servir les fins poursuivies par les dispositions analogues de la Convention d'extradition et du *Traité type d'extradition* : la protection contre les atteintes dans l'État requérant, en particulier lorsque l'extradition entraînerait la violation des obligations de l'État requis en matière de non-refoulement.

[82] Les versions française et anglaise de l'al. 44(1)(b) de la *LE* permettent toutes deux d'affirmer que la disposition comporte deux parties et que la « situation » de l'intéressé ne se limite pas à sa situation relativement à la poursuite ou à la peine. Le texte anglais « *or that the person's position may be prejudiced* » est, comme celui de la Convention d'extradition, de nature disjunctive, et il ne lie pas expressément la « situation » de l'intéressé à la poursuite ou à la peine. Le texte français « *ou il pourrait être porté atteinte à sa situation* » indique plus clairement que « *sa situation* » ne se limite pas à la poursuite ou à la peine. L'emploi de l'expression générale « *il pourrait* » ne renvoie manifestement pas à une poursuite ou une peine, et il est peu probable que le législateur aurait employé ces mots s'il avait voulu établir une telle restriction.

[83] Le lien entre l'al. 44(1)(b) et le non-refoulement ressort explicitement des débats et des discussions ayant précédé l'adoption de cette disposition. Il y est fait mention du fait que le *Traité type d'extradition* (inspiré de la Convention d'extradition) est la source de la disposition et que le projet de loi reprend les motifs de discrimination figurant dans la définition de réfugié énoncée à la Convention relative aux réfugiés : voir, p. ex., M. Peter Adams, secrétaire parlementaire du leader du gouvernement à la Chambre des communes, *Débats de la Chambre des communes*, vol. 135, n° 162, 1^{re} sess., 36^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591-10592;

at p. 10595; Mr. Don Piragoff, General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights*, November 5, 1998, at 17:10.

[84] I earlier referred to the testimony of Gerry Van Kessel. His evidence makes it particularly clear that the *EA* was intended to oblige the Minister to refuse extradition where the person sought fell within the refugee definition. As Mr. Van Kessel put it during his testimony:

Bill C-40 [which became the 1999 *Extradition Act*] changes will legislate the rules for the interaction between the extradition process and the refugee determination process for the first time.

Bill C-40 also says protection [i.e. of refugees] remains an issue and a concern that the Minister of Justice needs to deal with, and that is also dealt with in Bill C-40. The choice made there is that the Minister of Justice, before making a final decision on extradition or surrender order, shall refuse to make a surrender if the refugee definition applies [Emphasis added.]

(Testimony before the Standing Committee on Justice and Human Rights, November 17, 1998, at 11:45 and 12:05)

[85] This comment relates to what is now s. 44(1)(b) of the *EA* as it is the only provision among the grounds for refusal of surrender that lists the prohibited grounds of discrimination which will give rise to refugee protection. (I note that the draft Bill originally listed only grounds that very closely mirrored those set out in the refugee definition in the Refugee Convention, and that the list of prohibited grounds was expanded during Parliamentary consideration of the Bill to include the prohibited grounds of discrimination in the *Charter* and the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6: see House of Commons, *Sixteenth Report*, Standing Committee on Justice and Human Rights, November 23, 1998, at clause 44.)

M. Réal Ménard, *Débats de la Chambre des communes*, p. 10595; M. Don Piragoff, avocat général, Section de la politique en matière de droit pénal, ministère de la Justice, *Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne*, 5 novembre 1998, 17:10.

[84] J'ai déjà mentionné le témoignage de Gerry Van Kessel. Ce témoignage indique de façon particulièrement claire que la *LE* a pour but d'obliger le ministre à refuser l'extradition lorsque l'intéressé est visé par la définition de réfugié. Comme l'a déclaré M. Van Kessel :

Les amendements au projet de loi C-40 [devenu la *Loi sur l'extradition* en 1999] imposeront, pour la première fois, par voie législative les règles d'interaction entre le processus d'extradition et le processus de détermination du statut de réfugié.

Le projet de loi C-40 ajoute toutefois que la protection reste une question dont le ministère de la Justice devra tenir compte. Ainsi, il prévoit que le ministère de la Justice, avant de décider d'extrader ou non, refuse d'ordonner l'extradition si la définition de réfugié s'applique . . . [Je souligne.]

(Témoignage devant le Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 17 novembre 1998, 11:45 et 12:05)

[85] Ce commentaire se rapporte à ce qui est maintenant l'al. 44(1)(b) de la *LE*, la seule disposition en matière de refus d'extradition qui énumère les motifs de discrimination donnant ouverture à la protection des réfugiés. (Je note qu'à l'origine, l'avant-projet de loi n'énumérait que des motifs étroitement apparentés à ceux qu'énonçait la définition de réfugié de la Convention relative aux réfugiés. La liste des motifs interdits s'est allongée, au cours des débats parlementaires, pour inclure les motifs de discrimination prohibés par la *Charte* et par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 : voir Chambre des communes, *Seizième rapport* du Comité permanent de la justice et des droits de la personne, 23 novembre 1998, art. 44.)

[86] This clear link between s. 44(1)(b) and Canada's international obligations under the Refugee Convention has important implications for its interpretation and application in the refugee context. The Refugee Convention has an "overarching and clear human rights object and purpose", and domestic law aimed at implementing the Refugee Convention, such as s. 44(1)(b), must be interpreted in light of that human rights object and purpose: *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 57. Section 44(1)(b), when applied to the situation of a refugee whose extradition is sought, must be understood in the full context of refugee protection.

(d) *The Three Interpretative Questions*

[87] I turn now to the three interpretative issues on which the appeal turns.

(i) Prejudice and the Prosecution

[88] As noted, s. 44(1)(b) provides that the Minister shall refuse surrender if satisfied that "the request for extradition is made for the purpose of prosecuting or punishing the person by reasons of their race [etc.] . . . or [if] the person's position may be prejudiced for any of those reasons". The question arises whether s. 44(1)(b) is concerned only with prejudice in the context of the prosecution. The first part of the paragraph appears to be so directed as it relates to prosecutions or punishments with a discriminatory purpose. However, the concluding words of the subsection — "or that the person's position may be prejudiced for any of those reasons" — are not explicitly limited to prejudice to the person with respect to the prosecution. In my view, for three reasons, the prejudice referred to in these concluding words is not limited to prejudice in the prosecution or punishment.

[89] First, as I have discussed earlier, there is strong textual support in both the English and French texts of the Extradition Convention and the *EA* for the view that the second branch of s. 44(1)(b)

[86] Le lien évident unissant l'al. 44(1)(b) aux obligations internationales du Canada découlant de la Convention relative aux réfugiés influe substantiellement sur son interprétation et son application à des réfugiés. La Convention poursuit des « objets et [d]es buts généraux, nettement en rapport avec les droits de la personne », et le droit interne visant la mise en œuvre de cette Convention — tel l'al. 44(1)(b) — doit être interprété en fonction de ces objets et buts axés sur les droits de la personne : *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 57. L'alinéa 44(1)(b), lorsqu'il s'applique à une demande d'extradition visant un réfugié, doit être considéré dans le contexte global de la protection des réfugiés.

d) *Les trois questions d'interprétation*

[87] J'aborde à présent les trois questions d'interprétation au cœur du présent pourvoi.

(i) Atteinte et poursuite

[88] On l'a vu, l'al. 44(1)(b) énonce que le ministre doit refuser l'extradition s'il est convaincu que « la demande d'extradition est présentée dans le but de poursuivre ou de punir l'intéressé pour des motifs fondés sur la race, [. . .] ou [qu']il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs ». On peut se demander si, aux termes de l'al. 44(1)(b), l'atteinte n'est envisagée que dans le contexte d'une poursuite. La première partie de cette disposition semble ainsi limitée puisqu'elle porte sur les poursuites et les peines poursuivant un but discriminatoire. La dernière partie de l'alinéa, toutefois — « ou il pourrait être porté atteinte à sa situation pour l'un de ces motifs » — n'est pas expressément restreinte aux atteintes en contexte de poursuite. J'estime, pour les trois raisons exposées ci-après, que l'atteinte envisagée par la dernière partie de l'alinéa n'est pas limitée au contexte de la poursuite ou de la peine.

[89] Premièrement, comme je l'ai déjà indiqué, les versions française et anglaise de la Convention d'extradition et de la *LE* étayaient solidement la thèse selon laquelle la deuxième partie de l'al. 44(1)(b) ne

is not limited to the position of the person with respect to the prosecution or punishment in the requesting state.

[90] Second, as a review of the provision's origins and the Parliamentary record shows, a clear legislative purpose of the provision includes giving effect to Canada's obligations with respect to *non-refoulement*. Reading the section as being confined to prejudice in the prosecution or punishment of the refugee would not allow the section to achieve this purpose.

[91] Third, the provisions of the Extradition Convention on which s. 44(1)(b) is based have been interpreted as not being confined to prejudice in the context of prosecution or the imposition of punishment but have also been applied to prejudice resulting from extradition in violation of a refugee's *non-refoulement* protection. In short, the direct link between these provisions and the *non-refoulement* protections in Article 33 of the Refugee Convention has been noted and given effect.

[92] A succinct discussion of the relationship between Article 3(2) of the Extradition Convention and Article 33(1) of the Refugee Convention may be found in the decision of the Netherlands, Council of State, Judicial Division, in *Folkerts v. State-Secretary of Justice* (1978), 74 I.L.R. 472. Most relevant for our purposes is the following passage which, quoting from the decision of the *State-Secretary*, makes two important points. First, the criteria are the same for *non-refoulement* protection under Article 33 of the Refugee Convention and for protection against discrimination under Article 3(2) of the Extradition Convention. Second, the protection against discrimination under Article 3(2) is not limited to discrimination in the criminal proceedings themselves, but more generally. The report puts it this way at p. 474:

As appears from their wording and obvious intent, there is a close relation between [Article 3(2) of the European Convention on Extradition] and Article 33 of the Geneva Convention on the Status of Refugees, in

limite pas la situation de l'intéressé à la poursuite ou la peine dans l'État requérant.

[90] Deuxièmement, comme le montre l'examen des sources de la disposition et de son historique parlementaire, le législateur voulait clairement qu'elle donne effet notamment aux obligations du Canada en matière de non-refoulement. En restreindre la portée aux atteintes dans le contexte de poursuites ou de peines ne permettrait pas la réalisation de cet objet.

[91] Troisièmement, suivant l'interprétation qui en a été faite, les dispositions de la Convention d'extradition ayant inspiré l'al. 44(1)(b) ne protègent pas uniquement contre les atteintes dans le contexte de poursuites ou de peines mais ont également été appliquées aux atteintes découlant de l'extradition exécutée sans égard à la protection contre le refoulement. En bref, le lien direct entre ces dispositions et la protection contre le refoulement prévue à l'art. 33 de la Convention relative aux réfugiés a été pris en considération, et il lui a été donné effet.

[92] Dans la décision *Folkerts c. State-Secretary of Justice* (1978), 74 I.L.R. 472, la Section judiciaire du Conseil d'État des Pays-Bas a brièvement examiné la relation existant entre le par. 3(2) de la Convention d'extradition et le par. 33(1) de la Convention relative aux réfugiés. Le passage de cette décision reproduit ci-dessous, citant la *State-Secretary*, établit deux points importants, très pertinents pour le présent pourvoi. Premièrement, la disposition de protection contre le refoulement, l'art. 33 de la Convention relative aux réfugiés, et la disposition de protection contre la discrimination énoncée au par. 3(2) de la Convention d'extradition font appel aux mêmes critères. Deuxièmement, la protection contre la discrimination prévue au par. 3(2) n'est pas limitée à la discrimination dans le cadre des poursuites criminelles elles-mêmes; elle est plus générale. On peut lire ce qui suit à la p. 474 du recueil :

[TRADUCTION] Comme l'indiquent leur libellé et leur objet évident, il existe un lien étroit entre [le par. 3(2) de la Convention européenne d'extradition] et l'art. 33 de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, au

the sense that the criteria for the decision on whether an individual is threatened on account of his race, religion, nationality or political opinion must be considered to be the same in the two provisions.

The Refugees Convention does indeed apply to persons subject to forms of persecution other than criminal proceedings (prosecution), whereas a request for extradition can be made only in respect of a criminal investigation or the enforcement of a criminal judgment, though examination of a request for extradition in the light of Article 3(2) of the European Convention on Extradition does allow a judgment on the possibility of persecution other than in the sense of criminal proceedings. [Emphasis added.]

[93] The Swiss Federal Court has taken the same view. In a decision noted by Gottfried Köfner in (1993), 5 *Int'l J. Refugee L.* 271, the court is reported as saying that

art. 3 of the 1957 European Convention on Extradition stipulates not only non-extradition for political offences, but also for reasons concerning the personal situation of the individual to be extradited in the country of origin . . . Art. 3(2) of the European Convention on Extradition is the concrete expression of the refugee law principle of *non-refoulement* in the context of extradition law. Both provisions protect persons who are in danger of persecution or punishment for race, religion, nationality or their political opinion. [p. 272]

[94] It is true that there is English and Australian authority for the view that the protection afforded by the comparable provisions in those jurisdictions is limited to protection against prejudice in the trial or punishment of the person sought: see, e.g., Clive Nicholls, Clare Montgomery and Julian B. Knowles, *The Law of Extradition and Mutual Assistance* (2nd ed. 2007), at §5.44-5.53; *Hilali v. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid*, [2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435 (Q.B., Div. Ct.); Aughterson, at pp. 111-15; *Republic of Croatia v. Snedden*, [2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621. However, this approach reflects significant differences in drafting between those provisions, on one hand, and the Extradition Convention and s. 44(1)(b) on the other.

sens où il appert que la question de savoir si une personne est menacée en raison de sa race, sa religion, sa nationalité ou ses opinions politiques s'examine suivant les mêmes critères en application de l'une et l'autre disposition.

La Convention relative aux réfugiés s'applique effectivement aux personnes visées par des formes de persécution autres que des instances criminelles (poursuites), alors qu'une demande d'extradition ne peut être faite qu'à l'égard d'une enquête criminelle ou de l'exécution d'un jugement en matière criminelle, bien que l'examen d'une demande d'extradition en tenant compte du par. 3(2) de la Convention européenne d'extradition permette l'évaluation de la possibilité de persécution autrement qu'au sens de la poursuite criminelle. [Je souligne.]

[93] La Cour fédérale suisse a adopté la même position. Dans une décision résumée par Gottfried Köfner à (1993), 5 *Int'l J. Refugee L.* 271, la cour aurait affirmé que

[TRADUCTION] l'art. 3 de la Convention européenne d'extradition de 1957 prévoit non seulement qu'il ne peut y avoir extradition à l'égard d'infractions politiques, mais qu'il ne peut y en avoir non plus pour des raisons tenant à la situation personnelle de l'individu qui doit être extradé dans son pays d'origine [. . .] Le paragraphe 3(2) de la Convention européenne d'extradition est l'expression concrète, dans le contexte du droit de l'extradition, du principe de non-refoulement du droit relatif aux réfugiés. Les deux dispositions protègent les personnes qui risquent d'être persécutées ou punies pour des considérations de race, de religion, de nationalité ou d'opinions politiques. [p. 272]

[94] Il est vrai que des décisions anglaises et australiennes ont statué que la protection accordée par les dispositions du droit interne comparables ne va pas au-delà de la protection contre les atteintes dans les poursuites ou dans les peines : voir, p. ex., Clive Nicholls, Clare Montgomery et Julian B. Knowles, *The Law of Extradition and Mutual Assistance* (2^e éd. 2007), §5.44-5.53; *Hilali c. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid*, [2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435 (C. Div., B.R.); Aughterson, p. 111-115; *Republic of Croatia c. Snedden*, [2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621. Cette position, toutefois, est le reflet de différences importantes existant entre le libellé de ces dispositions d'une part, et celui de la Convention d'extradition et de l'al. 44(1)(b) d'autre part.

[95] The English provisions focus more specifically on discrimination in the context of the trial and punishment than do the Extradition Convention or s. 44(1)(b). After addressing in s. 13(a) of the *Extradition Act 2003* (U.K.), c. 41, extradition sought for a discriminatory purpose, s. 13(b) is directed to situations in which the person sought, if extradited, “might be prejudiced at his trial or punished, detained or restricted in his personal liberty by reason of his race, religion, [etc.]”. The Australian provision, s. 7(c) of the *Extradition Act 1988*, No. 4, similarly makes an explicit link between discrimination and prejudice at trial or in relation to punishment: “. . . the person may be prejudiced at his or her trial, or punished, detained or restricted in his or her personal liberty, by reason of his or her race, religion [etc.]”.

[96] Given the text and purpose of s. 44(1)(b) and the interpretation which has been given to the Extradition Convention on which it is based, I would read the closing words of s. 44(1)(b) broadly as protecting a refugee against *refoulement* which risks prejudice to him or her on the listed grounds in the requesting state whether or not the prejudice is strictly linked to prosecution or punishment.

(ii) Refugee Status and Invoking the Protection

[97] This appeal does not call for an exhaustive interpretation of s. 44(1)(b). The question here is the relationship between the conditions giving rise to refugee status and the risk described in s. 44(1)(b). In my view, a person who is a refugee and therefore entitled to *non-refoulement* protection under the Refugee Convention is entitled to invoke the protection under s. 44(1)(b). This approach is consistent with the text of the provision and achieves its legislative purpose.

[98] The Refugee Convention affords refugee protection (subject of course to exclusions) to persons having a “well-founded fear” of being persecuted on the enumerated grounds: Article 1A(2). In Canadian domestic law under s. 95 of the *IRPA*,

[95] Les dispositions du droit anglais sont plus directement axées sur la discrimination dans le contexte du procès et de la peine que ne le sont la Convention d’extradition ou l’al. 44(1)(b). L’alinéa 13a) de l’*Extradition Act 2003* (R.-U.), ch. 41, porte sur l’extradition demandée pour des motifs discriminatoires; l’al. 13b) traite des situations où l’intéressé, s’il est extradé, [TRADUCTION] « peut subir une atteinte lors de son procès ou être puni, détenu ou voir sa liberté réduite du fait de sa race, sa religion [etc.] ». La disposition australienne, l’al. 7c) de l’*Extradition Act 1988*, n° 4, établit elle aussi un lien explicite entre la discrimination et l’atteinte dans le contexte du procès ou de la peine : [TRADUCTION] « [L]’intéressé peut subir un préjudice lors de son procès ou être puni, détenu ou voir sa liberté réduite du fait de sa race, sa religion, [etc.] ».

[96] Compte tenu du texte et de l’objet de l’al. 44(1)(b) ainsi que de la façon dont a été interprétée la Convention d’extradition dont il est inspiré, j’estime qu’il faut donner une interprétation large à la dernière partie de l’al. 44(1)(b) et considérer que cet alinéa protège le réfugié contre le refoulement qui risque de lui porter atteinte pour un motif énuméré dans l’État requérant, que cette atteinte soit ou non strictement liée à la poursuite ou la punition.

(ii) Qualité de réfugié et application de la protection

[97] Le présent pourvoi n’exige pas que l’on procède à une interprétation détaillée de l’al. 44(1)(b). Ce qui importe en l’espèce est le lien existant entre les conditions déterminant la qualité de réfugié et le risque décrit à l’al. 44(1)(b). Selon moi, quiconque a qualité de réfugié et peut, en conséquence, se réclamer de la protection contre le refoulement en vertu de la Convention relative aux réfugiés peut invoquer la protection prévue à l’al. 44(1)(b). Ce raisonnement concorde avec le texte de cette disposition et permet la réalisation de son objet législatif.

[98] La Convention relative aux réfugiés protège (sous réserve de certaines exclusions, naturellement) les personnes « craignant avec raison » d’être persécutées pour les motifs qu’elle énumère : section A(2) de l’article premier. En droit interne

a refugee claimant must show that he or she falls within the statutory definition of refugee, which, in the case of Convention refugees, closely tracks the language of the Refugee Convention: s. 96 of the *IRPA*. Jurisprudence from the Federal Court of Appeal holds that the burden is on the claimant to show that he or she subjectively fears persecution and that this fear is objectively well-founded. The latter condition requires proof that there is a “reasonable chance”, a “reasonable” possibility, or a “serious possibility”: see, e.g., *Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 2 F.C. 680 (C.A.), at p. 683; Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §8.91-8.98. My objective is not to reach any firm conclusions about precisely how the test should be framed; the point is simply that under the Refugee Convention and under s. 96 of the *IRPA*, the refugee claimant has to establish a risk of persecution and does not have to prove on the balance of probabilities that the feared persecution will in fact occur.

[99] The next question is how this approach to refugee protection fits with the Refugee Convention’s protection against *refoulement*. On an initial reading of the text, the Refugee Convention’s *non-refoulement* provision, Article 33, does not seem to be exactly aligned with the Convention’s definition of refugee. While the Article 1 definition of refugee speaks of a “well-founded fear of being persecuted” on the prohibited grounds, Article 33 protects against expulsion of a refugee to a place “where his life or freedom would be threatened” on those grounds. The use of the words “would be” in Article 33 may suggest that a probability of persecution has to be shown, while the use of the word “threatened” suggests that, like the definition of refugee, this protection against *refoulement* is concerned with risk. The different words used in Articles 1 and 33 give rise to the question of whether all persons who meet the definition of refugee in Article 1 (and are not otherwise excluded from refugee protection) are entitled to protection against *refoulement* under Article 33, or whether some different or higher standard is required to be

canadien, le demandeur d’asile doit, suivant l’art. 95 de la *LIPR*, démontrer que la définition de réfugié prévue par la Loi s’applique à lui; dans le cas des réfugiés au sens de la Convention, cette définition suit de très près le libellé de la Convention relative aux réfugiés : art. 96 de la *LIPR*. La Cour d’appel fédérale a jugé qu’il incombe au demandeur d’asile de démontrer l’existence d’une crainte subjective de persécution reposant sur des fondements objectifs. La deuxième condition exige la preuve d’une « possibilité raisonnable » ou d’une « possibilité sérieuse » de persécution : voir, p. ex., *Adjei c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1989] 2 C.F. 680 (C.A.), p. 683; Lorne Waldman, *Immigration Law and Practice* (2^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, §8.91-8.98. Sans vouloir arriver ici à une formulation précise du test applicable, je tiens simplement à indiquer qu’en vertu de la Convention relative aux réfugiés et de l’art. 96 de la *LIPR* le demandeur d’asile doit démontrer l’existence d’un risque de persécution mais n’a pas à prouver suivant la prépondérance des probabilités que sa crainte de la persécution se matérialisera.

[99] La question suivante concerne la façon dont cette conception de la protection des réfugiés se combine avec la protection contre le *refoulement* prévue par la Convention relative aux réfugiés. À première vue, l’art. 33, la disposition de cette Convention traitant de la protection contre le *refoulement*, ne semble pas coïncider parfaitement avec la définition de réfugié que donne cet instrument. Alors que la définition énoncée à l’article premier parle d’une personne « craignant avec raison d’être persécutée » pour un motif interdit, l’art. 33 protège le réfugié contre l’expulsion vers un territoire « où sa vie ou sa liberté seraient menacées » pour ces motifs. L’emploi du conditionnel à l’art. 33 peut donner à penser qu’il faut démontrer l’existence d’une probabilité de persécution, tandis que le mot « menacées » indique que cette protection contre le *refoulement*, comme la définition de réfugié, se rapporte à un risque. On peut se demander, devant la différence dans la terminologie utilisée à l’article premier et à l’art. 33, si toutes les personnes satisfaisant à la définition de réfugié énoncée à l’article premier (qui ne sont pas

entitled to that protection. There is a strong case to be made that the thresholds are in fact the same under both provisions. But in any event, the language of s. 44(1)(b) — “may be prejudiced” — demonstrates a clear legislative intent to refer to a risk of prejudice rather than to a more certain standard.

[100] Commentators are generally in agreement that the thresholds under Articles 1 and 33 of the Refugee Convention are the same — in other words, that all refugees under the Refugee Convention benefit from Article 33 *non-refoulement* protection notwithstanding the difference in wording between Article 1 and Article 33: see, e.g., Goodwin-Gill and McAdam, at p. 234; Wouters, at pp. 56-57; Hathaway, at pp. 304-5; Jari Pirjola, “Shadows in Paradise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept” (2007), 19 *Int’l J. Refugee L.* 639, at p. 645. The commentators’ position is supported by judicial decisions in the United Kingdom, Australia and New Zealand: see, e.g., *R. v. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran*, [1988] 1 A.C. 958, at p. 1001; *M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290, at para. 38; *Zaoui v. Attorney-General (No. 2)*, [2005] 1 N.Z.L.R. 690 (C.A.), at para. 36.

[101] There are however, opinions to the contrary in the United States. For example, in *Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), in the course of interpreting the U.S. domestic law tests for withholding of deportation and granting asylum as a refugee, a majority of the Supreme Court opined that Article 33.1 of the Refugee Convention does not extend *non-refoulement* protection to everyone who meets the definition of refugee: p. 440. This view, however, was not accepted by three members of the court. Given the fundamental human rights character of the Refugee Convention and the centrality to refugee law of the principle of *non-refoulement*, I, with respect, find the views of the commentators and the

autrement exclues de la protection des réfugiés) ont droit à la protection contre le refoulement de l’art. 33 ou si une norme distincte ou plus exigeante s’applique à cette protection. On peut solidement faire valoir que les conditions sont les mêmes dans les deux dispositions mais, en tout état de cause, les mots « pourrait être portée atteinte » de l’al. 44(1)(b) indiquent que le législateur envisage clairement un risque d’atteinte et non une norme plus certaine.

[100] Les auteurs s’entendent généralement sur le fait que les conditions établies par l’article premier et l’art. 33 de la Convention relative aux réfugiés sont les mêmes — autrement dit, que tous les réfugiés au sens de la Convention peuvent se prévaloir de la protection contre le refoulement de l’art. 33 en dépit de la différence de formulation entre les deux dispositions : voir, p. ex., Goodwin-Gill et McAdam, p. 234; Wouters, p. 56-57; Hathaway, p. 304-305; Jari Pirjola, « Shadows in Paradise — Exploring *Non-Refoulement* as an Open Concept » (2007), 19 *Int’l J. Refugee L.* 639, p. 645. Cette position des auteurs s’appuie sur des décisions judiciaires du Royaume-Uni, de l’Australie et de la Nouvelle-Zélande : voir, p. ex., *R. c. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran*, [1988] 1 A.C. 958, p. 1001; *M38/2002 c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290, par. 38; *Zaoui c. Attorney-General (No. 2)*, [2005] 1 N.Z.L.R. 690 (C.A.), par. 36.

[101] On trouve toutefois aux États-Unis des opinions contraires. Dans l’arrêt *Immigration and Naturalization Service c. Cardoza-Fonseca*, 480 U.S. 421 (1987), la Cour suprême, qui interprétait les critères applicables en droit interne américain concernant la non-expulsion et l’octroi d’asile à une réfugiée, a jugé à la majorité que l’art. 33.1 de la Convention relative aux réfugiés n’accorde pas la protection contre le refoulement à toutes les personnes qui correspondent à la définition de réfugié : p. 440. Trois juges, toutefois, ne partageaient pas cette opinion. Étant donné que les droits de la personne forment l’assise de la Convention relative aux réfugiés et que le principe de non-refoulement occupe une place fondamentale en droit des

judicial opinions from other jurisdictions to which I have referred more persuasive on this point.

[102] The closing words of s. 44(1)(b) — “may be prejudiced” — seem concerned with risk of prejudice rather than with the need to demonstrate that it is more likely than not to occur. It is only sensible, in my view, to think that a person who meets the definition of refugee under s. 96 of the *IRPA* also meets the test for risk of prejudice set out in s. 44(1)(b). Moreover, this interpretation best gives effect to an important purpose of s. 44(1)(b), that is, to implement Canada’s *non-refoulement* obligations in the extradition setting. As Mr. Van Kessel put it during his testimony to the Parliamentary Committee considering the draft Bill, the purpose of this provision is to require the Minister to refuse surrender “if the refugee definition applies”. It also seems to me that a person’s position is prejudiced when he or she is extradited contrary to Canada’s *non-refoulement* obligations under international law. I conclude that a person entitled to refugee protection in Canada and therefore protection against *refoulement* is entitled to protection under s. 44(1)(b).

(iii) Burden of Proof

[103] There is one significant difference between the task facing the Minister on a surrender decision under the *EA* and the task facing the Refugee Protection Division (or the Refugee Appeal Division) under the *IRPA* at the time refugee status was granted. That is the factor of timing. As noted earlier, an individual’s status as a refugee under the Refugee Convention has a temporal aspect; the status depends on the situation that exists at the time protection is sought. In the same way, the relevant time for assessing entitlement to *non-refoulement* protection is the time removal is sought. The same principle applies to s. 44(1)(b). The question of entitlement to protection against *refoulement* arises at the time surrender is being considered and must be

réfugiés, j’estime plus convaincante l’opinion des auteurs et des tribunaux des autres pays dont j’ai mentionné les décisions.

[102] Les mots « pourrait être porté atteinte » à la fin de l’al. 44(1)(b) paraissent se rapporter au risque d’atteinte plutôt qu’à la nécessité de démontrer que, selon toute vraisemblance, ce risque se matérialisera. Il n’est que logique, à mon avis, de penser qu’une personne satisfaisant à la définition de réfugié énoncée à l’art. 96 de la *LIPR* satisfait également au critère en matière de risque d’atteinte établi à l’al. 44(1)(b). Cette interprétation, en outre, est celle qui permet le mieux de donner effet à un but important poursuivi par l’al. 44(1)(b), à savoir la mise en œuvre des obligations de non-refoulement du Canada dans le contexte de l’extradition. Comme l’a déclaré M. Van Kessel dans son témoignage devant le comité parlementaire examinant l’avant-projet de loi, cette disposition a pour but d’obliger le ministre à refuser l’extradition « si la définition de réfugié s’applique ». Il me semble également qu’il y a atteinte à la situation d’une personne si elle est extradée en contravention des obligations de non-refoulement qu’assume le Canada sous le régime du droit international. Je conclus qu’une personne ayant le droit de bénéficier du régime de protection des réfugiés au Canada et, donc, de la protection contre le refoulement, a droit à la protection en vertu de l’al. 44(1)(b).

(iii) Le fardeau de la preuve

[103] L’examen effectué par le ministre pour statuer sur une demande d’extradition sous le régime de la *LE* diffère sur un point important de celui auquel procède la Section de la protection des réfugiés (ou la Section d’appel des réfugiés) avant d’accorder le droit d’asile sous le régime de la *LIPR* : la date pertinente servant à l’examen. La qualité de réfugié au sens de la Convention relative aux réfugiés comporte, je le répète, un aspect temporel; elle dépend de la situation existant au moment où la protection est demandée. Le droit à la protection contre le refoulement s’apprécie lui aussi au moment où le renvoi est demandé. Le même principe s’applique à l’al. 44(1)(b). La question du droit à la protection contre le refoulement se pose au moment

assessed in light of the circumstances at that time. I therefore agree with the Minister when he decided that he should have regard to current conditions in considering whether to surrender the appellants, not to the conditions in Hungary some six years earlier when the appellants had sought and been granted refugee status.

[104] It is often contended, as it was during argument of this appeal, that the principle of *non-refoulement* has acquired the status of *jus cogens*. I do not find it necessary to decide this point, which is controversial among international law scholars: see, e.g., the review of the literature in Aoife Duffy, “Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law” (2008), 20 *Int’l J. Refugee L.* 373. Canada has bound itself to the principle of *non-refoulement* by express provision in the Refugee Convention. There is no inconsistency between Canadian domestic law and Canada’s international undertaking in this regard on the interpretation I would adopt of s. 44.

[105] The question then arises as to who bears the burden when a person with refugee status invokes s. 44(1)(b) to avoid surrender. The approach taken by the Minister in this case — to place the burden of proving on the balance of probabilities that persecution would in fact occur — in my view is not compatible with Canada’s international undertakings with respect to *non-refoulement* or with the requirements of fundamental fairness to the refugee. As noted, *non-refoulement* is a cornerstone of refugee protection under the Refugee Convention and one from which states may not make reservations: see Article 42. Moreover, the *EA* underlines the central importance of this obligation in s. 44(1)(b) by making risk of persecution a mandatory ground of refusal of surrender which prevails over extradition treaty obligations. Canada has established elaborate *quasi-judicial* proceedings to make refugee determinations. In light of all this, my view is that where a person has been found, according to the processes established by Canadian law, to be a refugee and therefore to have at least a *prima facie* entitlement to protection against

de l’étude de la demande d’extradition et elle s’examine en fonction des circonstances existant alors. Le ministre avait donc raison de considérer qu’il devait trancher la demande d’extradition des appellants en fonction de la situation actuelle, non les circonstances prévalant en Hongrie au moment où les appelants avaient demandé et obtenu asile en tant que réfugiés, quelque six ans auparavant.

[104] L’argument voulant que le principe du non-refoulement ait acquis le statut de *jus cogens* est souvent invoqué, et il l’a été en l’espèce. J’estime toutefois qu’il n’y a pas lieu de statuer sur ce point, qui ne fait pas l’unanimité parmi les théoriciens du droit international : voir, p. ex., la recension des études sur cette question dans Aoife Duffy, « Expulsion to Face Torture? *Non-refoulement* in International Law » (2008), 20 *Int’l J. Refugee L.* 373. Le Canada a adhéré au principe de non-refoulement expressément formulé dans la Convention relative aux réfugiés. L’interprétation de l’art. 44 que je préconise n’entraîne aucune incompatibilité entre le droit interne du Canada et ses engagements internationaux.

[105] Il faut alors se demander qui a le fardeau de la preuve lorsqu’un réfugié invoque l’al. 44(1)(b) pour échapper à l’extradition. La position retenue par le ministre en l’espèce — qui fait reposer le fardeau de prouver suivant la prépondérance des probabilités qu’il y aurait effectivement persécution — n’est pas compatible, selon moi, avec les engagements internationaux pris par le Canada en matière de non-refoulement ni avec les exigences d’équité fondamentale applicables à l’égard du réfugié. On l’a vu, le non-refoulement constitue un principe fondamental de la protection des réfugiés aux termes de la Convention relative aux réfugiés, et ce principe ne peut faire l’objet d’aucune réserve de la part des États : voir l’art. 42 de cette Convention. En outre, la *LE* met en relief l’importance primordiale de cette obligation, à l’al. 44(1)(b), en faisant du risque de persécution un motif obligatoire de refus d’extradition ayant préséance sur les obligations découlant de traités d’extradition. Le Canada a établi une procédure quasi-judiciaire complexe pour la prise de décisions en matière de protection des réfugiés. Tout cela m’amène à

refoulement, that determination must be given appropriate weight by the Minister in exercising his duty to refuse extradition on the basis of risk of persecution.

[106] In my view, there should be no burden on a person who has refugee status to persuade the Minister that the conditions which led to the conferral of refugee protection have not changed. This approach is not only consistent with Canada's domestic law in relation to cessation of refugee protection on the basis of changed circumstances, but with Canada's international undertakings with respect to *non-refoulement* of refugees. It also seems to me to be a more practical and fair approach than placing a burden on refugees to prove current conditions in the country from which they have been absent perhaps, as in this case, for an extended period.

[107] Change of circumstances in a refugee's country of origin may lead to cessation of refugee protection. This is contemplated by Article 1C(1) to (6) of the Refugee Convention. In short, protection ceases to apply to persons who, by virtue of a change in circumstances, no longer need it. Thus, under Article 1C(5) and (6), refugee protection ceases to apply when the circumstances which led to refugee status being recognized have ceased to exist. When these changes in circumstance occur between the time refugee status is claimed and adjudication of the claim, they may justify refusal of refugee status. If the changed circumstances occur after refugee status has been conferred, they may be invoked to justify revocation of that status on the basis that the person is no longer entitled to refugee protection.

[108] Apart from changed circumstances, the Refugee Convention also has exclusion clauses (Article 1F) which may be invoked after refugee status has been granted to demonstrate that the

conclure que lorsque la qualité de réfugié et, par voie de conséquence, l'existence à première vue à tout le moins d'un droit à la protection contre le refoulement, ont été reconnues à une personne en application du régime établi en droit canadien, le ministre doit accorder le poids voulu à cette reconnaissance dans l'exécution de son obligation de refuser l'extradition en raison d'un risque de persécution.

[106] À mon avis, un réfugié ne devrait pas avoir à convaincre le ministre que les circonstances ayant présidé à la décision de le protéger n'ont pas changé. Cette position est conforme non seulement au droit canadien régissant la perte du droit d'asile découlant de changements de circonstances mais également aux engagements internationaux du Canada en matière de non-refoulement des réfugiés. Elle est également plus pratique et plus juste, me semble-t-il, que l'imposition aux réfugiés du fardeau de faire la preuve de la situation existant actuellement dans un pays d'où ils sont absents depuis longtemps, peut-être, comme c'est le cas en l'espèce.

[107] Un changement de circonstances dans le pays d'origine du réfugié peut entraîner la perte de la protection à titre de réfugié. Cette situation est prévue aux sections C(1) à C(6) de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés. Brièvement, la protection cesse d'être applicable aux personnes qui, par suite d'un changement de situation, n'en ont plus besoin. Ainsi, aux termes des sections C(5) et C(6) de l'article premier, la protection cesse lorsque les circonstances ayant fondé la reconnaissance de la qualité de réfugié ont disparu. Lorsque ces changements se produisent avant qu'il ne soit statué sur la demande d'asile, ils peuvent justifier le rejet de la demande. S'ils surviennent après que la qualité de réfugié a été reconnue, ils peuvent être invoqués pour justifier la révocation de cette reconnaissance au motif que la personne n'a plus droit au régime de protection des réfugiés.

[108] Outre les dispositions relatives aux changements de circonstances, la Convention relative aux réfugiés renferme également des dispositions d'exclusion (section F de l'article premier) qui peuvent

person was not, in fact, entitled to refugee protection. As noted earlier, the exclusions relate for example to war crimes, serious non-political crimes and acts contrary to the purposes and principles of the United Nations. As these exclusions relate to the entitlement of a person to refugee status, they will also be relevant to determining entitlement to *non-refoulement* protection. For the purposes of *non-refoulement* protection under the Refugee Convention, it is co-extensive with the entitlement to refugee protection.

[109] It is widely accepted that the state bears the burden of proof that refugee status previously recognized should be terminated on the basis that the circumstances justifying refugee status no longer exist: Hathaway, at p. 920, fn. 20; Goodwin-Gill and McAdam, at p. 143; Joan Fitzpatrick and Rafael Bonoan, “La cessation de la protection de réfugié” in Feller, Türk and Nicholson, 551, at pp. 596 and 603; United Nations High Commissioner for Refugees, “Relevé des conclusions: La cessation du statut de réfugié”, May 3-4, 2001, para. 27 reproduced in Feller, Türk and Nicholson, 611. Thus, under the Refugee Convention, persons who have established that they meet the refugee definition should not bear the burden of proving that they continue to do so.

[110] This view is also consistent with Canadian domestic law. The cessation provisions of the Refugee Convention are reflected in the *IRPA*. Under the *IRPA*, the MCI may apply to the Refugee Protection Division for a determination that refugee protection has ceased by virtue of any of the circumstances set out in s. 108(1): s. 108(2). Section 108(1) lists a number of circumstances which virtually mirror those set out in Article 1C(1) to (6) of the Refugee Convention and includes, in s. 108(1)(e) that “the reasons for which the person sought refugee protection have ceased to exist”. A second basis of termination is provided for under s. 109. The Refugee Protection Division, on application of the Minister, may vacate a decision to allow a claim for refugee protection if it finds that the decision was obtained as a result of misrepresentation

être invoquées après la reconnaissance de la qualité de réfugié, dans le but de démontrer que l’intéressé n’avait pas droit, en fait, à la protection. Comme il en a été fait mention, l’exclusion peut découler, par exemple, de crimes de guerre, de crimes graves de droit commun et d’agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies. Comme l’exclusion agit sur le droit d’être reconnu comme réfugié, elle sera également pertinente pour statuer sur le droit à la protection contre le refoulement. La protection contre le refoulement en vertu de la Convention relative aux réfugiés est liée au droit à la protection à titre de réfugié.

[109] Il est largement accepté qu’il incombe à l’État de prouver que la protection à titre de réfugié n’est plus applicable du fait que les circonstances ayant fondé son octroi ont cessé d’exister : Hathaway, p. 920, note 20; Goodwin-Gill et McAdam, p. 143; Joan Fitzpatrick et Rafael Bonoan, « La cessation de la protection de réfugié » dans Feller, Türk et Nicholson, 551, p. 596 et 603; Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, « Relevé des conclusions : La cessation du statut de réfugié », 3-4 mai 2001, par. 27, reproduit dans Feller, Türk et Nicholson, 611. Aux termes de la Convention relative aux réfugiés, donc, les personnes qui ont établi qu’elles satisfont à la définition de réfugié ne devraient pas avoir à prouver qu’elles y satisfont toujours.

[110] Cette position est également compatible avec le droit canadien. Les dispositions régissant la cessation d’application de la Convention relative aux réfugiés ont été transposées dans la *LIPR*. Suivant le par. 108(2) de la *LIPR*, le MCI peut demander à la Section de la protection des réfugiés de constater la perte de l’asile pour les motifs énoncés au par. 108(1). Ces motifs sont pratiquement identiques à ceux énumérés aux sections C(1) à C(6) de l’article premier de la Convention relative aux réfugiés et comprennent le cas où « les raisons qui [. . .] ont fait demander l’asile n’existent plus » (al. 108(1)e)). L’article 109 prévoit un autre cas de cessation : sur demande du ministre, la Section de la protection des réfugiés peut annuler la décision ayant accueilli une demande d’asile si elle conclut que cette décision résultait de présentations erronées ou

or withholding material facts. Consistent with my earlier comments on the burden of proof, the *IRPA* makes it clear that it is up to the MCI to apply for the order that refugee protection has ceased and to advance the reasons in support of the application: s. 108(2) of the *IRPA* and *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, rule 57(2)(f).

[111] Thus, the obligations under the Refugee Convention and the analogy to the cessation and revocation provisions under the *IRPA* suggest that, under s. 44(1)(b) of the *EA*, a refugee should not have to establish at the surrender phase that the conditions which lead to conferring refugee status, and thus to *non-refoulement* protection, continue to exist. This approach also seems to me to be both practical and fair. It gives some weight, but not binding force, to the earlier conclusion that refugee protection was justified. It also prevents placing a burden on a person sought that he or she is not well placed to discharge. Consider the present case. It does not to me seem either fair or practical to require the appellants to establish current conditions in Hungary, a country from which they have been absent for six years. Both the Minister, through consultation with the MCI, and the requesting state are much better placed to come forward with evidence of changed conditions than is the refugee whose extradition is sought.

[112] In my view, when the Minister acting under the *EA* is in effect determining that refugee protection (and thus *non-refoulement* protection under the Refugee Convention) of a person sought is excluded or is no longer required by virtue of a change of circumstances in the requesting country, he must be satisfied on the balance of probabilities that the person sought is no longer entitled to refugee status in Canada.

[113] Nothing I have said affects the burden on a person who has not been granted refugee status who relies on mandatory grounds of refusal of surrender under s. 44.

de réticence sur un fait important. Dans la logique de mes commentaires précédents sur le fardeau de preuve, la *LIPR* indique clairement qu'il appartient au MCI de demander le constat que la protection d'un réfugié n'est plus applicable et d'indiquer les raisons fondant sa demande : par. 108(2) de la *LIPR* et al. 57(2)f) des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228.

[111] Par conséquent, les obligations imposées par la Convention relative aux réfugiés et les dispositions analogues de la *LIPR* relatives à la perte et à la révocation de la protection indiquent que l'al. 44(1)b) de la *LE* n'oblige pas le réfugié à prouver, à l'étape de l'arrêt d'extradition, que les conditions ayant présidé à l'octroi de l'asile et, conséquemment, à la protection contre le refoulement, continuent d'exister. Il me semble s'agir là, en outre, d'une approche à la fois pratique et équitable. Elle confère du poids à la reconnaissance antérieure de la qualité de réfugié sans lui conférer de force obligatoire. Elle évite également de faire peser sur l'intéressé un fardeau de preuve dont il peut difficilement s'acquitter. Prenons la situation qui nous occupe. Il ne me paraît ni équitable ni pratique d'exiger que les appelants fassent la preuve de la situation actuelle existant en Hongrie, un pays dont ils sont absents depuis six ans. Le ministre, en consultation avec le MCI, et l'État requérant sont tous deux beaucoup mieux placés qu'un réfugié visé par une demande d'extradition pour présenter la preuve que la situation a changé.

[112] À mon avis, lorsque le ministre détermine, sous le régime de la *LE*, que la protection à titre de réfugié (et, conséquemment, la protection contre le refoulement sous le régime de la Convention relative aux réfugiés) est exclue ou qu'elle n'est plus nécessaire par suite d'un changement de circonstances dans le pays requérant, il doit être convaincu suivant la prépondérance des probabilités que l'intéressé n'a plus droit à l'asile au Canada.

[113] Rien de ce qui précède n'a d'effet sur le fardeau de preuve d'une personne n'ayant pas obtenu l'asile qui invoque des motifs obligatoires de refus d'extradition sous le régime de l'art. 44.

(e) *Summary of Conclusions*

[114] I will summarize my conclusions about how s. 44(1)(b) should be applied when the person sought has refugee status in Canada and the requesting state is the country from which refugee protection was accorded.

1. Section 44(1)(b) must be considered whenever the Minister's surrender decision concerns a person with refugee status in Canada and the requesting state is the one from which the refugee has been granted protection.
2. Refusal of surrender is mandatory if the Minister is satisfied that the conditions which lead to conferral of refugee status still exist and it is not shown that the person sought was or has become ineligible for refugee status. In short, a person's position may be prejudiced within the meaning of s. 44(1)(b) if surrendered in violation of Canada's *non-refoulement* obligations under the Refugee Convention.
3. The relevant time for considering the person's ongoing entitlement to refugee protection and therefore protection against *refoulement* and any change of conditions in the requesting state for the purposes of s. 44(1)(b) is the time at which surrender is sought.
4. The refugee status of the person sought establishes, absent proof on the balance of probabilities to the contrary, that his or her position will be prejudiced on a prohibited ground under s. 44(1)(b) if surrendered. The refugee does not have the burden of showing that the circumstances giving rise to conferral of refugee status continue to exist in the requesting state or that he or she otherwise remains entitled to refugee protection.
5. The Minister must consult with the MCI concerning current conditions in the requesting

e) *Résumé des conclusions*

[114] Voici un résumé de mes conclusions sur l'application de l'al. 44(1)b lorsque l'intéressé a qualité de réfugié au Canada et que l'État requérant est le pays à l'égard duquel cette protection lui a été accordée.

1. Il y a lieu de procéder à l'examen requis par l'al. 44(1)b lorsque la décision du ministre en matière d'extradition vise une personne ayant qualité de réfugié au Canada et que l'État requérant est le pays à l'égard duquel cette protection a été accordée au réfugié.
2. Le refus d'extradition est obligatoire si le ministre est convaincu que les conditions ayant donné lieu à la reconnaissance de la qualité de réfugié existent toujours et s'il n'est pas démontré que l'intéressé était ou est devenu inadmissible à revendiquer cette qualité. Bref, l'extradition en contravention des obligations de non-refoulement imposées au Canada par la Convention relative aux réfugiés peut porter atteinte à la situation de l'intéressé au sens de l'al. 44(1)b).
3. La date pertinente pour l'examen de la question de savoir si l'intéressé continue de pouvoir se réclamer du régime de protection des réfugiés et, conséquemment, de la protection contre le refoulement, et de la question de savoir si les conditions existant dans l'État requérant ont changé, pour l'application de l'al. 44(1)b, est la date de la demande d'extradition.
4. En l'absence de preuve contraire établie suivant la prépondérance des probabilités, la qualité de réfugié de l'intéressé établit qu'il pourrait être porté atteinte à sa situation pour un motif interdit au sens de l'al. 44(1)b si celui-ci était extradé. Le réfugié n'a pas à démontrer que les circonstances ayant donné lieu à l'octroi de l'asile existent toujours dans l'État requérant ou qu'il continue de quelque autre manière d'avoir droit à l'asile.
5. Pour déterminer si l'intéressé a cessé d'avoir droit à l'asile par suite de changement de

state in considering whether the person sought is no longer entitled to refugee protection on the basis of changed circumstances.

6. A duty of fairness applies to the Minister's consideration of the issue under s. 44(1)(b) which includes providing the refugee with the case to meet, providing a reasonable opportunity to challenge that case as well as a reasonable opportunity to present his or her own case.

(3) The Minister's Decision

[115] I return to the Minister's decisions with respect to the appellants. As is apparent from the preceding discussion, my view is that the Minister's consideration of the appellants' case was fundamentally flawed. He failed to address s. 44(1)(b) which is the most relevant provision of the *EA* in relation to their surrender, he imposed a burden on them to show continuing risk of persecution and he applied a wrong and more onerous test than that prescribed by s. 44(1)(b). In short, the decision was based on incorrect legal principles and was unreasonable. I should add that the appellants did not place before the Minister the role that s. 44(1)(b) ought to play in his determination and the provision was referred to only in passing in the submissions in this Court.

[116] The respondent briefly submits that the appellants are disentitled to *non-refoulement* protection by virtue of the serious crime exception. However, in my view, this question was never more than a peripheral issue in this case and the Minister did not base his decision on it.

[117] I should first set out the legal parameters of the serious crime exception to *non-refoulement* protection. Articles 1E and 1F of the Refugee Convention set out exclusions from refugee protection in relation to those who either do not need or are seen as not deserving it: Martin Jones and Sasha Baglay, *Refugee Law* (2007), at p. 146. Section 98 of the *IRPA* simply incorporates these exclusions by reference. Article 1E excludes persons who are recognized by the country in which they have taken

circumstances, le ministre doit consulter le MCI au sujet des conditions existant dans l'État requérant.

6. Dans l'examen requis par l'al. 44(1)b), le ministre est soumis à une obligation d'équité exigeant notamment qu'il communique à l'intéressé la preuve existant contre lui, qu'il lui fournisse une possibilité raisonnable de la contester ainsi que de présenter sa propre preuve.

(3) La décision du ministre

[115] Je reviens à la décision du ministre concernant les appelants. Il appert de l'analyse qui précède que la décision du ministre visant les appelants procède, à mon avis, d'un examen fondamentalement vicié. Le ministre n'a pas examiné l'al. 44(1)b), la disposition la plus importante de la *LE* en rapport avec l'extradition des appelants, il a imposé à ceux-ci le fardeau de prouver que le risque de persécution existait toujours et il a appliqué un critère erroné et plus exigeant que celui que prévoit l'al. 44(1)b). Bref, sa décision reposait sur des principes juridiques erronés, et elle était déraisonnable. Il faut cependant indiquer que les appelants n'ont pas fait valoir devant le ministre d'argument relatif au rôle que devait jouer l'al. 44(1)b) dans sa décision, et que cette disposition n'a été que brièvement évoquée devant notre Cour.

[116] L'intimé a fait valoir succinctement que l'exception de la grande criminalité prive les appelants du droit à la protection contre le refoulement. J'estime toutefois que ce facteur a toujours été périphérique et qu'il ne constituait pas le fondement de la décision du ministre.

[117] Posons d'abord les paramètres juridiques de l'exclusion de la protection contre le refoulement pour cause de grande criminalité. Les sections E et F de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés décrivent les exclusions de la protection des réfugiés selon que les intéressés n'en ont pas besoin ou sont réputés ne pas la mériter : Martin Jones et Sasha Baglay, *Refugee Law* (2007), p. 146. Ces exclusions sont simplement incorporées par renvoi à l'art. 98 de la *LIPR*. La section E de l'article

residence as having rights and obligations attaching to nationality in that country. Article 1F excludes persons with respect to whom there are serious reasons for considering that they have (a) committed a crime against peace, a war crime, or a crime against humanity; (b) a serious non-political crime outside the country of refuge prior to his admission to that country as a refugee or (c) has been guilty of acts contrary to the purposes and principles of the United Nations.

[118] In this case, the Minister referred to the exclusion in (b), which I will refer to as the “serious crime” exception, in reaching his decision to extradite the appellants. In his January 30, 2008 letter addressing Mr. Németh’s submissions as to why he ought not to be surrendered, the Minister noted the exception to *non-refoulement* dealing with serious non-political offences and that in the immigration context, such offences had been defined to be offences punishable by imprisonment of 10 years or more. He continued: “While it is not clear that refugee law is applicable in the extradition context, I note that the offence of fraud is punishable under Canadian law by a maximum term of imprisonment of more than ten years” (A.R., vol. 1, at p. 12).

[119] These comments make it clear, in my view, that the Minister did not decide whether the serious crime exception applied to the appellants. His decision leaves three critical issues unresolved: how the serious crime exception relates to extradition proceedings, what constitutes a “serious non-political crime” for these purposes and whether the appellants were accused of committing such a crime.

[120] First, the Minister noted how serious crime was defined in the “immigration context”. I take this to be a reference to s. 105 of the *IRPA*. As I mentioned earlier, that provision states that if a person is ordered surrendered for an offence punishable by 10 years or more, the order of surrender is deemed to be a rejection of a claim for refugee

premier exclut les personnes considérées dans le pays où elles ont établi leur résidence comme ayant les droits et obligations attachés à la possession de la nationalité de ce pays. La section F de cet article premier exclut les personnes dont on a des raisons sérieuses de penser a) qu’elles ont commis un crime contre la paix, un crime de guerre ou un crime contre l’humanité, b) qu’elles ont commis un crime grave de droit commun en dehors du pays d’accueil avant d’y être admises comme réfugiés ou c) qu’elles se sont rendues coupables d’agissements contraires aux buts et principes des Nations Unies.

[118] En l’espèce, le ministre a mentionné dans sa décision d’extradition l’exclusion b), que j’appellerai l’exclusion pour « crime grave ». Dans sa lettre du 30 janvier 2008 faisant suite aux observations soumises par M. Németh pour faire valoir qu’il ne devait pas être extradé, le ministre a fait état de l’exception au principe de non-refoulement visant les crimes graves de droit commun en indiquant qu’en matière d’immigration, ces crimes étaient définis comme des infractions punissables d’une peine d’emprisonnement d’au moins 10 ans. Il a ajouté : « Même s’il n’est pas clair si le droit des réfugiés est applicable dans le contexte de l’extradition, je note que l’infraction de fraude est punissable sous le régime du droit canadien par une peine d’emprisonnement maximale de plus de dix ans » (d.a., vol. 1, p. 8).

[119] Il ressort clairement de ces commentaires que la décision du ministre n’a pas tranché la question de savoir si l’exception pour crime grave s’appliquait aux appelants. Elle a laissé ouvertes trois questions cruciales : comment l’exception pour crime grave se rattache à la procédure d’extradition, ce qui constitue un « crime grave de droit commun » en contexte d’extradition et si les appelants étaient accusés d’un tel crime.

[120] Premièrement, le ministre s’est reporté à la définition de crime grave dans « le contexte de l’immigration ». Il s’agit là, à mon sens, d’une référence à l’art. 105 de la *LIPR*. Comme je l’ai déjà indiqué, selon cette disposition, si un arrêté d’extradition est pris contre une personne en raison d’une infraction punissable d’une peine de 10 ans

protection by virtue of the serious crimes exception in Article 1F(b) of the Refugee Convention. Thus, it seems that Parliament, in the *IRPA*, has decided two issues about how the Refugee Convention should be implemented in Canada. The first is that a crime punishable by at least 10 years imprisonment constitutes a “serious non-political crime” within the meaning of Article 1F(b). (I note that this approach is also consistent with the inadmissibility rules for serious criminality provided for in s. 36 of the *IRPA*.) The second is that the test for committal on extradition is sufficient to meet the “serious reasons for considering” test set out in Article 1F. In his decision, however, the Minister simply noted that “it is not clear” that approach to the definition of serious crime under the *IRPA* applies in the extradition context; I do not take this as a decision that it does.

[121] Moreover, while the Minister stated that the offence of fraud is punishable by imprisonment of 10 or more years, he did not decide that the appellants were charged with an offence punishable by such a sentence. Under Canadian law, the possible punishments for fraud depend on the value of the subject matter of the offence. Where it exceeds \$5,000, the maximum penalty is 14 years imprisonment; where it does not exceed \$5,000, the maximum term of imprisonment is 2 years: *Criminal Code*, ss. 380(1)(a) and (b). Thus, even assuming the *IRPA*'s approach to the definition of a serious non-political crime applies under the Refugee Convention, whether the crime alleged against the appellants in Hungary is such a crime depends on the value of the subject matter of the offence.

[122] The Minister noted in his January 30 letter that the appellants were alleged to have sold the right of lease for premises in Budapest for approximately C\$2,700 when they in fact had no right to do so (A.R., vol. 1, at p. 10). Neither the case summary nor the supplementary case summary provided to

d'emprisonnement, cet arrêté est assimilé au rejet de la demande d'asile en application de l'exception pour crime grave de la section Fb) de l'article premier de la Convention relative aux réfugiés. Il semble donc que, dans la *LIPR*, le législateur ait tranché deux questions concernant la mise en œuvre de cette Convention au Canada. Il a établi, premièrement, qu'une infraction punissable d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans constitue un « crime grave de droit commun » au sens de la section Fb) de l'article premier. (Je signale que cette approche est également compatible avec les règles régissant l'interdiction de territoire pour grande criminalité édictées à l'art. 36 de la *LIPR*.) Deuxièmement, le législateur a établi que le critère applicable à l'incarcération pour extradition est suffisant pour satisfaire au critère des « raisons sérieuses de penser » énoncé à la section F de l'article premier de la Convention. Dans sa décision toutefois, le ministre a simplement mentionné, qu'« il n'est pas clair » que cette définition de crime grave de la *LIPR* s'applique dans le contexte de l'extradition. Je ne considère pas cela comme une indication qu'elle est applicable.

[121] De plus, le ministre a déclaré que l'infraction de fraude était punissable d'une peine d'emprisonnement d'au moins 10 ans, mais il n'a pas conclu que les appelants étaient accusés d'une infraction punissable d'une telle peine. En droit canadien, la peine pouvant être imposée pour fraude dépend du montant en jeu dans l'infraction; si le montant excède 5 000 \$, la peine maximale est de 14 ans, sinon elle est de 2 ans : *Code criminel*, al. 380(1)a) et b). Par conséquent, même en tenant pour acquis que la façon dont la *LIPR* envisage l'application de la définition de crime grave de droit commun sous le régime de la Convention relative aux réfugiés, c'est le montant en jeu dans l'infraction qui détermine si le crime reproché aux appelants en Hongrie constitue un tel crime.

[122] Dans sa lettre du 30 janvier, le ministre mentionne que les appelants auraient vendu le droit de location d'un appartement à Budapest pour environ 2 700 \$, alors qu'ils n'en avaient pas le droit (d.a., vol. 1, p. 5). Ni le résumé de la preuve ni le résumé supplémentaire fournis au ministre n'indiquent que

the Minister suggested that the alleged offence involved deprivation of over \$5,000 and there is no response in the record or in the Minister's January 30 letter challenging the appellants' submissions to the Minister that the subject matter of the fraud was less than \$5,000. It is true, as pointed out in a footnote in the respondent's factum and as referred to briefly in oral argument that there is evidence in the record that the money paid to the appellants was a deposit in relation to a transaction for a total of just under \$10,000. However, there is no evidence in the record that the actual deprivation exceeded the roughly \$2,700 (or in some places in the record \$2,500) that was allegedly given to the appellants.

[123] There may be a nice legal question about the value of the subject matter in this case. However, my view is that the Minister did not base his decision on the serious crime exception. As I noted, the Minister did not resolve either of the questions that he would have had to resolve in order to base his decision on this point. Nor do I think that, in the circumstances of this case, we should give effect to the Minister's submission that this exclusion applies. As the Court noted in *Lake*, at para. 25, "the Minister must respond to any submissions against surrender made by the individual and explain why he disagrees". Here, he did not do so with respect to this issue. The appellants had submitted to him, in effect, that they did not fall within the serious crime exception because the value of the subject matter did not exceed \$5,000. The Minister's decision does not indicate that he disagreed with that submission or explain why he thought it was incorrect. While it will be open to the Minister to consider on the reconsideration of this matter whether the appellants are excluded from refugee protection, and therefore also from *non-refoulement* protection, by virtue of the serious crime exception, it is now too late to resolve this appeal adversely to the appellants on that basis.

V. Conclusion

[124] I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and the Minister's

la fraude alléguée mettait en jeu une somme supérieure à 5 000 \$, et ni le dossier ni la lettre en date du 30 janvier du ministre ne renferment de réponse à l'observation que les appelants ont soumise au ministre, selon laquelle le montant de la fraude était inférieur à 5 000 \$. Il est vrai que des éléments de preuve au dossier indiquent que la somme touchée par les appelants prenait la forme d'un dépôt relatif à une opération se chiffrant à presque 10 000 \$, comme il appert d'une note de bas de page dans le mémoire de l'intimé et comme il en a été succinctement fait mention en plaidoirie. Toutefois, aucun élément de preuve n'établit que le montant réel de la fraude censé avoir été versé aux appelants excédait le chiffre approximatif de 2 700 \$ (ou de 2 500 \$ mentionné à quelques endroits dans le dossier).

[123] Il se peut que le montant en jeu en l'espèce pose une question juridique intéressante, mais j'estime que le ministre n'a pas fondé sa décision sur l'exception pour crime grave. Je le répète, le ministre n'a tranché aucune des questions qui auraient dû l'être pour que cette exception justifie sa décision. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, je ne pense pas non plus qu'on puisse retenir l'argument du ministre que l'exception s'applique. Comme la Cour l'a indiqué dans *Lake*, au par. 25, « le ministre [. . .] doit répondre à chacune des observations formulées contre l'extradition et expliquer son désaccord avec celles-ci ». Il ne l'a pas fait concernant cette question. Les appelants avaient fait valoir qu'ils n'étaient pas visés par l'exception pour crime grave parce que le montant en jeu ne dépassait pas 5 000 \$. La décision du ministre n'indique pas qu'il est en désaccord avec cette observation, pas plus qu'elle n'explique pourquoi il l'estimait erronée. Le ministre pourra, lorsqu'il réexaminera la présente affaire, déterminer si les appelants sont exclus du régime de protection des réfugiés et, conséquemment, de la protection contre le refoulement, par application de l'exception pour crime grave de droit commun mais, pour l'heure, il est trop tard pour débouter les appelants sur ce fondement.

V. Conclusion

[124] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel ainsi que les décisions

surrender decisions and remit the matter to the Minister for reconsideration according to law. The appellants did not request costs and I would order none.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Monterosso Giroux, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener Barreau du Québec: Poupart, Dadour et Associés and Shadley, Battista, Montréal.

Solicitors for the intervener the Québec Immigration Lawyers Association: Doyon et Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Council for Refugees: John Norris and Brydie Bethell, Toronto.

du ministre en matière d'extradition et de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen conformément au droit. Les appelants n'ayant pas demandé l'adjudication de dépens, aucune ordonnance n'est rendue à cet égard.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Monterosso Giroux, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Barreau du Québec : Poupart, Dadour et Associés et Shadley, Battista, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration : Doyon et Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien pour les réfugiés : John Norris et Brydie Bethell, Toronto.

Tiberiu Gavrilă *Appellant*

v.

Minister of Justice of Canada *Respondent*

and

Amnesty International (Canada Section), Québec Immigration Lawyers Association and Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: GAVRILA v. CANADA (JUSTICE)

2010 SCC 57

File No.: 33313.

2010: January 13; 2010: November 25.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Extradition — Surrender — Convention refugees — Principle of “non-refoulement” — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugee to Romania — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugee whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

Extradition — Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice’s refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

Tiberiu Gavrilă *Appelant*

c.

Ministre de la Justice du Canada *Intimé*

et

Amnistie internationale — Canada francophone, Association québécoise des avocats et avocates en droit de l’immigration et Association canadienne des libertés civiles *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : GAVRILA c. CANADA (JUSTICE)

2010 CSC 57

N^o du greffe : 33313.

2010 : 13 janvier; 2010 : 25 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

Extradition — Remise — Réfugiés au sens de la Convention — Principe de non-refoulement — Extradition vers la Roumanie d’un réfugié au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l’extradition d’un réfugié dont la qualité de réfugié n’a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d’ordonner l’extradition? — Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

Extradition — Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d’extradition d’un réfugié au sens de la Convention — Motifs prévus par la loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d’extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l’art. 44(1)(b) de la Loi sur l’extradition, un motif obligatoire de refuser l’extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant au réfugié le fardeau de prouver qu’il serait persécuté s’il était extradé? — Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)(b).

G came to Canada in 2004 and successfully made a claim for refugee protection, alleging that he had been persecuted in Romania because of his ethnic origin and activities in a Roma advocacy association. The Romanian authorities later requested that G be extradited to serve a prison sentence on a conviction for forging visas. G had allegedly been convicted in Romania for participating in the forging of visas for two people in exchange for US\$1,800. In 2008, the Minister of Justice ordered that G be extradited to his country of origin to serve his prison sentence. The Court of Appeal dismissed the application for judicial review.

Held: The appeal should be allowed and the matter remitted to the Minister of Justice for reconsideration.

For the reasons given in *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, the Minister did not apply the correct legal principles given that at the time the surrender decision was made, G's refugee status had not ceased or been revoked. The Minister ought to have considered the application of s. 44(1)(b) of the *Extradition Act*. The Minister's decision having been founded on wrong legal principles was unreasonable and must be set aside. While the decisions taken under the *Immigration and Refugee Protection Act* are not binding on the Minister, G should not have been required to prove that persecution would in fact occur and that it would either shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadians and should not have had his case evaluated only on the basis of s. 44(1)(a) considerations.

Cases Cited

Applied: *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a), (b).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27.
Penal Code (Romania).

International Documents

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221.
Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6, Art. 1F(b).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Beauregard, Gendreau and Côté J.J.A.),

G est entré au Canada en 2004 et y a revendiqué le statut de réfugié, alléguant qu'il avait été persécuté en Roumanie en raison de son origine ethnique et de ses activités au sein d'une association de défense des Roms. Il a obtenu la qualité de réfugié. Par la suite, les autorités roumaines ont réclamé son extradition pour qu'il purge une peine d'emprisonnement relativement à une condamnation pour fabrication de faux visas. G aurait été reconnu coupable, en Roumanie, d'avoir participé à la fabrication de faux visas pour deux personnes, pour une valeur de 1 800 \$US. En 2008, le ministre de la Justice a ordonné que G soit extradé dans son pays d'origine pour y purger sa peine d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté la requête en révision judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre de la Justice pour réexamen.

Pour les motifs exposés dans *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, le ministre n'a pas appliqué les bons critères juridiques, puisque la qualité de réfugié de G n'avait pas été perdue ou révoquée lorsque la décision d'extradition a été prise. Le ministre aurait dû appliquer l'al. 44(1)(b) de la *Loi sur l'extradition*. La décision du ministre étant fondée sur des principes juridiques erronés, elle est déraisonnable et doit être annulée. Les décisions prises sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne lient pas le ministre, mais G n'aurait pas dû avoir à prouver qu'il aurait effectivement été victime de persécution et que cette persécution choquerait la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle, et son dossier n'aurait pas dû être évalué uniquement en application de l'al. 44(1)(a).

Jurisprudence

Appliqué : *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.
Code pénal (Roumanie).
Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)(a), (b).
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27.

Documents internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221.
Convention relative au Statut de Réfugiés, R.T. Can. 1969 n° 6, art. 1F(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Beauregard, Gendreau et Côté),

2009 QCCA 1288, [2009] J.Q. n° 6686 (QL), 2009 CarswellQue 6650, dismissing an application for judicial review of a decision by the Minister of Justice of Canada ordering the appellant's surrender. Appeal allowed.

Stéphane Handfield and Dimitrios Strapatsas, for the appellant.

Ginette Gobeil and Janet Henchey, for the respondent.

Lorne Waldman and Jacqueline Swaisland, for the intervener Amnesty International (Canada Section).

Johanne Doyon, Elaine Doyon and Dan Bohbot, for the intervener the Québec Immigration Lawyers Association.

Sukanya Pillay, for the intervener Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] This case, like its companion case *Németh v. Canada (Justice)*, 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281, released concurrently, raises questions about the interplay between extradition and refugee protection. Applying the principles developed in *Németh*, I would allow the appeal and remit the matter to the Minister of Justice for reconsideration of his decision to surrender the appellant for extradition.

II. Facts and Proceedings

[2] The appellant came to Canada in 2004 and made a claim for refugee protection, alleging that he had been persecuted in Romania because of his ethnic origin and his activities in a Roma advocacy association. The Immigration and Refugee Board ("IRB") allowed the appellant's claim for refugee protection.

2009 QCCA 1288, [2009] J.Q. n° 6686 (QL), 2009 CarswellQue 6650, qui a rejeté la demande de révision judiciaire à l'encontre de la décision du ministre de la Justice du Canada ordonnant la remise de l'appelant. Pourvoi accueilli.

Stéphane Handfield et Dimitrios Strapatsas, pour l'appelant.

Ginette Gobeil et Janet Henchey, pour l'intimé.

Lorne Waldman et Jacqueline Swaisland, pour l'intervenante l'Amnistie internationale — Canada francophone.

Johanne Doyon, Elaine Doyon et Dan Bohbot, pour l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration.

Sukanya Pillay, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *Németh c. Canada (Justice)*, 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281, tranché en même temps, soulève des questions découlant de l'interaction entre l'extradition et la protection des réfugiés. En application des principes formulés dans *Németh*, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au ministre de la Justice pour qu'il réexamine sa décision d'extrader l'appelant.

II. Faits et historique judiciaire

[2] L'appelant est entré au Canada en 2004 et y a revendiqué le statut de réfugié, alléguant qu'il avait été persécuté en Roumanie en raison de son origine ethnique et de ses activités au sein d'une association de défense des Roms. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié (« CISR ») a accueilli la demande d'asile de l'appelant.

[3] The Romanian authorities later requested that he be extradited to serve a prison sentence on a conviction for forging visas. The appellant had allegedly been convicted in Romania for participating in the forging of Schengen visas for two persons in exchange for US\$1,800. The appellant did not reveal in his refugee claim that he was wanted by the Romanian police or that he had been convicted of forging visas. He had not appeared at his trial or at the hearing of his appeal, even though he was still residing in Romania at the time. He had therefore been convicted *in absentia*. But he had been represented by counsel at every stage of the proceedings, both at trial and on appeal. He left his country on December 18, 2003, a week after his appeal was dismissed.

[4] In May 2005, the appellant's spouse joined him in Canada without their children. Their two sons were left in the care of their grandparents until July 2008, when they joined their parents here. Ms. Gavrila has been a permanent resident of Canada since December 2007. On May 4, 2006, she gave birth to a third child in Quebec.

[5] The appellant was never able to acquire permanent resident status, because he was inadmissible to Canada on grounds of serious criminality. Between his arrival in Canada and the time he was taken into custody pursuant to an order made under the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18 ("EA"), the appellant was convicted of several indictable offences, including theft, fraud, possession and use of forged documents (credit card), obstruction of a peace officer, possession of break-in instruments, and conspiracy.

[6] In May 2006, the Minister of Citizenship and Immigration Canada applied to the IRB to vacate the decision to allow the appellant's claim for refugee protection. The issue was whether the decision in question had been obtained as a result of directly or indirectly misrepresenting material or relevant facts. The IRB rejected the application to vacate

[3] Par la suite, les autorités roumaines ont réclamé son extradition pour qu'il purge une peine d'emprisonnement relativement à une condamnation pour fabrication de faux visas. L'appelant aurait été reconnu coupable, en Roumanie, d'avoir participé à la fabrication de faux visas Schengen pour deux personnes, pour une valeur de 1 800 \$US. Dans sa revendication du statut de réfugié, l'appelant n'a pas révélé qu'il était recherché par la police roumaine ou qu'il avait été déclaré coupable de fabrication de faux visas. À l'époque, M. Gavrila ne s'était pas présenté à son procès ni à l'audition de son appel, même s'il résidait encore en Roumanie. Il a donc été condamné *in absentia*. Il a néanmoins été représenté par avocat à toutes les étapes des procédures, tant en première instance qu'en appel. Il a quitté son pays le 18 décembre 2003, soit une semaine après le rejet de son appel.

[4] En mai 2005, l'épouse de l'appelant est entrée au Canada sans leurs enfants. Les deux fils du couple ont été laissés à la garde de leurs grands-parents jusqu'en juillet 2008, date où ils ont rejoint leurs parents ici. M^{me} Gavrila est maintenant résidente permanente au Canada depuis décembre 2007. Le 4 mai 2006, elle a donné naissance, au Québec, à un troisième enfant.

[5] L'appelant n'a jamais pu obtenir la résidence permanente en raison de son interdiction du territoire canadien pour cause de grande criminalité. Entre le moment de son arrivée au Canada et le début de sa détention, ordonnée aux termes de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18 (« LE »), l'appelant a été condamné pour plusieurs actes criminels, tels que le vol, la fraude, la possession et l'usage de documents contrefaits (carte de crédit), l'entrave à un agent de la paix, la possession d'outils de cambriolage et un complot.

[6] En mai 2006, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration du Canada a demandé à la CISR l'annulation de la décision accordant l'asile à l'appelant. La question était de savoir si cette dernière décision résultait directement ou indirectement de présentations erronées sur un fait important et pertinent. La CISR a rejeté la demande d'annulation

the decision. In its decision, the IRB found that the INTERPOL notice seemed to have been fabricated, as it was unlikely that INTERPOL would issue a wanted notice without fingerprints for a person who has allegedly been arrested, tried and convicted.

[7] The Quebec Superior Court ordered that the appellant be committed into custody to await his extradition. The appellant contested his extradition, alleging, *inter alia*, that he was at risk of being mistreated and that he would be unable to have the verdict and the sentence reviewed. On July 2, 2008, the Minister of Justice (“Minister”) ordered that the appellant be extradited to his country of origin to serve his prison sentence.

[8] In his July 2, 2008 decision to surrender the appellant for extradition, the Minister applied the same test that he had in *Németh*, namely whether the person sought had established on the balance of probabilities that he would be persecuted and that the persecution would sufficiently shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadian society. The Minister stated that Romania had joined the European Union and therefore had to meet that organization’s requirements regarding, in particular, the rule of law as well as respect for, and the protection of, minorities. The fact that it had become a member of the European Union also meant that its citizens are now afforded the protection and guarantees of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221. The Minister concluded that the appellant had not satisfied him that his surrender would be unjust, oppressive or contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Minister expressed the view that granting refugee status does not preclude extraditing a person if doing so is otherwise justified. Finally, he noted that the Romanian authorities had informed him that that country’s *Penal Code* provides for a right to a new trial in certain circumstances. The appellant applied to the Court of Appeal for judicial review of the order of surrender.

du ministre. Dans sa décision, la CISR a conclu que l’avis d’INTERPOL semblait avoir été fabriqué puisqu’il était invraisemblable qu’INTERPOL lance, à l’égard d’une personne qui aurait été arrêtée, jugée et condamnée, un avis de recherche ne comportant pas les empreintes digitales de la personne recherchée.

[7] La Cour supérieure du Québec a ordonné l’incarcération de l’appellant jusqu’à son extradition. Ce dernier a contesté son extradition, invoquant notamment le risque de mauvais traitements et l’impossibilité d’obtenir une révision du verdict et de la peine. Le 2 juillet 2008, le ministre de la Justice (« ministre ») a ordonné que l’appellant soit extradé dans son pays d’origine pour y purger sa peine d’emprisonnement.

[8] Dans cette décision, le ministre a appliqué le même critère que dans l’affaire *Németh*, à savoir si l’intéressé avait établi suivant la prépondérance des probabilités qu’il serait persécuté et que la persécution choquerait suffisamment la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle. Le ministre a indiqué que la Roumanie s’est jointe à l’Union européenne et que, en conséquence, elle a dû satisfaire aux exigences de l’Union notamment en ce qui concerne la primauté du droit ainsi que le respect et la protection des minorités. Au surplus, du fait de cette adhésion à l’Union européenne, les citoyens roumains jouissent maintenant des protections et des garanties qu’offre la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221. Le ministre a conclu que l’appellant ne l’avait pas convaincu que son extradition serait injuste, tyrannique ou contraire à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministre a exprimé l’avis que la reconnaissance du statut de réfugié ne faisait pas échec à une extradition si celle-ci est par ailleurs justifiée. Enfin, il a rappelé que les autorités roumaines l’avaient informé que leur *Code pénal* offre, dans certaines circonstances, un droit à un nouveau procès. L’appellant a alors déposé à la Cour d’appel une requête en révision judiciaire de l’arrêté d’extradition.

[9] The Court of Appeal dismissed the application for judicial review (2009 QCCA 1288 (CanLII)), holding that the objective and purpose of the *EA* differ from those of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). Therefore, the principle of *non-refoulement* with respect to an individual who has been granted refugee protection does not bar a request for the extradition of that individual to be tried or to serve a sentence imposed following a guilty verdict. Moreover, the IRB may vacate a decision to allow a claim for refugee protection if it is shown that the decision was obtained as a result of a misrepresentation, which was the case here. Finally, the Court of Appeal held that the impugned decision was not unreasonable from the standpoint of s. 7 of the *Charter*.

III. Issue

[10] The appellant raises a number of issues, but it is only necessary for me to deal with one of them, namely whether the Minister’s decision to order the appellant’s surrender was reasonable.

IV. Analysis

[11] Responding to the submissions made to him by the appellant, the Minister viewed the case through the lens of s. 44(1)(a) of the *EA* and asked himself whether he was satisfied that the appellant had shown on the balance of probabilities that his surrender for extradition would be oppressive or unjust. As noted, the Minister stated the test to be whether the appellant had shown on the balance of probabilities that he would be subjected to persecution in the requesting state and that the persecution would shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadian society. For the reasons given in *Németh*, this was not the correct legal principle to apply given that at the time the surrender decision was made, the appellant’s refugee status had not ceased or been revoked. The Minister ought to have considered the application of s. 44(1)(b) of the *EA*, the most relevant provision in this case, in light of the principles set out in *Németh*. His decision having been founded on wrong legal principles, it was unreasonable and must be set aside. While as discussed in *Németh*, the decisions taken

[9] La Cour d’appel a rejeté la requête en révision judiciaire (2009 QCCA 1288 (CanLII)). Selon elle, l’objet et la finalité de la *LE* divergent de ceux de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Le principe de *non-refoulement* d’une personne à qui on a accordé l’asile ne fait donc pas échec à la demande d’extradition de la personne pour qu’elle soit jugée ou qu’elle purge une peine infligée par suite d’un verdict de culpabilité. De plus, la CISR peut annuler une décision qui a accueilli la demande d’asile s’il est démontré que l’asile a été obtenu sur la foi de déclarations erronées, ce qui est le cas en l’espèce. Enfin, la Cour d’appel a conclu que la décision attaquée n’était pas déraisonnable au regard de l’application de l’art. 7 de la *Charte*.

III. Question en litige

[10] Bien que l’appellant ait soulevé plusieurs questions, il n’est nécessaire de trancher qu’une seule d’entre elles, celle du caractère raisonnable de l’arrêté d’extradition pris par le ministre.

IV. Analyse

[11] Dans ses réponses aux observations soumissionnées par l’appellant, le ministre a examiné l’affaire en fonction de l’al. 44(1)a) de la *LE*, et il s’est demandé si l’appellant l’avait convaincu suivant la prépondérance des probabilités que l’extradition serait tyrannique ou injuste. Comme on l’a vu, il a estimé que le critère applicable consistait à se demander si l’appellant avait établi, suivant la prépondérance des probabilités, qu’il serait persécuté dans l’État requérant et que la persécution choquerait la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle. Pour les motifs exposés dans *Németh*, ce n’était pas là le critère juridique applicable, puisque la qualité de réfugié de l’appellant n’avait pas été perdue ou révoquée lorsque la décision d’extradition a été prise. Compte tenu des principes établis dans *Németh*, le ministre aurait dû appliquer la disposition la plus pertinente en l’espèce, l’al. 44(1)b) de la *LE*. Sa décision n’étant pas fondée sur les principes juridiques applicables, elle est déraisonnable et elle doit être annulée. Comme il a été indiqué dans *Németh*,

under the *IRPA* (i.e. the decisions to grant refugee status and not to vacate that status) are not binding on the Minister, the appellant should not have been required to prove that persecution would in fact occur and that it would either shock the conscience or be fundamentally unacceptable to Canadians and should not have had his case evaluated only on the basis of s. 44(1)(a) considerations.

[12] I should add that the Minister did not base his decision to surrender on, and appears not to have addressed, whether the appellant was no longer entitled to refugee (and therefore *non-refoulement*) protection by virtue of the serious non-political crimes exception under Article 1F(b) of the *Convention Relating to the Status of Refugees*, Can. T.S. 1969 No. 6 or of his extensive criminal conduct in Canada. While not the subject of argument in this Court, it seems clear from the record that the extradition offence would constitute serious criminality for the purposes of the *IRPA* and it is open to the Minister to consider the possible application of Article 1F(b) of the *Convention Relating to the Status of Refugees* in deciding whether the appellant is entitled to refugee protection. I do not find it necessary to address the appellant's submissions relating to the impact of extradition on his spouse and children.

V. Disposition

[13] I would allow the appeal, set aside the decision of the Court of Appeal and the Minister's order of surrender and remit the matter to the Minister for reconsideration in accordance with the law. The appellant did not request costs and I would order none.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lapointe & Associés, Montréal.

il est vrai que les décisions prises sous le régime de la *LIPR* (c.-à-d. les décisions rendues en matière d'asile ou d'annulation d'asile) ne lient pas le ministre, mais l'appelant n'aurait pas dû avoir à prouver qu'il aurait effectivement été victime de persécution et que cette persécution choquerait la conscience de la société canadienne ou serait fondamentalement inacceptable pour elle, et son dossier n'aurait pas dû être évalué uniquement en application de l'al. 44(1)a).

[12] J'ajouterais que le ministre n'a pas fondé sa décision d'extradition sur la question de savoir si l'exception relative aux crimes graves de droit commun, prévue à la section Fb) de l'article premier de la *Convention relative au Statut de Réfugiés*, R.T. Can. 1969 n° 6, ou le casier judiciaire chargé de l'appelant au Canada, empêchaient ce dernier de se réclamer du régime de protection des réfugiés (et, conséquemment, du principe de non-refoulement), et il semble qu'il n'a pas examiné cette question. Par ailleurs, bien que le point n'ait pas été débattu devant la Cour, il semble clair, à la lecture du dossier, que l'infraction entraînant l'extradition constituerait un acte de grande criminalité pour l'application de la *LIPR*. En outre, il est loisible au ministre d'envisager l'application de la section Fb) de l'article premier de la *Convention relative au Statut de Réfugiés* au moment de décider si l'appelant peut bénéficier de la protection des réfugiés. Je n'estime pas nécessaire d'examiner les observations de l'appelant au sujet des répercussions qu'entraînerait son extradition sur son épouse et ses enfants.

V. Dispositif

[13] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel et l'arrêté d'extradition du ministre et de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen conformément au droit. L'appelant n'ayant pas demandé l'adjudication de dépens, aucune ordonnance n'est rendue à cet égard.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Lapointe & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener Amnesty International (Canada Section): Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Québec Immigration Lawyers Association: Doyon et Associés, Montréal.

Solicitor for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Canadian Civil Liberties Association, Toronto.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Amnistie internationale — Canada francophone : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association québécoise des avocats et avocates en droit de l'immigration : Doyon et Associés, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Association canadienne des libertés civiles, Toronto.

Thieu Kham Tran *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TRAN

2010 SCC 58

File No.: 33467.

2010: May 13; 2010: November 26.

Present: Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Defences — Provocation — Objective and subjective components to provocation — Whether separating wife's relationship with another man after separating from accused amounted to "insult" sufficient to deprive accused of power of self-control — Whether there was air of reality to accused acting on sudden at time of killing — Definition of "insult" — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

The accused had knowledge that his estranged wife was involved with another man. One afternoon, the accused entered his estranged wife's home, unexpected and uninvited, and he discovered his estranged wife in bed with her boyfriend. The accused viciously attacked them both, killing the boyfriend by repeatedly stabbing him. Having accepted the defence of provocation, the trial judge acquitted the accused of murder, but convicted him of manslaughter. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and substituted a conviction for second degree murder.

Held: The appeal should be dismissed.

Provocation is a partial defence exclusive to homicide which reduces the conviction from murder to manslaughter. There is both an objective and a subjective component to provocation in s. 232 of the *Criminal Code*. Once it is established that the wrongful act or

Thieu Kham Tran *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. TRAN

2010 CSC 58

N^o du greffe : 33467.

2010 : 13 mai; 2010 : 26 novembre.

Présents : Les juges Binnie, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Droit criminel — Moyens de défense — Provocation — Composantes objective et subjective de la provocation — La liaison de l'ex-épouse avec un autre homme après sa séparation d'avec l'accusé constituait-elle une « insulte » suffisante pour priver ce dernier du pouvoir de se maîtriser? — Était-il vraisemblable que l'accusé ait agi sous l'impulsion du moment lors de la perpétration de l'homicide? — Définition d'« insulte » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

L'accusé était au courant de la liaison de son ex-épouse avec un autre homme. Un après-midi, il s'est introduit dans la demeure de son ex-épouse, sans y être attendu ni y avoir été invité, et il l'a trouvée au lit avec son amoureux. L'accusé s'en est brutalement pris aux deux, tuant l'amoureux de multiples coups de couteau. Après avoir fait droit à la défense de provocation, la juge du procès l'a acquitté de meurtre, mais elle l'a reconnu coupable d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et a plutôt déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La provocation est un moyen de défense partiel qui ne s'applique qu'à l'homicide et qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable. Suivant l'art. 232 du *Code criminel*, elle comporte à la fois un volet objectif et un volet subjectif. Une fois établi que

insult was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the inquiry turns to a consideration of the subjective element of the defence, which is whether the accused acted in response to the provocation and on the sudden before there was time for his or her passion to cool.

The “ordinary person” standard is informed by contemporary norms of behaviour, including fundamental values such as the commitment to equality provided for in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The accused must have a justifiable sense of being wronged. A central concern with the objective standard has been the extent to which the accused’s own personal characteristics and circumstances should be considered. A restrictive approach to the “ordinary person” approach ignores relevant contextual circumstances. Conversely, an individualized approach would lead to anomalous results if all the accused’s characteristics were taken into account; it would also ignore the cardinal principle that the criminal law is concerned with setting standards of human behaviour.

It is important not to subvert the logic of the objective inquiry. The proper approach is one that takes into account some, but not all, of the individual characteristics of the accused. Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. There is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which would only serve to defeat its purpose.

The subjective element of the defence of provocation focuses on the accused’s subjective perceptions of the circumstances, including what the accused believed, intended or knew. The accused must have killed because he was provoked and not merely because the provocation existed. The requirement of suddenness serves to distinguish a response taken in vengeance from one that was provoked. Suddenness applies to both the act of provocation and the accused’s reaction to it.

Here, on the basis of the trial judge’s findings of fact and uncontested evidence, there was no air of reality to the defence of provocation. The conduct at issue does not amount to an “insult” within the meaning of s. 232 of the *Criminal Code*, as the accused alleges, nor does it meet the requirement of suddenness. The discovery of his estranged wife’s involvement with another man is not an “insult” within the meaning of s. 232 of the

l’action injuste ou l’insulte était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il faut se pencher sur le volet subjectif du moyen de défense, à savoir si l’accusé a agi en réaction à la provocation et sous l’impulsion du moment, avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

La notion de « personne ordinaire » est circonscrite en fonction des normes de comportement actuelles, y compris les valeurs fondamentales comme la recherche de l’égalité consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’accusé doit avoir eu le sentiment justifié de subir une injustice. La principale difficulté soulevée par l’application de la norme objective est de savoir dans quelle mesure les caractéristiques et la situation personnelles de l’accusé doivent être prises en compte. Une interprétation stricte de la notion de « personne ordinaire » fait abstraction de données contextuelles pertinentes. À l’inverse, une approche individualisée mène à une situation anormale si toutes les caractéristiques de l’accusé sont prises en compte; elle fait aussi abstraction du principe fondamental voulant que le droit criminel s’attache à l’établissement de normes de comportement humain.

Il importe de ne pas bouleverser la logique de l’examen objectif. La bonne démarche est celle qui tient compte de certaines des caractéristiques personnelles de l’accusé, mais pas de toutes. La situation personnelle peut importer pour déterminer si l’accusé a de fait été provoqué — l’élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n’a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu’elle convienne à l’individu accusé. Il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contre-carre son objectif même.

Le volet subjectif de la défense de provocation s’attache à la perception subjective des circonstances par l’accusé, notamment ce qu’il croyait, ce qu’il voulait ou ce qu’il savait. Il faut que l’accusé ait tué parce qu’il a été provoqué et non seulement parce qu’il y a eu provocation. La soudaineté est exigée pour distinguer l’acte motivé par la vengeance de l’acte qui est provoqué. Elle s’applique tant à l’acte de provocation qu’à la réaction de l’accusé.

En l’espèce, compte tenu des conclusions de fait de la juge du procès et des éléments de preuve non contestés, la provocation n’était pas vraisemblable. La conduite en cause n’équivaut pas à une « insulte » au sens de l’art. 232 du *Code criminel* comme le prétend l’accusé, et elle ne satisfait pas non plus à l’exigence de la soudaineté. La découverte de la liaison de l’ex-épouse avec un autre homme ne constitue pas une « insulte » au sens

Criminal Code. The accused's view of his estranged wife's sexual involvement with another man after the couple had separated — found at trial to be the insult — cannot in law be sufficient to excuse a loss of control in the form of a homicidal rage and constitute an excuse for the ordinary person of whatever personal circumstances or background. Furthermore, there was nothing sudden about the accused's discovery and it cannot be said that it struck upon a mind unprepared for it.

Cases Cited

Considered: *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313; *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37; *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761; **referred to:** *R. v. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107; *R. v. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188; *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405; *R. v. Manchuk*, [1938] S.C.R. 18; *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] S.C.R. 335; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438; *R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.
Statute of Stabbing (1604), 2 Jas I, c. 8.

Authors Cited

Australia. Victorian Law Reform Commission. *Defences to Homicide: Final Report*. Melbourne: Victorian Government Printer, 2004.

Canada. Department of Justice. *Reforming Criminal Code Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property: A Consultation Paper*. Ottawa: The Department, 1998.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817.

Great Britain. Law Commission. *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173. London: The Commission, 2003.

Ives, Dale E. "Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility", in *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation

de l'art. 232 du *Code criminel*. La vue par l'accusé de son ex-épouse au lit avec un autre homme après leur séparation — ce qui a été assimilé à une insulte lors du procès — ne saurait légalement suffire à excuser une perte de maîtrise de soi revêtant la forme d'une fureur homicide ni constituer une excuse pour une personne ordinaire quels que soient sa situation personnelle ou ses antécédents. Aussi, la découverte faite par l'accusé n'a rien eu de soudain et on ne saurait la qualifier d'inattendue.

Jurisprudence

Arrêts examinés : *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313; *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37; *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761; **arrêts mentionnés :** *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107; *R. c. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188; *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336; *R. c. Semini*, [1949] 1 K.B. 405; *R. c. Manchuk*, [1938] R.C.S. 18; *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168; *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630; *Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119; *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright c. The Queen*, [1969] R.C.S. 335; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438; *R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 156; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.
Statute of Stabbing (1604), 2 Jas I, ch. 8.

Doctrine citée

Australie. Victorian Law Reform Commission. *Defences to Homicide: Final Report*. Melbourne: Victorian Government Printer, 2004.

Canada. Ministère de la Justice. *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel: Provocation, légitime défense et défense des biens: Document de consultation*. Ottawa: Le Ministère, 1998.

Coke, Sir Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817.

Grande-Bretagne. Law Commission. *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173. London: The Commission, 2003.

Ives, Dale E. « Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility », in *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation

Paper No. 173, App. B. London: Law Commission of Great Britain, 2003, 73.
 Macklem, Timothy. "Provocation and the Ordinary Person" (1987), 11 *Dal. L.J.* 126.
 New Zealand. Law Commission. *The Partial Defence of Provocation*, Report 98. Wellington: The Commission, 2007.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.
Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "insult".
 Stewart, Felicity, and Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing Research Report*, 2nd ed. Melbourne, Australia: Sentencing Advisory Council, 2009.
 Sullivan, G. R. "Anger and Excuse: Reassessing Provocation" (1993), 13 *Oxford J. Legal Stud.* 421.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal of Alberta (Hunt and Watson J.J.A. and Hillier J. (*ad hoc*)), 2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113, 432 A.R. 234, 424 W.A.C. 234, 58 C.R. (6th) 246, [2008] 9 W.W.R. 431, [2008] A.J. No. 587 (QL), 2008 CarswellAlta 709, setting aside the accused's conviction for manslaughter and substituting a conviction for second degree murder. Appeal dismissed.

Peter J. Royal, Q.C., for the appellant.

Susan D. Hughson, Q.C., and *Jason Russell*, for the respondent.

Riun Shandler and *Stacey D. Young*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

CHARRON J. —

1. Overview

[1] In the early afternoon of February 10, 2004, the appellant Thieu Kham Tran entered the locked apartment of his estranged wife, Hoa Le Duong, unexpected and uninvited. The couple had separated a few months earlier and the appellant had purportedly relinquished his keys to the former matrimonial home. Unbeknownst to her, however, he had kept a set of keys in his possession.

Paper No. 173, App. B. London : Law Commission of Great Britain, 2003, 73.
 Macklem, Timothy. « Provocation and the Ordinary Person » (1987), 11 *Dal. L.J.* 126.
Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française. Paris : Le Robert, 2010, « insulte », « insulter ».
 Nouvelle-Zélande. Law Commission. *The Partial Defence of Provocation*, Report 98. Wellington : The Commission, 2007.
 Roach, Kent. *Criminal Law*, 4th ed. Toronto : Irwin Law, 2009.
 Stewart, Felicity, and Arie Freiberg. *Provocation in Sentencing Research Report*, 2nd ed. Melbourne, Australia : Sentencing Advisory Council, 2009.
 Sullivan, G. R. « Anger and Excuse : Reassessing Provocation » (1993), 13 *Oxford J. Legal Stud.* 421.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (les juges Hunt et Watson et le juge Hillier (*ad hoc*)), 2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113, 432 A.R. 234, 424 W.A.C. 234, 58 C.R. (6th) 246, [2008] 9 W.W.R. 431, [2008] A.J. No. 587 (QL), 2008 CarswellAlta 709, qui a annulé la déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable et lui a substitué une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

Peter J. Royal, c.r., pour l'appellant.

Susan D. Hughson, c.r., et *Jason Russell*, pour l'intimée.

Riun Shandler et *Stacey D. Young*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE CHARRON —

1. Aperçu

[1] Le 10 février 2004, en début d'après-midi, l'appellant, Thieu Kham Tran, s'est introduit sans y être attendu ni y avoir été invité dans l'appartement fermé à clé de son ex-épouse, Hoa Le Duong. Le couple s'était séparé quelques mois auparavant. L'appellant avait prétendu s'être départi des clés de l'ancien domicile conjugal, mais à l'insu de son ex-épouse, il en avait conservé un jeu. M^{me} Duong et

Ms. Duong was in her bedroom, in her bed with her boyfriend, An Quoc Tran, when they heard the door open.

[2] The appellant entered Ms. Duong's bedroom through the half-closed door. Ms. Duong and Mr. An Tran stood up, naked. The appellant immediately attacked Mr. An Tran, scratching at his eyes, kicking and punching him. He then attacked Ms. Duong in the same fashion. Suddenly, the appellant ran out of the room to the kitchen. While he was gone, Ms. Duong and Mr. An Tran tried hastily to get dressed. Although the appellant had come to the apartment with a sheathed knife in the pocket of his coat, he came back into the bedroom armed with two butcher knives taken from the kitchen. He stabbed Mr. An Tran one time in the chest. Mr. An Tran asked to talk but the appellant was yelling and angry. The appellant then stepped back to the bedroom door, used his own phone and called his godfather. He told his godfather: "I caught them."

[3] At this point, Mr. An Tran was having trouble breathing. He tried to walk to the window. The appellant then turned to Ms. Duong and chopped her hand. When she showed him the wound he said he would kill her. With Mr. An Tran standing behind her at the window, Ms. Duong tried to block the knives that were still coming from the appellant towards Mr. An Tran and received two additional cuts to her forearm. The appellant then asked Ms. Duong: "Are you beautiful?" Pulling her head up, he slashed her face with a deep cut from her right ear across her right cheek.

[4] Mr. An Tran finally managed to exit the bedroom. He was on the ground crawling into the living room. The appellant followed him and repeatedly stabbed him with both knives. Ms. Duong stayed in the bedroom. She went to the window and was yelling for help when she saw the appellant's godfather arriving. She then tried to close the bedroom door, but the appellant forced himself back in. The appellant looked out the window, and, returning to the living room, stepped on Mr. An Tran's face and stomach on his way out. With the two knives,

son amoureux, An Quoc Tran, étaient au lit dans la chambre à coucher lorsqu'ils ont entendu la porte s'ouvrir.

[2] L'appelant est entré dans la chambre à coucher de M^{me} Duong, dont la porte était entrouverte. M^{me} Duong et M. An Tran se sont levés. Ils étaient nus. L'appelant a immédiatement frappé M. An Tran à coups de pied et à coups de poings et il l'a griffé aux yeux. Il a ensuite agressé M^{me} Duong de la même manière. Soudain, il est sorti en courant pour se rendre à la cuisine. M^{me} Duong et M. An Tran en ont profité pour tenter de se rhabiller à la hâte. Alors qu'il était arrivé à l'appartement muni d'un couteau sous étui dissimulé dans la poche de son manteau, l'appelant est revenu dans la chambre armé de deux couteaux de boucher trouvés dans la cuisine. Il a poignardé M. An Tran une fois à la poitrine. La victime a demandé à parler, mais l'appelant hurlait et était en colère. L'appelant a ensuite reculé jusqu'à la porte de la chambre et a téléphoné à son parrain à l'aide de son propre appareil. Il lui a dit : [TRADUCTION] « Je les ai pris. »

[3] À ce moment, M. An Tran, qui avait du mal à respirer, a tenté d'atteindre la fenêtre. L'appelant s'est alors approché de M^{me} Duong et lui a tailladé la main. Lorsqu'elle lui a montré la blessure, il a dit qu'il allait la tuer. M^{me} Duong a tenté de parer les coups de couteau que l'appelant portait encore à M. An Tran, qui était debout derrière elle à la fenêtre. Elle a subi deux autres blessures, à l'avant-bras. L'appelant lui a alors demandé : [TRADUCTION] « Es-tu belle? » En lui tirant la tête vers le haut, il lui a entaillé profondément le visage, de l'oreille droite au bas de la joue droite.

[4] M. An Tran est finalement parvenu à sortir de la chambre et à ramper jusqu'au séjour. L'appelant l'a suivi et l'a poignardé à plusieurs reprises avec les deux couteaux. M^{me} Duong est restée dans la chambre. Elle s'est rendue à la fenêtre et a demandé de l'aide en criant, puis elle a vu arriver le parrain de l'appelant. Elle a ensuite tenté de fermer la porte de la chambre, mais l'appelant est entré de force dans la pièce. L'appelant a regardé par la fenêtre et, en retournant au séjour, il a marché sur le visage et l'abdomen de M. An Tran. À l'aide des deux

the appellant proceeded to repeatedly stab Mr. An Tran's chest and then stepped on his face. According to the autopsy, Mr. An Tran was stabbed a total of 17 times, of which six were lethal wounds. The appellant cut his own hand and arm with one of the knives and put that knife in the hand of Mr. An Tran, who was now lying motionless on the living room floor.

[5] The appellant was tried before a judge sitting without a jury for five offences arising out of these tragic events. This appeal is only concerned with the charge of second degree murder of Mr. An Tran. The sole defence raised at trial was whether the murder should be reduced to manslaughter due to provocation. The trial judge accepted the defence, holding that the Crown had failed to disprove the elements of provocation. She therefore acquitted the appellant of second degree murder and convicted him of manslaughter. On appeal by the Crown, the Court of Appeal of Alberta unanimously held that the defence of provocation had no air of reality (2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113). The court therefore set aside the verdict, substituted a conviction for second degree murder, and remitted the matter back to the trial court for sentencing. The appellant appeals to this Court as of right.

[6] The preceding overview of the facts reflects the trial judge's findings and uncontested items of evidence. I agree with the Court of Appeal that, on those facts, there was no air of reality to the defence of provocation. In my respectful view, the trial judge proceeded on wrong legal principles concerning the requirements for the defence of provocation and, as a result, erred in law in finding that there was an evidential basis in this record for that defence.

[7] Specifically, there was no "insult" within the meaning of s. 232 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. As rightly concluded by the Court

cou-teaux, il l'a poignardé maintes fois à la poitrine, puis il lui a piétiné le visage. Selon l'autopsie, M. An Tran a reçu en tout 17 coups de couteau, dont six ont causé des blessures mortelles. L'appellant s'est blessé à la main et au bras avec l'un des couteaux, qu'il a mis ensuite dans la main de M. An Tran, qui gisait alors inerte sur le plancher du séjour.

[5] Par suite de ces événements tragiques, l'appellant a été accusé de cinq infractions, et une juge siégeant sans jury a présidé son procès. Le présent pourvoi vise uniquement l'accusation relative au meurtre au deuxième degré de M. An Tran. Le seul moyen de défense invoqué au procès était la provocation, et la question était celle de savoir si le meurtre devait être réduit à un homicide involontaire coupable. La juge du procès a retenu le moyen de défense et a conclu que le ministère public n'était pas parvenu à réfuter les éléments constitutifs de la provocation. Elle a donc acquitté l'appellant de l'accusation de meurtre au deuxième degré et l'a déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Statuant sur l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu à l'unanimité que la défense de provocation était dénuée de vraisemblance (2008 ABCA 209, 91 Alta. L.R. (4th) 113). Elle a par conséquent annulé la décision et déclaré l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré, renvoyant l'affaire au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. L'appellant interjette appel de plein droit devant la Cour.

[6] Le résumé des faits qui précède s'appuie sur les conclusions de fait de la juge du procès et sur des éléments de preuve non contestés. Je conviens avec la Cour d'appel qu'à la lumière de ces faits, la provocation n'était pas vraisemblable. À mon avis, la juge du procès a posé des principes de droit erronés quant aux conditions d'application de la défense de provocation, et c'est pourquoi elle a commis une erreur de droit en concluant en l'espèce à l'existence d'éléments pour étayer ce moyen de défense.

[7] Plus précisément, il n'y a pas eu d'« insulte » au sens de l'art. 232 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Comme la Cour d'appel le conclut à juste

of Appeal, the appellant's view of his estranged wife's sexual involvement with another man after the couple had separated — found at trial to be the "insult" — cannot in law be sufficient to excuse "a loss of control in the form of a homicidal rage" and constitute "an excuse for the ordinary person of whatever personal circumstances or background" (Watson J.A., at para. 64). In addition, the uncontradicted evidence about the appellant's knowledge that his wife was involved with another man and his own conduct in entering her home and bedroom, unexpected and uninvited, belied any notion that this supposed "insult" would have struck "upon a mind unprepared for it" as required by law (Hunt J.A., at para. 18). Finally, there was no air of reality to the appellant "acting on the sudden at the time of the killing" (Watson J.A., at para. 77).

[8] As a conviction for murder was inevitable, both on the law and on the trial judge's essential findings of fact, the Court of Appeal properly substituted a verdict of second degree murder and remitted the matter for sentencing. I would dismiss the appeal.

2. Analysis

[9] Provocation is the only defence which is exclusive to homicide. As a partial defence, it serves to reduce murder to manslaughter when certain requirements are met. The defence, which originated at common law, is codified in s. 232 of the *Criminal Code*. The focal point for any analysis on the nature of the defence therefore lies in the wording of the statute:

232. (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.

(2) A wrongful act or an insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person

titre, la vue par l'appelant de son ex-épouse au lit avec un autre homme — assimilée à une « insulte » lors du procès — ne saurait légalement suffire à excuser [TRADUCTION] « une perte de maîtrise de soi revêtant la forme d'une fureur homicide » ni constituer « une excuse pour une personne ordinaire, quels que soient sa situation personnelle ou ses antécédents » (le juge Watson, par. 64). En outre, la preuve non contredite que l'appelant savait que son épouse fréquentait un autre homme, et son propre comportement lorsqu'il s'est introduit chez elle, puis dans sa chambre à coucher, sans y être attendu ni y avoir été invité, écartaient le caractère [TRADUCTION] « inattendu » — exigé par la loi — de cette prétendue « insulte » (la juge Hunt, par. 18). Enfin, il n'était pas vraisemblable que l'appelant « ait agi sous l'impulsion du moment lors de la perpétration du meurtre » (le juge Watson, par. 77).

[8] Puisque la déclaration de culpabilité pour meurtre s'imposait, tant en droit et que suivant les principales conclusions de fait de la juge du procès, la Cour d'appel a eu raison de substituer une déclaration de meurtre au deuxième degré à celle d'homicide involontaire coupable et de renvoyer le dossier au tribunal de première instance pour la détermination de la peine. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

2. Analyse

[9] La provocation est le seul moyen de défense qui ne s'applique qu'à l'homicide. Offrant une excuse partielle, elle permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable lorsque certaines conditions sont réunies. Issu de la common law, ce moyen de défense est prévu à l'art. 232 du *Code criminel*. Toute analyse de sa nature doit par conséquent être axée sur le texte de la disposition législative :

232. (1) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre peut être réduit à un homicide involontaire coupable si la personne qui l'a commis a ainsi agi dans un accès de colère causé par une provocation soudaine.

(2) Une action injuste ou une insulte de telle nature qu'elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir

of the power of self-control is provocation for the purposes of this section if the accused acted on it on the sudden and before there was time for his passion to cool.

- (3) For the purposes of this section, the questions
- (a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and
- (b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

(4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section.

[10] As the opening words of the provision make plain, the defence will only apply where the accused had the necessary intent for murder and acted upon this intent. Parliament thus carefully limited the application of the defence. The requirements of the defence contained in s. 232 have been described variously by the Court as comprising either two, three or four elements. For example, in *R. v. Hill*, [1986] 1 S.C.R. 313, Dickson C.J. identified three general requirements for the defence of provocation:

First, the provoking wrongful act or insult must be of such a nature that it would deprive an ordinary person of the power of self-control. That is the initial threshold which must be surmounted. Secondly, the accused must actually have been provoked. As I have earlier indicated, these two elements are often referred to as the objective and subjective tests of provocation respectively. Thirdly, the accused must have acted on the provocation on the sudden and before there was time for his or her passion to cool. [p. 324]

de se maîtriser, est une provocation pour l'application du présent article, si l'accusé a agi sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

(3) Pour l'application du présent article, les questions de savoir :

- (a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;
- (b) si l'accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n'est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu'il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l'accusé l'a incité à faire afin de fournir à l'accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

(4) Un homicide coupable qui autrement serait un meurtre n'est pas nécessairement un homicide involontaire coupable du seul fait qu'il a été commis par une personne alors qu'elle était illégalement mise en état d'arrestation; le fait que l'illégalité de l'arrestation était connue de l'accusé peut cependant constituer une preuve de provocation pour l'application du présent article.

[10] Comme il appert du début de la disposition, le moyen de défense s'applique uniquement lorsque l'accusé avait l'intention requise pour commettre un meurtre et qu'il y a donné suite. Le Parlement en a donc soigneusement circonscrit l'application. Les conditions établies à l'art. 232 comprennent, selon l'une ou l'autre des formulations employées par la Cour, deux, trois ou quatre éléments. Dans l'arrêt *R. c. Hill*, [1986] 1 R.C.S. 313, par exemple, le juge en chef Dickson relève trois conditions générales devant être remplies pour que la provocation puisse être invoquée :

D'abord l'action injuste ou l'insulte provocatrice doit être d'une nature telle qu'elle priverait une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. C'est l'étape préliminaire qu'il faut franchir. Ensuite, l'accusé doit réellement avoir été provoqué. Comme je l'ai indiqué précédemment, on désigne souvent ces deux éléments comme respectivement, les critères objectifs et subjectifs de la provocation. Troisièmement, l'accusé doit avoir réagi à la provocation sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [p. 324]

In *R. v. Thibert*, [1996] 1 S.C.R. 37, Cory J. for the majority of the Court collapsed these three requirements into two elements, one objective and the other subjective, describing them as follows:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was time for his passion to cool. [Emphasis in original deleted; para. 4.]

Subsequently, in *R. v. Parent*, 2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761, the Court reiterated the test in *Thibert* but framed it in terms of four required elements:

. . . (1) a wrongful act or insult that would have caused an ordinary person to be deprived of his or her self-control; (2) which is sudden and unexpected; (3) which in fact caused the accused to act in anger; (4) before having recovered his or her normal control . . . [para. 10]

[11] These various formulations do not differ in substance. While it may be conceptually convenient in any given case to formulate the requirements of the defence in terms of distinct elements and to treat each of these elements separately, it is important to recognize that the various components of the defence may overlap and that s. 232 must be considered in its entirety.

[12] Before discussing the requirements contained in s. 232, it is useful to briefly review the historical development of the defence. As we shall see, prevailing social mores and judicial attitudes have played an important role in defining what amounts to provocation at law.

2.1 *Historical Development of the Defence*

[13] The defence of provocation, presently codified in s. 232 of the *Criminal Code*, has its origins in the English common law. More specifically, its precursor lies in the sixteenth century concept of “chance-medley” killings. As the English jurist Sir Edward Coke described it, “[h]omicide is called

Dans l’arrêt *R. c. Thibert*, [1996] 1 R.C.S. 37, au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Cory ramène ces trois conditions à deux éléments, l’un objectif et l’autre subjectif :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement dans l’original supprimé; par. 4.]

Plus tard, dans l’arrêt *R. c. Parent*, 2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761, la Cour reprend le test énoncé dans *Thibert*, mais la formulation employée fait état de quatre éléments nécessaires :

. . . (1) il doit y avoir eu une action injuste ou une insulte qui aurait privé une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser; (2) action ou insulte qui était soudaine et inattendue; (3) et qui a effectivement amené l’accusé à agir sous l’effet de la colère; (4) avant d’avoir retrouvé son sang-froid . . . [par. 10]

[11] Ces formulations différentes demeurent foncièrement équivalentes. Il se peut que, dans une affaire donnée, il soit utile sur le plan conceptuel de présenter les conditions de l’application du moyen de défense sous forme d’éléments distincts et de les examiner séparément, mais il importe de reconnaître que les divers composants du moyen de défense peuvent se chevaucher et que l’art. 232 doit être considéré dans sa totalité.

[12] Avant d’analyser les conditions énoncées à l’art. 232, il convient d’examiner brièvement l’évolution historique du moyen de défense. Nous verrons qu’à toutes les époques, les mœurs et l’attitude des tribunaux contribuent beaucoup à la détermination de ce qu’est la provocation en droit.

2.1 *Évolution historique du moyen de défense*

[13] La défense de provocation, actuellement prévue à l’art. 232 du *Code criminel*, puise ses origines dans la common law anglaise. Elle est plus précisément issue de la notion — datant du seizième siècle — d’homicide lors d’une « mêlée imprévue » (*chance-medley*). Pour reprendre la définition

chancemedley . . . for that it is done by chance (without premeditation) upon a sudden brawle, shuffling, or contention” (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817), at p. 56). During these killings, persons were considered to act “in the Time of their Rage, Drunkenness, hidden Displeasure, or other Passion of Mind” (*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, c. 8). Such killings were considered less morally reprehensible than deliberate “cold-blooded” killings and, informed by the value of honour that formed an important aspect of that period’s social context, were viewed as partially excused.

[14] During the seventeenth century, another trend in the law of homicide emerged. It provided that anyone charged with murder was presumed to have acted with “malice aforethought”, for which the punishment at the time was death. In response to the severity of the law, the courts resorted to the separate crime of manslaughter to take into account certain human frailties that would operate to rebut the presumption. One such concession to human frailty was that the accused had been provoked into committing the act (Department of Justice, *Reforming Criminal Code Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property: A Consultation Paper* (1998), at p. 2). However, not any provocation would suffice; it had to be significant: see G. R. Sullivan, “Anger and Excuse: Reassessing Provocation” (1993), 13 *Oxford J. Leg. Stud.* 421, at p. 422.

[15] By the eighteenth century, the doctrine of provocation had become entrenched in the common law. Initially, the accused’s state of mind, and in particular whether he was sufficiently deprived of self-control to have acted without malice in responding to the provocation, was the focus of the defence. Eventually, however, the courts set out to create greater certainty by establishing specific categories of “provocative events” that were considered “significant” enough to result in a loss of self-control. In the seminal case, *R. v. Mawgridge*

qu’en donne le juriste anglais Sir Edward Coke, [TRADUCTION] « [l]’homicide est ainsi appelé . . . parce qu’il est commis accidentellement (sans préméditation) à la suite d’une rixe, bagarre ou dispute soudaine » (*The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817), p. 56). On considérerait que l’auteur d’un tel homicide agissait [TRADUCTION] « sous l’emprise de la rage, de l’ivresse, d’une contrariété secrète ou d’un autre tourment intérieur » (*Statute of Stabbing (1604)*, 2 Jas I, ch. 8). L’homicide était tenu pour moins répréhensible, sur le plan moral, que celui commis délibérément, « de sang-froid ». Et comme on le considérerait à l’aune de l’honneur, qui constituait alors une valeur sociale importante, on l’excusait partiellement.

[14] Au dix-septième siècle, une autre tendance juridique voit le jour en matière d’homicides. Toute personne accusée de meurtre est présumée avoir agi « avec préméditation » et est dès lors passible de la peine de mort. Devant la sévérité de la loi, les tribunaux reconnaissent le crime distinct d’homicide involontaire coupable (*manslaughter*) pour tenir compte de certaines faiblesses humaines de manière à réfuter la présomption, notamment lorsque l’accusé a été provoqué à commettre l’acte (Ministère de la Justice, *Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel : Provocation, légitime défense et défense des biens : Document de consultation* (1998), p. 3). Or, toute provocation ne suffisait pas, elle devait être importante : voir G. R. Sullivan, « Anger and Excuse: Reassessing Provocation » (1993), 13 *Oxford J. Leg. Stud.* 421, p. 422.

[15] Au dix-huitième siècle, la doctrine de la provocation est intégrée à la common law. Au départ, le moyen de défense est axé sur l’état d’esprit de l’accusé et, en particulier, sur la question de savoir si l’accusé a suffisamment perdu la maîtrise de soi pour avoir réagi à la provocation sans intention criminelle. Mais au fil du temps, les tribunaux se sont employés à accroître la certitude en la matière en créant des catégories précises de « faits provocateurs » jugés suffisamment « importants » pour entraîner la perte de la maîtrise de soi. Dans l’arrêt

(1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, Lord Holt C.J. set out four categories of provocation. One category envisaged a husband catching a man in the act of adultery with his wife. The basis of the provocation, he wrote, was that “jealousy is the rage of a man, and adultery is the highest invasion of property” (p. 1115). Interestingly, while the killing of a sexual rival caught in the act of committing adultery with one’s wife was seen as a proper basis for the defence, the killing of one’s wife for infidelity was not: F. Stewart and A. Freiberg, *Provocation in Sentencing Research Report* (2nd ed. 2009), at para. 2.1.2. Another category included an “affron[t]” of “pulling . . . the nose, or filliping upon the forehead” (*Mawgridge*, at p. 1114). These categories carried the vestiges of a social view that privileged notions of preserving a man’s honour. As Sullivan has described it:

A violent response in such circumstances was not so much a matter to be condoned but to be required of a man of honour. The core perception of mitigating anger at this time was not of an emotion rendering the agent out of control but as a hot-blooded response informed and controlled by a rational understanding of the nature and degree of the provocation offered. It was a case of hot-blooded yet controlled vindication of one’s honour rather than spontaneous, uncontrolled fury. [p. 422]

[16] By the middle of the nineteenth century, attempts to identify further categories were abandoned and the defence became more generalized. In *R. v. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188, at p. 1189, Tindal C.J. told the jury that the defence was derived from the law’s “compassion to human infirmity”. The Law Commissioners’ Digest of 1839 provided that the provocative conduct must be “a wrongful act or insult”, which required that the conduct be inherently offensive (Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173 (2003), at para. 1.27, citing “Fourth Report of Her Majesty’s Commissioners on Criminal Law”, in *Reports from Commissioners* (1839), 235). These developments occurred at the same time as another critical one. While an objective standard was

de principe *R. c. Mawgridge* (1707), Kel J. 119, 84 E.R. 1107, le lord juge en chef Holt établit quatre catégories de provocation, dont l’une englobe le cas du mari qui prend son épouse en flagrant délit d’adultère avec un autre homme. Pour lui, le fondement du moyen de défense tient à ce que [TRADUCTION] « la jalousie est une fureur d’homme, et l’adultère constitue la plus grave atteinte à la propriété » (p. 1115). Fait à signaler, si le meurtre du rival surpris en compagnie de l’épouse adultère permettait d’invoquer le moyen de défense, ce n’était pas le cas du meurtre de l’épouse infidèle : F. Stewart et A. Freiberg, *Provocation in Sentencing Research Report* (2^e éd. 2009), par. 2.1.2. Une autre catégorie comprenait [TRADUCTION] « l’affront » consistant à « tirer . . . le nez, ou à donner une chiquenaude sur le front » (*Mawgridge*, p. 1114). Ces catégories sont le reflet d’une société révolue qui tenait en haute estime la défense de l’honneur d’un homme. Comme l’explique Sullivan :

[TRADUCTION] Dans de telles circonstances, la réaction violente n’était pas tant pardonnable qu’obligatoire chez un homme d’honneur. On considérait alors essentiellement le facteur atténuant de la colère non pas comme une émotion faisant perdre la maîtrise de soi, mais comme une réaction impétueuse obéissant à une compréhension rationnelle de la nature de la provocation et du degré atteint par celle-ci. Il s’agissait de la défense fougueuse, mais maîtrisée, de l’honneur, et non d’une fureur spontanée et incontrôlée. [p. 422]

[16] Au milieu du dix-neuvième siècle, on renonce à multiplier les catégories, et le moyen de défense acquiert un caractère plus général. Dans l’affaire *R. c. Hayward* (1833), 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188, à la p. 1189, le juge en chef Tindal a indiqué au jury que le moyen de défense découlait de la [TRADUCTION] « compassion [du droit] pour l’infirmité humaine ». Le Law Commissioners’ Digest de 1839 disposait que la provocation devait consister dans [TRADUCTION] « un acte injuste ou une insulte », la conduite devant être intrinsèquement offensante (Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder*, Consultation Paper No. 173 (2003), par. 1.27, citant « Fourth Report of Her Majesty’s Commissioners on Criminal Law », dans *Reports from Commissioners* (1839), 235). Une autre mutation cruciale se produit à la même

always implicit in the defence, a more formal standard of self-control expected to be exercised by the “reasonable man” in the circumstances was eventually proposed: *R. v. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336. Ultimately, the objective element came to play a heightened role in the operation of the defence as the recognized grounds of provocation were abandoned (see T. Macklem, “Provocation and the Ordinary Person” (1987-1988), 11 *Dal. L.J.* 126, at p. 130).

[17] As this brief historical review demonstrates, the social context has always played an important role in defining what amounts to provocation at law. In 1949, Lord Goddard C.J. summarized the relationship between the defence and social context in the following manner:

At a time when society was less secure and less settled in its habits, when the carrying of swords was as common as the use of a walking stick at the present day, and when duelling was regarded as involving no moral stigma if fairly conducted, it is not surprising that the courts took a view more lenient towards provocation than is taken to-day when life and property are guarded by an efficient police force and social habits have changed.

(*R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405, at p. 409)

[18] The common law defence of provocation was adopted and codified in the Canadian *Criminal Code* from its inception in 1892. The wording of s. 232 remains substantially unaltered. The same cannot be said of the social context in which it is embedded. The continued appropriateness of the defence has been a source of controversy, both in Canada and abroad. Some commentators and reviewing bodies have recommended that the defence be abandoned altogether, leaving provocation, when relevant, as a factor to be considered in sentencing. For a discussion of such reform proposals in Canada and elsewhere, see D. E. Ives, “Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility”, in Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to Murder: Overseas Studies*, Consultation Paper 173 (App. B)

époque. Alors qu’une norme objective avait toujours sous-tendu tacitement le moyen de défense, on propose l’application de la norme plus explicite de la maîtrise de soi dont est censé faire preuve un [TRADUCTION] « homme raisonnable » dans les circonstances : *R. c. Welsh* (1869), 11 Cox C.C. 336. Finalement, le critère objectif voit son rôle s’accroître dans l’application du moyen de défense tandis que les motifs de provocation reconnus sont abandonnés (voir T. Macklem, « Provocation and the Ordinary Person » (1987-1988), 11 *Dal. L.J.* 126, p. 130).

[17] Comme le montre ce bref survol historique, le contexte social a toujours joué un rôle important dans la définition de ce qui équivaut légalement à de la provocation. En 1949, le lord juge en chef Goddard résumait ainsi le rapport entre le moyen de défense et le contexte social :

[TRADUCTION] À une époque où la société était moins sûre et son fonctionnement moins bien réglé, où le port de l’épée était aussi courant que l’usage de la canne aujourd’hui, et où le duel n’était pas tenu pour moralement répréhensible s’il se déroulait dans les formes, il n’est pas étonnant que les tribunaux aient fait preuve à l’égard d’un acte attribué à une provocation de plus d’indulgence qu’ils ne le font de nos jours, alors que la vie et la propriété sont désormais protégées par une force policière efficace et que les mœurs ont évolué.

(*R. v. Semini*, [1949] 1 K.B. 405, p. 409)

[18] La défense de provocation issue de la common law figure dans le *Code criminel* canadien depuis l’adoption de celui-ci en 1892. Si le texte de l’art. 232 n’a pas subi de modifications substantielles, on ne peut en dire autant du contexte social dans lequel il s’inscrit. Tant au Canada qu’à l’étranger, la question de savoir si l’existence du moyen de défense demeure justifiée prête à controverse. Certains observateurs et organismes de réforme en ont recommandé la suppression pure et simple, de sorte que, lorsqu’elle est en cause, la provocation ne soit plus dès lors prise en considération que pour déterminer la peine. Pour l’analyse de ces propositions de réforme au Canada et ailleurs, voir D. E. Ives, « Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility », dans Law Commission of Great Britain, *Partial Defences to*

(2003), 73, at pp. 78-81; Australia, Victorian Law Reform Commission, *Defences to Homicide: Final Report* (2004); New Zealand Law Commission, *The Partial Defence of Provocation*, Report 98 (2007).

[19] Parliament has not chosen this course and the defence continues to exist in Canada. This does not mean, however, that the defence in its present articulation should not continue to evolve to reflect contemporary social norms, and in particular, *Charter* values. Just as at common law the notion of an “insult . . . sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control”, now codified under s. 232, is not frozen in time. By incorporating this objective element, the defence of provocation is necessarily informed by contemporary social norms and values. These include society’s changed views regarding the nature of marital relationships and the present reality that a high percentage of them end in separation.

[20] It is with these considerations in mind that I turn to an examination of the defence as contained in s. 232 of the *Criminal Code*.

2.2 *Provocation Under Section 232 of the Criminal Code*

[21] Viewing the provision as a whole, I offer some preliminary comments about the juridical nature of the defence. A criminal law defence is usually characterized as providing either an excuse or a justification for the impugned conduct. As Professor K. Roach rightly observes: “As a partial defence that reduces murder to manslaughter, provocation does not fit easily into the excuse/justification framework” (*Criminal Law* (4th ed. 2009), at p. 358). In *R. v. Manchuk*, [1938] S.C.R. 18, at pp. 19-20, this Court explained that “provocation . . . neither justifies nor excuses the act of homicide. But the law accounts the act and the violent feelings which prompted it less blameable because of the passion aroused by the provocation, . . . though

Murder : Overseas Studies, Consultation Paper 173 (App. B) (2003), 73, p. 78-81; Australie, Victorian Law Reform Commission, *Defences to Homicide : Final Report* (2004); Nouvelle-Zélande, Law Commission, *The Partial Defence of Provocation*, Report 98 (2007).

[19] Le Parlement a décidé de ne pas s’engager dans cette voie, et le moyen de défense existe toujours au Canada. Ce qui ne veut pas dire que, dans sa formulation actuelle, la défense de provocation ne doit pas continuer d’évoluer de façon à correspondre aux normes sociales contemporaines et, en particulier, aux valeurs consacrées par la *Charte*. Tout comme en common law, la notion d’« insulte . . . suffis[ant] à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser », aujourd’hui codifiée à l’art. 232, n’est pas figée dans le temps. Par l’intégration de cet élément objectif, la possibilité de recourir à la défense de provocation est nécessairement fonction des valeurs et des normes sociales contemporaines, parmi lesquelles figurent le regard différent que jette la société sur la nature de l’union maritale et le fait que, de nos jours, celle-ci se solde souvent par une séparation.

[20] Ces considérations présentes à l’esprit, je passe à l’examen du moyen de défense prévu à l’art. 232 du *Code criminel*.

2.2 *La provocation au sens de l’article 232 du Code criminel*

[21] Considérant la disposition dans son intégralité, j’y vais de quelques observations préliminaires sur la nature juridique du moyen de défense. En droit criminel, un moyen de défense offre normalement à l’accusé une excuse ou une justification pour l’acte qui lui est reproché. Le professeur K. Roach fait observer à juste titre que, [TRADUCTION] « [s]’agissant d’un moyen de défense partiel qui permet de réduire le meurtre à un homicide involontaire coupable, la provocation ne s’insère pas aisément dans le cadre de l’excuse ou de la justification » (*Criminal Law* (4^e éd. 2009), p. 358). Dans l’arrêt *R. c. Manchuk*, [1938] R.C.S. 18, p. 19 et 20, la Cour explique que [TRADUCTION] « la provocation . . . ne justifie pas l’homicide ni ne l’excuse.

still sufficiently blameable to merit punishment — and it may be punishment of high severity — but not the extreme punishment of death.”

[22] Thus, the accused’s conduct is partially *excused* out of a compassion to human frailty. While the call for compassion was particularly compelling in times when the alternative was the death penalty, the rationale subsists today, given the serious consequences to the offender flowing from a conviction for murder. It is not sufficient, however, that an accused’s sudden reaction to a wrongful act or insult may be explained from a purely subjective standpoint. The provision incorporates an objective standard against which the accused’s reaction must be measured — that which may be expected of the “ordinary person” in like circumstances. Not all instances of loss of self-control will be excused. Rather, the requisite elements of the defence, taken together, make clear that the accused must have a *justifiable* sense of being wronged. This does not mean, and in no way should be taken as suggesting, that the victim is to be blamed for the accused’s act, nor that he or she deserved the consequences of the provocation. Nor does it mean that the law sanctions the accused’s conduct. Instead, the law recognizes that, as a result of human frailties, the accused reacted inappropriately and disproportionately, but understandably to a sufficiently serious wrongful act or insult.

[23] In my view, the requirements of s. 232 are most usefully described as comprising two elements, one objective and the other subjective. As Cory J. for the majority of the Court put it in *Thibert*:

First, there must be a wrongful act or insult of such a nature that it is sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control as the objective element. Second, the subjective element requires that the accused act upon that insult on the sudden and before there was

Mais le droit tient pour moins répréhensibles l’acte et les sentiments violents qui sont à son origine en raison de la colère suscitée par la provocation . . . bien qu’ils soient tout de même suffisamment répréhensibles pour rendre leur auteur passible d’une peine, qui peut être très sévère, mais pas du châtement suprême qu’est l’exécution. »

[22] La conduite de l’accusé est donc partiellement *excusée* par la compassion du droit pour la fragilité humaine. L’appel à la compassion était certes particulièrement pressant en des temps où l’accusé était passible de la peine de mort, mais la raison d’être de cette humanité vaut toujours en raison des graves conséquences de la déclaration de culpabilité pour meurtre. Il ne suffit cependant pas que la réaction soudaine de l’accusé à une action injuste ou à une insulte puisse s’expliquer d’un point de vue purement subjectif. La disposition applicable englobe une norme objective au regard de laquelle la réaction de l’accusé doit être mesurée, à savoir la réaction censée être celle d’une « personne ordinaire » dans les mêmes circonstances. La perte de la maîtrise de soi n’est pas excusée dans tous les cas. Il ressort en effet des conditions d’application de la défense, considérées globalement, que l’accusé doit avoir le sentiment *justifié* de subir une injustice, ce qui ne veut pas dire — et il ne faut aucunement laisser entendre — que la victime doit être blâmée pour l’acte de l’accusé, ni qu’elle méritait les conséquences de la provocation. Le droit n’approuve pas non plus pour autant la conduite de l’accusé. Il reconnaît plutôt qu’en raison de la fragilité humaine, l’accusé a réagi de façon intempestive et disproportionnée, mais compréhensible, à une action injuste ou une insulte suffisamment grave.

[23] Selon moi, il convient de regrouper les conditions établies à l’art. 232 sous deux volets, l’un objectif, l’autre subjectif. Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Thibert* :

Premièrement, pour satisfaire à l’élément objectif, il faut établir qu’il y a eu une action injuste ou une insulte de telle nature qu’elle suffise à priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser. Deuxièmement, l’élément subjectif exige la preuve que l’accusé a agi sous

time for his passion to cool. [Emphasis in original deleted; para. 4.]

[24] I will review each element in turn.

2.2.1 The Objective Element: A Wrongful Act or Insult Sufficient to Deprive an Ordinary Person of the Power of Self-Control

[25] For the purpose of discussion, the objective element may be viewed as two-fold: (1) there must be a wrongful act or insult; and (2) the wrongful act or insult must be sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control.

[26] While the concepts “wrongful act” and “insult” are not defined, the following limitation is set out in s. 232(3):

232. . . .

(3) For the purposes of this section, the questions

(a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and

(b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received,

are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.

The second branch of s. 232(3) is not at issue in this case and I do not propose to discuss the limitation on the defence in circumstances where the accused himself incites the act of provocation with a view to providing himself with an excuse for committing the offence. The “legal right” limitation on the defence, however, merits further discussion in the context of this case.

[27] It is well established that the phrase “legal right” does not include all conduct not specifically prohibited by law. For example, the fact that

l’impulsion du moment et avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid. [Soulignement dans l’original supprimé; par. 4.]

[24] J’examine successivement chacun de ces éléments.

2.2.1 L’élément objectif : Une action injuste ou une insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser

[25] Pour les besoins de l’analyse, on peut considérer que l’élément objectif s’entend de deux conditions à remplir : (1) il doit y avoir une action injuste ou une insulte et (2) l’action injuste ou l’insulte doit être suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser.

[26] Même si les termes « action injuste » et « insulte » ne sont pas définis, le par. 232(3) circonscrit leur sens :

232. . . .

(3) Pour l’application du présent article, les questions de savoir :

a) si une action injuste ou une insulte déterminée équivalait à une provocation;

b) si l’accusé a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu’il allègue avoir reçue,

sont des questions de fait, mais nul n’est censé avoir provoqué un autre individu en faisant quelque chose qu’il avait un droit légal de faire, ou en faisant une chose que l’accusé l’a incité à faire afin de fournir à l’accusé une excuse pour causer la mort ou des lésions corporelles à un être humain.

Le deuxième cas de figure envisagé au par. 232(3) n’est pas en cause en l’espèce et je n’entends pas me pencher sur les limites du moyen de défense lorsque l’accusé incite autrui à le provoquer afin de bénéficier d’une excuse pour la perpétration de l’infraction. En revanche, le cas considéré sous l’angle du « droit légal » justifie une analyse plus approfondie dans le contexte de la présente affaire.

[27] Il est bien établi que le terme « droit légal » ne renvoie pas à tout acte non expressément interdit par la loi. Par exemple, le fait qu’on n’encourt

a person may not be subject to legal liability for an insult directed at the accused does not mean that he or she has the “legal right” to make the insult within the meaning of s. 232(3) and that provocation is not open to the accused. To require that an insult be specifically prohibited by law would effectively render the word “insult” under s. 232(2) redundant, as any such “insult” would necessarily be a “wrongful act”. The phrase “legal right” has been defined, rather, as meaning a right which is sanctioned by law, such as a sheriff proceeding to execute a legal warrant, or a person acting in justified self-defence (*Thibert*, at para. 29, citing *R. v. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (Ont. C.A.), at p. 175, and *R. v. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), at p. 649). Interpreted in this manner, the notion of legal right serves to carve out from the ambit of s. 232 legally sanctioned conduct which otherwise could amount, in fact, to an “insult”.

[28] There has been academic criticism of this approach. Professor Roach argues, for example, that the concept of legal right could be rethought in the context of domestic violence. He writes: “It could be argued that people have a legal right to leave relationships and even to make disparaging comments about ex-partners. The Court’s continued refusal to recognize this broader interpretation of a legal right could deny women the equal protection and benefit of the law” (p. 359).

[29] In my view, these concerns, while legitimate, are better addressed at the stage when the gravity of the “insult” is objectively measured as against the ordinary person standard. In other words, while one spouse undoubtedly has a legal right to leave his or her partner, in some circumstances the means by which that spouse communicates this decision may amount *in fact* to an “insult”, within the ordinary meaning of the word. However, to be recognized *at law*, the insult must be of sufficient gravity to cause a loss of self-control, as objectively determined. The fact that the victim has the “legal right”, in the broad sense of the term, to leave the relationship is an important consideration in the assessment of this objective standard.

pas de responsabilité pour une insulte visant l’accusé ne signifie pas qu’on ait le « droit légal » de la proférer au sens du par. 232(3) et que l’accusé ne puisse l’invoquer à titre de provocation en défense. Exiger qu’une insulte soit expressément interdite par la loi rendrait en fait redondant l’emploi du mot « insulte » au par. 232(2), puisque toute « insulte » constituerait alors nécessairement une « action injuste ». Le « droit légal » s’entend plutôt d’un droit reconnu par la loi, comme celui d’un shérif d’exécuter un mandat légal ou celui d’une personne d’agir en état de légitime défense (*Thibert*, par. 29, citant les arrêts *R. c. Haight* (1976), 30 C.C.C. (2d) 168 (C.A. Ont.), p. 175, et *R. c. Galgay*, [1972] 2 O.R. 630 (C.A.), p. 649). Ainsi interprétée, la notion de droit légal permet de soustraire à l’application de l’art. 232 l’acte autorisé par la loi qui pourrait autrement équivaloir dans les faits à une « insulte ».

[28] Certains juristes critiquent cette interprétation. Le professeur Roach, par exemple, estime que la notion de droit légal pourrait être repensée dans le contexte de la violence conjugale. Il écrit qu’[TRADUCTION] « [o]n pourrait soutenir qu’une personne a le droit légal de mettre fin à une relation et même de faire des remarques désobligeantes au sujet de son ex-conjoint. Le refus persistant de la Cour de reconnaître cette interprétation élargie d’un droit légal pourrait priver les femmes de la même protection et du même bénéfice de la loi » (p. 359).

[29] À mon avis, il vaut mieux se pencher sur ces craintes, fort légitimes au demeurant, à l’étape de l’appréciation objective de la gravité de l’« insulte » au regard de la norme de la personne ordinaire. En d’autres mots, s’il est vrai qu’une personne a incontestablement le droit légal de quitter son conjoint ou sa conjointe, le moyen qu’elle emploie pour lui communiquer sa décision peut parfois équivaloir *dans les faits* à une « insulte » au sens ordinaire de ce terme. Mais pour valoir *en droit*, l’insulte doit être assez grave objectivement pour provoquer la perte de la maîtrise de soi. Le fait que la victime a le « droit légal », au sens large du terme, de mettre un terme à la relation est un élément important dans l’application de cette norme objective.

[30] The “ordinary person”, as a legal concept, has generally been assimilated in the case law to the well-known “reasonable person” and the two terms are often used interchangeably: e.g., *Hill*, at p. 331. While I believe that the two fictional entities share the same attributes, at first blush some may question this as a logical inconsistency, given that a “reasonable” person would not commit culpable homicide in the first place. Indeed, “reasonableness” often defines the standard of conduct which is expected at law, and conduct which meets this standard, as a general rule, does not attract legal liability. The inconsistency is resolved when it is recalled that the defence is only a partial one, and that the defendant, even if successful, will still be guilty of manslaughter. The use of the term “ordinary person” therefore reflects the normative dimensions of the defence; that is, behaviour which comports with contemporary society’s norms and values will attract the law’s compassion. Meeting the standard, however, will only provide a *partial* defence. In this context, it seems to me that the label “ordinary person” is more suitable and this may explain Parliament’s choice of words. Cory J. for the majority of the Court in *Thibert* explained how the ordinary person standard should be interpreted:

Yet, I think the objective element should be taken as an attempt to weigh in the balance those very human frailties which sometimes lead people to act irrationally and impulsively against the need to protect society by discouraging acts of homicidal violence. [para. 4]

[31] Applying this objective standard has not been without difficulty. A central concern has been the extent to which the accused’s personal characteristics and circumstances should be considered when applying the “ordinary person” test. Traditionally, Canadian courts, endorsing the approach of their English counterparts, adopted a restrictive approach, prohibiting any reference to the accused’s characteristics or circumstances (*Bedder v. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.); *Salamon v. The Queen*, [1959] S.C.R. 404; *Wright v. The Queen*, [1969]

[30] Les tribunaux assimilent généralement la notion juridique de « personne ordinaire » à celle, bien connue, de « personne raisonnable » et ils emploient souvent les deux termes indifféremment : voir p. ex. l’arrêt *Hill*, p. 331. J’estime que les deux personnes fictives partagent les mêmes attributs, mais d’aucuns pourraient y voir de prime abord une faille logique étant donné qu’une personne « raisonnable » ne commettrait tout simplement pas un homicide coupable. En effet, le mot « raisonnable » qualifie souvent la norme de conduite établie par la loi, et la conduite qui respecte cette norme n’engage normalement pas la responsabilité. Or, la provocation confère seulement un moyen de défense partiel, et l’accusé, même s’il parvient à la prouver, est tout de même déclaré coupable d’homicide involontaire coupable. Il n’y a donc pas d’incohérence. L’emploi du terme « personne ordinaire » tient par conséquent aux dimensions normatives du moyen de défense : la personne dont le comportement respecte les normes et les valeurs de la société actuelle bénéficie de la compassion du droit. Satisfaire à la norme ne procure cependant qu’un moyen de défense *partiel*. Le terme « personne ordinaire » me paraît mieux convenir dans ce contexte, ce qui peut expliquer la terminologie employée par le législateur. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Cory explique, dans l’arrêt *Thibert*, comment interpréter la norme de la personne ordinaire :

J’estime pourtant que le volet objectif doit être vu comme une tentative de soupeser, d’une part, les faiblesses très humaines qui conduisent parfois les gens à agir de façon irrationnelle et impulsive et, d’autre part, la nécessité de protéger la société en décourageant les actes de violence meurtrière. [par. 4]

[31] L’application de cette norme objective n’a pas été simple. On s’est surtout demandé dans quelle mesure les caractéristiques et la situation personnelles de l’accusé devaient être prises en compte dans l’application du critère de la « personne ordinaire ». Traditionnellement, les tribunaux canadiens, à l’instar des britanniques, ont adopté une approche stricte écartant toute prise en compte de ces éléments (*Bedder c. Director of Public Prosecutions*, [1954] 1 W.L.R. 1119 (H.L.); *Salamon c. The Queen*, [1959] R.C.S. 404; *Wright v. The Queen*, [1969] R.C.S. 335). Or, cette position

S.C.R. 335). However, this approach required the court to completely ignore relevant contextual circumstances in making its determinations.

[32] Recognizing this deficiency, a broader approach was eventually adopted in conceptualizing the “ordinary person” so as to account for some, but not all, of the individual characteristics of the accused. As Dickson C.J. explained in *Hill*, this more flexible approach is essentially a matter of common sense:

... the “collective good sense” of the jury will naturally lead it to ascribe to the ordinary person any general characteristics relevant to the provocation in question. For example, if the provocation is a racial slur, the jury will think of an ordinary person with the racial background that forms the substance of the insult. To this extent, particular characteristics will be ascribed to the ordinary person. Indeed, it would be impossible to conceptualize a sexless or ageless ordinary person. Features such as sex, age, or race, do not detract from a person’s characterization as ordinary. Thus particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation. [Emphasis added; p. 331.]

[33] I emphasize the words of caution that, in adopting this more flexible approach, care must be taken not to subvert the logic of the objective test. Indeed, if all of the accused’s characteristics are taken into account, the ordinary person *becomes* the accused. As Dickson C.J. noted, this approach would lead to the anomalous result that “[a] well-tempered, reasonable person would not be entitled to benefit from the provocation defence . . . while an ill-tempered or exceptionally excitable person would find his or her culpability mitigated by provocation and would be guilty only of manslaughter” (p. 324).

[34] Further, an individualized approach ignores the cardinal principle that criminal law is concerned with setting standards of human behaviour. As Dickson C.J. put it: “It is society’s concern that reasonable and non-violent behaviour be encouraged

les a obligés à statuer en faisant totalement abstraction de données contextuelles.

[32] Conscients de cette lacune, les tribunaux ont finalement opté pour une démarche moins rigide où la notion de « personne ordinaire » était appliquée en tenant compte de certaines des caractéristiques personnelles de l’accusé, mais pas de toutes. Comme l’explique le juge en chef Dickson dans l’arrêt *Hill*, cette démarche plus souple relève essentiellement du bon sens :

... le « bon sens collectif » du jury l’amènera naturellement à attribuer à la personne ordinaire toutes les caractéristiques générales pertinentes relativement à la provocation en question. Par exemple, si la provocation est une insulte raciste, le jury imaginera une personne ordinaire avec les antécédents raciaux qui forment la substance de l’insulte. Dans cette mesure, des caractéristiques physiques particulières seront attribuées à la personne ordinaire. En fait, il serait impossible d’imaginer une personne ordinaire sans sexe ou sans âge. Certaines caractéristiques comme le sexe, l’âge ou la race n’empêchent pas qu’une personne puisse être qualifiée d’ordinaire. Ainsi, des caractéristiques particulières qui ne sont pas spéciales ni une idiosyncrasie peuvent être attribuées à une personne ordinaire sans bouleverser la logique du critère objectif de la provocation. [Je souligne; p. 331.]

[33] J’insiste sur sa mise en garde contre tout bouleversement de la logique du critère objectif susceptible de résulter d’un tel assouplissement. En effet, si toutes les caractéristiques de l’accusé sont prises en compte, la personne ordinaire *devient* l’accusé. Comme le signale le juge en chef Dickson, on aboutit alors à la situation anormale où « [u]ne personne raisonnable de caractère égal ne serait pas susceptible de profiter de la défense de provocation . . . tandis que la culpabilité d’une personne querelleuse ou exceptionnellement excitable serait réduite par la provocation et elle ne serait coupable que d’homicide involontaire coupable » (p. 324).

[34] En outre, l’approche individualisée fait abstraction d’un principe fondamental : le droit criminel s’attache à l’établissement de normes de comportement humain. Je cite encore le juge en chef Dickson : « C’est la préoccupation qu’à la société

that prompts the law to endorse the objective standard” (p. 324). Similarly, McIntyre J. in concurring reasons expanded upon this purpose, stating:

The law fixes a standard for all which must be met before reliance may be placed on the provocation defence. Everyone, whatever his or her idiosyncracies, is expected to observe that standard. It is not every insult or injury that will be sufficient to relieve a person from what would otherwise be murder. The “ordinary person” standard is adopted to fix the degree of self-control and restraint expected of all in society. [p. 336]

It follows that the ordinary person standard must be informed by contemporary norms of behaviour, including fundamental values such as the commitment to equality provided for in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For example, it would be appropriate to ascribe to the ordinary person relevant racial characteristics if the accused were the recipient of a racial slur, but it would not be appropriate to ascribe to the ordinary person the characteristic of being homophobic if the accused were the recipient of a homosexual advance. Similarly, there can be no place in this objective standard for antiquated beliefs such as “adultery is the highest invasion of property” (*Mawgridge*, at p. 1115), nor indeed for any form of killing based on such inappropriate conceptualizations of “honour”.

[35] Finally, the particular circumstances in which the accused finds himself will also be relevant in determining the appropriate standard against which to measure the accused’s conduct. This is also a matter of common sense, as it would be impossible to conceptualize how the ordinary person might be expected to react without considering the relevant context. Again here, however, care must be taken not to “subver[t] the logic of the objective [inquiry]” and assimilate circumstances that are peculiar to the individual accused into the objective standard (*Hill*, at p. 331). For example, in determining the appropriate objective standard, it will be relevant for the trier of fact to know that the alleged provocation occurred in circumstances where the deceased was wrongfully

d’encourager le comportement raisonnable et non violent qui incite le droit à adopter le critère objectif » (p. 324). Dans ses motifs concordants, le juge McIntyre ajoute à ce sujet :

Le droit fixe une norme pour tous à laquelle on doit satisfaire avant de pouvoir s’appuyer sur la défense de provocation. On s’attend à ce que chacun, indépendamment de ses idiosyncrasies, respecte cette norme. N’importe quel insulte ou tort ne sera pas suffisant pour dégager quelqu’un de ce qui serait autrement un meurtre. La norme de la « personne ordinaire » est adoptée pour fixer le degré de maîtrise de soi et de modération qu’on attend de chacun en société. [p. 336]

Il s’ensuit que la notion de personne ordinaire doit être circonscrite en fonction des normes de comportement actuelles, y compris les valeurs fondamentales comme la recherche de l’égalité consacrée par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par exemple, lorsque l’accusé a fait l’objet d’une remarque raciste, il convient d’attribuer à la personne ordinaire la caractéristique de l’appartenance à la race visée alors que lorsqu’il a fait l’objet d’avances homosexuelles, il n’est pas opportun de lui attribuer celle de l’homophobie. De même, cette norme objective ne saurait admettre une conception archaïque voyant dans [TRADUCTION] « l’adultère . . . la plus grave atteinte à la propriété » (*Mawgridge*, p. 1115), non plus que la justification de quelque forme de meurtre que ce soit par un sens de l’« honneur » envisagé de manière inacceptable.

[35] Enfin, la situation particulière de l’accusé est elle aussi pertinente pour déterminer la norme au regard de laquelle il convient de juger sa conduite. Il s’agit encore d’une question de bon sens, car il est en effet impossible de conceptualiser la manière dont est censée réagir la personne ordinaire sans prendre en considération le contexte en cause. Mais il faut encore s’abstenir de « bouleverser la logique [de l’examen] objectif » et de tenir compte, lors de celui-ci, de circonstances propres à la personne accusée (*Hill*, p. 331). Par exemple, pour déterminer la norme objective applicable, il importe que le juge des faits sache que la provocation alléguée s’est produite alors que la victime congédiait injustement l’accusé, un employé de longue date. Il faut connaître ce contexte pour établir la bonne norme,

firing the accused from his long-term employment. This context is necessary to set the appropriate standard. But the standard does not vary depending on the accused's peculiar relationship or particular feelings about his employer or his employment. Personal circumstances may be relevant to determining whether the accused was in fact provoked — the subjective element of the defence — but they do not shift the ordinary person standard to suit the individual accused. In other words, there is an important distinction between contextualizing the objective standard, which is necessary and proper, and individualizing it, which only serves to defeat its purpose.

2.2.2 The Subjective Element: The Provocation Must Have Caused the Accused to Lose Self-Control and Act While Out of Control

[36] Once it is established that the wrongful act or insult was sufficient to deprive an ordinary person of the power of self-control, the inquiry turns to a consideration of the subjective element of the defence. The subjective element can also be usefully described as two-fold: (1) the accused must have acted in response to the provocation; and (2) on the sudden before there was time for his or her passion to cool.

[37] The inquiry into whether the accused was in fact acting in response to the provocation focuses on the accused's subjective perceptions of the circumstances, including what the accused believed, intended or knew. In other words, the accused must have killed because he was provoked and not because the provocation existed (*R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 277, citing Professor G. L. Williams in his *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 480).

[38] The requirement of suddenness was introduced into the defence as a way of distinguishing a response taken in vengeance from one that was provoked. Therefore, suddenness applies to both the act of provocation and the accused's reaction to it. The wrongful act or insult must itself be sudden, in the sense that it “must strike upon a mind unprepared

mais elle ne varie pas en fonction de la relation particulière de l'accusé avec son employeur ou de ses sentiments personnels à l'égard de ce dernier ou de son emploi. La situation personnelle de l'accusé peut importer pour déterminer s'il y a eu provocation dans les faits — c'est l'élément subjectif du moyen de défense —, mais elle n'a pas pour effet de modifier la norme de la personne ordinaire pour qu'elle convienne à l'individu accusé. Autrement dit, il existe une distinction importante entre la contextualisation de la norme objective, qui est nécessaire et opportune, et son individualisation, qui contrecarre son objectif même.

2.2.2 L'élément subjectif : La provocation doit avoir amené l'accusé à perdre la maîtrise de soi et à agir avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid

[36] Une fois établi que l'action injuste ou l'insulte était suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser, il faut se pencher sur le volet subjectif du moyen de défense. L'élément subjectif de la provocation est présent lorsque deux conditions sont remplies : (1) l'accusé a agi en réaction à la provocation et (2) sous l'impulsion du moment, avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid.

[37] L'analyse visant à déterminer si l'accusé a effectivement agi en réaction à la provocation s'attache à sa perception subjective des circonstances, notamment ce qu'il croyait, ce qu'il voulait ou ce qu'il savait. En d'autres mots, il faut que l'accusé ait tué parce qu'il a été provoqué et non parce qu'il y a eu provocation (*R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, p. 277, où la Cour cite le professeur G. L. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), p. 480).

[38] La soudaineté est exigée pour distinguer l'acte motivé par la vengeance de l'acte qui est provoqué. Elle s'applique donc tant à l'acte de provocation qu'à la réaction de l'accusé. D'une part, l'action injuste ou l'insulte doit elle-même être soudaine, c'est-à-dire qu'elle [TRADUCTION] « doit être inattendue . . . avoir un effet imprévu qui surprend et

for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame” (*R. v. Tripodi*, [1955] S.C.R. 438, at p. 443). Further, the intentional killing must have been committed by the accused “before there was time for his passion to cool”: s. 232(2) of the *Criminal Code*.

2.3 *The Role of the Judge and Jury*

[39] As noted earlier, s. 232(3) provides that determining whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation and whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation are questions of fact. Consistent with the wording of this provision, it remains with the jury, and not the trial judge, to weigh the evidence in order to determine whether the Crown has discharged its burden of disproving that the killing was caused by provocation (*R. v. Fontaine*, 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702, at para. 56, citing *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443).

[40] However, the interpretation of a legal standard (the elements of the defence) and the determination of whether there is an air of reality to a defence constitute questions of law, reviewable on a standard of correctness. The term “air of reality” refers to the inquiry into whether there is an evidential foundation for a defence. Statements that there is or is not an air of reality express a legal conclusion about the presence or absence of an evidential foundation for a defence: *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at paras. 50 and 55; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 682; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, at p. 461. Thus, this inquiry is not a review of the trial judge’s assessment of the evidence but of the judge’s legal conclusions in relation to the defence of provocation: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 21.

[41] In a jury trial, the judge is the gatekeeper and judge of the law and must therefore put the defence to the jury only where there is evidence upon which a “reasonable jury acting judicially” could find that the defence succeeds (*Faid*, at p. 278). For the defence to succeed, the jury must have a reasonable

excite les passions » (*R. c. Tripodi*, [1955] R.C.S. 438, p. 443). D’autre part, l’accusé doit avoir commis l’homicide volontaire « avant d’avoir eu le temps de reprendre son sang-froid » : par. 232(2) du *Code criminel*.

2.3 *Le rôle du juge et du jury*

[39] Comme nous l’avons vu, le par. 232(3) précise que les questions de savoir si une action injurieuse ou une insulte donnée équivalait à une provocation et si la provocation a privé l’accusé du pouvoir de se maîtriser sont des questions de fait. Il appartient donc au jury, et non au juge du procès, de soupeser la preuve afin de déterminer si le ministère public s’est acquitté de son obligation d’établir que l’homicide n’a pas été causé par la provocation (*R. c. Fontaine*, 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702, par. 56, citant l’arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443).

[40] En revanche, l’interprétation d’une norme juridique (les conditions d’application du moyen de défense) et la vraisemblance d’un fait invoqué en défense constituent des questions de droit susceptibles de contrôle suivant la norme de la décision correcte. La « vraisemblance » renvoie à l’existence d’éléments de preuve pour étayer le moyen de défense. Dire d’un moyen de défense qu’il est vraisemblable ou non c’est tirer une conclusion de droit quant à savoir s’il existe ou non un fondement probant à l’appui : *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 50 et 55; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 682; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, p. 461. L’examen ne porte donc pas sur l’appréciation de la preuve par le juge du procès, mais sur ses conclusions de droit concernant la défense de provocation : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 21.

[41] Le juge qui préside un procès devant jury est le gardien de la loi et le juge du droit. Il ne doit donc soumettre le moyen de défense au jury que s’il existe un élément de preuve à partir duquel un « jury raisonnable agissant judiciairement » pourrait conclure à son application (*Faid*, p. 278). Le

doubt about whether each of the elements of provocation was present. This necessarily requires that there be a sufficient evidential basis in respect of each component of the defence before it is left to the jury: the evidence must be reasonably capable of supporting the inferences necessary to make out the defence before there is an air of reality to the defence (*Fontaine*, at para. 56; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086, at p. 1088, citing *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 133). In a trial by judge alone, the trial judge must instruct himself or herself accordingly. Therefore, the trial judge errs in law if he or she gives effect to the defence of provocation in circumstances where the defence should not have been left to a jury, had the accused been tried by a jury.

3. Application to the Case

[42] As stated at the outset, I agree with the Court of Appeal that there was no air of reality to the defence of provocation in this case. The conduct in question does not amount to an “insult”; nor does it meet the requirement of suddenness.

[43] As for the objective element of the defence, the appellant does not suggest that he was provoked by a “wrongful act”. Rather, his contention is that, in the context of his relationship with Ms. Duong, his discovery of her sexual involvement with Mr. An Tran amounted to an insult at law. The facts do not support this contention.

[44] First, it is difficult to see how the conduct of Ms. Duong and Mr. An Tran could constitute an insult on any ordinary meaning of the word. The general meaning of the noun “insult” as defined in the *Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (6th ed. 2007), vol. 1, at p. 1400, is “[a]n act or the action of attacking; (an) attack, (an) assault.” Likewise, the action of insulting means to “[s]how arrogance or scorn; boast, exult, esp. insolently or contemptuously. . . . Treat with scornful abuse; subject to indignity; . . . offend the modesty or self-respect of.” Here, Ms. Duong and Mr. An Tran were alone in the privacy of her bedroom, neither wanting nor expecting the

sort réservé au moyen de défense dépend de ce que les jurés auront ou non un doute raisonnable sur l’existence de chacun des éléments constitutifs de la provocation. Un fondement probant suffisant est donc requis à l’égard de chacun des volets du moyen de défense pour que celui-ci puisse être soumis au jury : la vraisemblance exige que la preuve soit raisonnablement susceptible d’étayer les inférences nécessaires à l’application du moyen de défense (*Fontaine*, par. 56; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086, p. 1088, citant *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 133). Dans un procès devant juge seul, le juge doit obéir aux mêmes règles. Partant, il commet une erreur de droit s’il donne effet à la défense de provocation alors qu’elle n’aurait pas été soumise aux jurés dans un procès devant jury.

3. Application au présent pourvoi

[42] Je l’ai indiqué au départ, je conviens avec la Cour d’appel que la provocation invoquée en défense n’était pas vraisemblable en l’espèce. La conduite en cause n’équivaut pas à une « insulte » ni ne satisfait à l’exigence de la soudaineté.

[43] En ce qui concerne le critère objectif d’application du moyen de défense, l’appellant ne prétend pas avoir été provoqué par une « action injuste ». Il soutient plutôt que, dans le contexte de sa relation avec M^{me} Duong, la découverte de la liaison intime de cette dernière avec M. An Tran équivalait légalement à une insulte. Les faits n’appuient pas sa prétention.

[44] Premièrement, on voit mal comment la conduite de M^{me} Duong et de M. An Tran pourrait constituer une insulte au sens usuel du terme. Le *Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* (2010) définit l’« insulte » comme suit à la p. 1347 : « Acte ou parole qui vise à outrager ou constitue un outrage. » De même, l’action d’« insulter » s’entend de celle d’« attaquer (qqn) par des propos ou des actes outrageants. » En l’espèce, M^{me} Duong et M. An Tran étaient seuls, dans l’intimité de la chambre à coucher de M^{me} Duong; ils ne souhaitaient pas voir l’appellant faire irruption ni ne s’y attendaient. Dans ces circonstances, je conviens avec la juge Hunt de

appellant to show up. In these circumstances, I agree with Hunt J.A. that “[n]othing done by the complainant or the victim comes close to meeting the definition of insult. Their behaviour was not only lawful, it was discreet and private and entirely passive vis-à-vis the [appellant]. They took pains to keep their relationship hidden. . . . Their behaviour came to his attention only because he gained access to the building by falsely saying he was there to pick up his mail” (para. 17).

[45] Further, there was nothing sudden about the discovery. The appellant is the one whose appearance came as a total surprise to Ms. Duong and Mr. An Tran, not the other way around. On the factual findings made by the trial judge, the appellant had not only suspected his wife’s relationship with another man, but he made deliberate attempts to surveillance her activity, including by eavesdropping on her conversations. The night before the tragic events, the appellant told his godmother that he now knew who the man was whom his wife was seeing (trial judge’s reasons, at p. 26). Therefore, it cannot be said that his discovery, upon entering Ms. Duong’s bedroom unannounced and uninvited, “str[uck] upon a mind unprepared for it”.

[46] Finally, I also agree with Watson J.A. that on “the subjective side of the question”, the trial judge’s findings of “[o]utward excitement and anger” could not be decisive (para. 76). The appellant did not testify about his state of mind. The evidence shows, as Watson J.A. notes, that he

was measuring his actions on what he was saying and doing. The trial judge should have addressed whether he could have regained his self control by the time he went into the living room and finished off the victim — not merely whether he was still angry and excited. The trial judge found his anger continued but she failed to direct herself to consider whether the continuation of his anger amounted to a continuing lack of the power of self control without an opportunity to recover it. [para. 76]

la Cour d’appel qu’[TRADUCTION] « [a]ucun acte de la plaignante ou de la victime ne correspond de près ou de loin à la définition de l’insulte. Leur comportement était non seulement légitime, mais il était discret et privé, et totalement passif vis-à-vis de l’[appellant]. Ils se sont efforcés de tenir leur relation secrète. [. . .] L’accusé a appris son existence uniquement parce qu’il a réussi à entrer dans l’immeuble sous le faux prétexte de venir y chercher son courrier » (par. 17).

[45] En outre, la découverte n’a rien eu de soudain. L’appellant est celui dont l’apparition a constitué une surprise totale pour M^{me} Duong et M. An Tran, et non l’inverse. Suivant les conclusions de fait de la juge du procès, non seulement l’appellant soupçonnait la liaison de son épouse avec un autre homme, mais il avait délibérément tenté de surveiller ses faits et gestes, notamment en épiant ses conversations téléphoniques. Le soir qui a précédé les événements tragiques, l’appellant a dit à sa marraine qu’il connaissait désormais l’identité de l’homme que fréquentait son épouse (motifs de la juge du procès, p. 26). On ne saurait donc qualifier d’[TRADUCTION] « inattendue » la découverte qu’il a faite en entrant dans la chambre à coucher de M^{me} Duong sans y être attendu ni y avoir été invité.

[46] Enfin, je conviens également avec le juge Watson de la Cour d’appel qu’[TRADUCTION] « [e]n ce qui concerne le volet subjectif de la question », les conclusions de la juge du procès quant à [TRADUCTION] « [l]’état d’agitation et de colère manifeste » ne pouvaient pas être décisives (par. 76). L’appellant n’a pas témoigné au sujet de son état d’esprit. La preuve révèle, comme le signale le juge Watson, que

[TRADUCTION] ses actes étaient en phase avec ce qu’il disait et ce qu’il faisait. La juge du procès aurait dû se demander si l’appellant aurait pu retrouver la maîtrise de soi avant d’entrer dans le séjour et d’y achever la victime, pas seulement s’il était encore agité et en colère. Elle a conclu qu’il était toujours en colère, mais elle a omis de déterminer si, pour autant, il était toujours privé du pouvoir de se maîtriser et n’avait pas eu l’occasion de reprendre son sang-froid. [par. 76]

As Watson J.A. rightly concluded, “there was on the trial judge’s fact findings no air of reality to his acting on the sudden at the time of the killing” (para. 77).

4. Disposition

[47] The Court of Appeal properly substituted a conviction for second degree murder and returned the matter to the trial court for sentencing. As Watson J.A. stated: “In light of the law, and of the trial judge’s findings of fact, and of the overwhelming evidence, a conviction for murder was unavoidable” (para. 81). I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Royal Teskey, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Calgary.

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

Le juge Watson conclut à juste titre qu’[TRADUCTION] « il n’était pas vraisemblable, au vu des conclusions de fait tirées en première instance, qu’il ait agi sous l’impulsion du moment lors de la perpétration du meurtre » (par. 77).

4. Dispositif

[47] La Cour d’appel a eu raison de déclarer l’appelant coupable de meurtre au deuxième degré et de renvoyer le dossier au tribunal de première instance pour détermination de la peine. Comme le dit le juge Watson : [TRADUCTION] « À la lumière du droit, des conclusions de fait de la juge de première instance et de la preuve accablante, une déclaration de culpabilité pour meurtre s’imposait » (par. 81). Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l’appelant : Royal Teskey, Edmonton.

Procureur de l’intimée : Procureur général de l’Alberta, Calgary.

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

John (Jack) Robert White *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. WHITE

2010 SCC 59

File No.: 33330.

2010: November 17.

Present: Binnie, Fish and Charron JJ.

APPLICATION TO FIX TARIFF OF FEES

Criminal law — Barristers and Solicitors — Court-appointed counsel — Fixing counsel fees — Counsel appointed by Supreme Court of Canada under Criminal Code — Parties disagreeing about counsel rates to be paid by Attorney General — Whether provincial legal aid tariff should apply or whether assessment of what is fair and reasonable in the circumstances is correct method of determining fees — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 694.1.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. v. Magda*, [2001] O.J. No. 1861 (QL); *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Alberta (Chief Commissioner of the Human Rights and Citizenship Commission) v. Brewer*, S.C.C., No. 32695, August 25, 2009 (reproduced in *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, February 19, 2010, p. 224); *R. v. Pietrangelo*, 2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL); *R. v. Kumar* (endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C48821, October 2, 2008); *R. v. C.M.* (endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C36764/M36765, October 24, 2008); *R. v. Hanemaayer* (endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C48928, January 13, 2009).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 684(3), 694, 694.1.

APPLICATION to fix tariff of fees. Application granted.

John (Jack) Robert White *Demandeur*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : R. c. WHITE

2010 CSC 59

N° du greffe : 33330.

2010 : 17 novembre.

Présents : Les juges Binnie, Fish et Charron.

DEMANDE DE FIXATION DU TARIF DES HONORAIRES

Droit criminel — Avocats et procureurs — Avocat désigné par la Cour — Fixation des honoraires des avocats — Avocat désigné par la Cour suprême du Canada en vertu du Code criminel — Désaccord entre les parties quant aux honoraires devant être payés aux avocats par le procureur général — Doit-on appliquer le tarif de l'aide juridique provinciale ou est-ce que l'examen de ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances constitue la bonne méthode pour déterminer les honoraires payables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 694.1.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13; *R. c. Magda*, [2001] O.J. No. 1861 (QL); *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Alberta (Chief Commissioner of the Human Rights and Citizenship Commission) c. Brewer*, C.S.C., n° 32695, 25 août 2009 (reproduit dans le *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, 19 février 2010, p. 224); *R. c. Pietrangelo*, 2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL); *R. c. Kumar* (inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C48821, 2 octobre 2008), *R. c. C.M.* (inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C36764/M36765, 24 octobre 2008); *R. c. Hanemaayer* (inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C48928, 13 janvier 2009).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 684(3), 694, 694.1.

DEMANDE de fixation du tarif des honoraires. Demande accueillie.

James Lockyer and *Joanne McLean*, for the applicant.

Jennifer M. Woolcombe, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — This is an application under s. 694 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to fix a tariff of fees to be permitted counsel appointed by this Court under s. 694.1(1) to represent the applicant who was convicted of sexual assault in a trial in which he says he was denied the effective assistance of counsel. This Court's order dated December 3, 2009 granted the applicant's request for the appointment of counsel for the proceedings in this Court and "any incidental proceedings in the Ontario Court of Appeal". This Court remanded the case back to the Ontario Court of Appeal for consideration of fresh evidence and to determine whether, in all the circumstances, the applicant's continued conviction constitutes a miscarriage of justice. Section 694.1 reads as follows:

694.1 (1) [Legal assistance for accused] The Supreme Court of Canada or a judge thereof may, at any time, assign counsel to act on behalf of an accused who is a party to an appeal to the Court or to proceedings preliminary or incidental to an appeal to the Court where, in the opinion of the Court or judge, it appears desirable in the interests of justice that the accused should have legal assistance and where it appears that the accused has not sufficient means to obtain that assistance.

(2) [Counsel fees and disbursements] Where counsel is assigned pursuant to subsection (1) and legal aid is not granted to the accused pursuant to a provincial legal aid program, the fees and disbursements of counsel shall be paid by the Attorney General who is the appellant or respondent, as the case may be, in the appeal.

(3) [Taxation of fees and disbursements] Where subsection (2) applies and counsel and the Attorney General cannot agree on fees or disbursements of counsel, the Attorney General or the counsel may apply to the Registrar of the Supreme Court of Canada, and the Registrar may tax the disputed fees and disbursements.

[2] The Attorney General consented to the appointment of James Lockyer as senior counsel

James Lockyer et *Joanne McLean*, pour le demandeur.

Jennifer M. Woolcombe, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Il s'agit d'une demande fondée sur l'art. 694 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, sollicitant la fixation du tarif des honoraires de l'avocat désigné par la Cour, en application du par. 694.1(1), pour représenter le demandeur, qui a été reconnu coupable d'agression sexuelle à l'issue d'un procès où, selon ses dires, on lui a refusé l'assistance effective d'un avocat. Dans son ordonnance datée du 3 décembre 2009, la Cour a accueilli la demande de désignation d'un avocat pour les procédures devant la Cour et pour « toute procédure devant la Cour d'appel de l'Ontario ». La Cour a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel de l'Ontario pour que celle-ci examine les nouveaux éléments de preuve et décide si, eu égard à l'ensemble des circonstances, le maintien de la déclaration de culpabilité du demandeur constitue une erreur judiciaire. L'article 694.1 est rédigé ainsi :

694.1 (1) [Assistance d'un avocat] La Cour suprême du Canada, ou l'un de ses juges, peut à tout moment désigner un avocat pour agir au nom d'un accusé qui est partie à un appel ou à des procédures préliminaires ou accessoires à un appel devant elle, lorsque, à son avis, il paraît désirable dans l'intérêt de la justice que l'accusé soit pourvu d'un avocat et lorsqu'il appert que l'accusé n'a pas les moyens requis pour obtenir l'assistance d'un avocat.

(2) [Honoraires et dépenses] Dans le cas où l'accusé ne bénéficie pas de l'aide juridique prévue par un régime provincial, le procureur général en cause paie les honoraires et les dépenses de l'avocat désigné au titre du paragraphe (1).

(3) [Taxation des honoraires et des dépenses] Dans le cas de l'application du paragraphe (2), le registraire de la Cour suprême du Canada peut, sur demande du procureur général ou de l'avocat, taxer les honoraires et les dépenses de l'avocat si le procureur général et ce dernier ne s'entendent pas sur leur montant.

[2] Le procureur général a consenti à la désignation de James Lockyer à titre d'avocat principal et

and Joanne McLean as junior counsel. Although Legal Aid Ontario (LAO) declined to issue a legal aid certificate in this case, the parties have agreed that the administration and management of the account will be conducted by LAO as if a legal aid certificate were in place. As such, LAO's policies and procedures, including billing practices and billing rules, are applicable. The parties have not, however, been able to agree on the rate that counsel should be paid. Mr. Lockyer requests that counsel fees be paid at a rate of \$225 per hour, as well as \$175 per hour for Ms. McLean. The Attorney General proposes that counsel fees should be set at the legal aid rate for complex cases (currently \$120.02 per hour). The application to the Registrar to fix the rate of counsel fees in advance of taxation was referred by the Registrar to our panel as we dealt with the applicant's original leave application.

[3] The Attorney General contends that the legal aid tariff should be presumed to be the normal measurement for a lawyer paid from the public purse (relying on *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (Ont. S.C.J.), and *R. v. Magda*, [2001] O.J. No. 1861 (QL) (S.C.J.), at para. 56), but no such limitation is set out in s. 694.1(3). The legal aid tariff is unilaterally set by the Crown based on its own policies and priorities and cannot, in our view, be taken as conclusive, although it is a significant factor to be taken into account. As Sopinka J. commented in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, "[i]t is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all" (para. 104).

[4] The determination under s. 694.1(3) should be based on a broader assessment of what is fair and reasonable in the circumstances, including the recognition of the limits of state funding but having regard to such factors as counsel's experience, the importance of the issues raised and the complexity of the case; see *Alberta (Chief Commissioner*

de Joanne McLean comme avocate adjointe. Bien que Aide juridique Ontario (AJO) ait refusé de délivrer un certificat d'aide juridique en l'espèce, les parties ont convenu que AJO administrerait et gérerait le compte comme si un tel certificat avait été délivré. Les politiques et les procédures d'AJO, ainsi que ses règles et pratiques en matière de facturation, s'appliquent donc. Les parties ne sont toutefois pas parvenues à s'entendre sur le tarif des honoraires payables aux avocats. M^e Lockyer sollicite des honoraires de 225 \$ l'heure pour lui-même et de 175 \$ l'heure pour M^e McLean. Le procureur général propose que les honoraires des avocats correspondent au tarif de l'aide juridique pour les dossiers complexes (ce tarif est maintenant de 120,02 \$ l'heure). La demande qui avait été adressée au registraire pour qu'il fixe le tarif des honoraires des avocats avant la taxation nous a été déferée par ce dernier, étant donné que notre formation avait été saisie de la demande d'autorisation originale.

[3] Selon le procureur général, il faut présumer que le tarif de l'aide juridique constitue, en règle générale, la mesure des honoraires d'un avocat payé sur les deniers publics (se fondant sur *R. v. Cairenius* (2008), 232 C.C.C. (3d) 13 (C.S.J. Ont.), et *R. c. Magda*, [2001] O.J. No. 1861 (QL) (C.S.J.), par. 56), mais le par. 694.1(3) ne prévoit aucune limite de cette nature. Le ministère public fixe unilatéralement ce tarif en fonction de ses propres politiques et priorités, et sa décision à cet égard ne saurait être, à notre avis, jugée déterminante, quoiqu'il s'agisse d'un facteur important à prendre en considération. Comme l'a affirmé le juge Sopinka dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, « [l]a Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun » (par. 104).

[4] La décision prise en application du par. 694.1(3) doit reposer sur un examen plus général de ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances, y compris les limites du financement accordé par l'État. Il faut cependant tenir compte de facteurs comme l'expérience de l'avocat, l'importance des questions en jeu et la complexité du dossier;

of the Human Rights and Citizenship Commission) v. *Brewer* (S.C.C., No. 32695, a taxation decision of the Registrar of the Supreme Court of Canada, dated August 25, 2009) and *R. v. Pietrangelo*, 2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL).

[5] The Attorney General has conceded a number of the issues in the proceedings including his anticipation that the Court of Appeal will order a new trial (Factum, at para. 2). The issues are somewhat complex having already been the subject of one trial, one lengthy arbitration hearing, one appeal to the Divisional Court of Ontario, three appeals to the Ontario Court of Appeal, two applications to this Court, and one appeal to this Court. At the same time, the Attorney General notes in his factum that the referral back to the Ontario Court of Appeal was on consent and “the Crown acknowledged before counsel filed any material at all in the Court of Appeal that the conviction should be set aside and this potential miscarriage of justice corrected through the ordering of a new trial” (para. 29). These concessions certainly reduced the scope of the demands made on counsel for the applicant, and (undoubtedly) the time required to be spent to reach a resolution. However, counsel should not be penalized by a reduced hourly rate for the efficiency with which a dispute is resolved. The efficiency will be reflected in the reduced number of hours charged.

[6] Mr. Lockyer and his colleague, Ms. McLean, have over 30 years and 20 years experience respectively, and both have practised criminal law exclusively throughout their careers. Rates equivalent to those requested by counsel in this case, or higher, have previously been set in the Ontario Court of Appeal by the Registrar and by Rosenberg J.A. on applications under the comparable costs regime set out in s. 684(3) of the *Code*; see *Pietrangelo, R. v. Kumar* (Ont. C.A., C48821, endorsement dated October 2, 2008), *R. v. C.M.* (Ont. C.A., C36764/M36765, endorsement dated October 24, 2008), and *R. v. Hanemaayer* (Ont. C.A., C48928, endorsement dated January 13, 2009).

voir Alberta (Chief Commissioner of the Human Rights and Citizenship Commission) c. Brewer (C.S.C., n° 32695, une décision en matière de taxation rendue le 25 août 2009 par le registraire de la Cour suprême du Canada) et *R. c. Pietrangelo*, 2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL).

[5] Le procureur général a fait plusieurs concessions en l'espèce et a dit notamment s'attendre à ce que la Cour d'appel ordonne la tenue d'un nouveau procès (mémoire, par. 2). Les questions sont assez complexes, car elles ont déjà donné lieu à un procès, à une longue procédure d'arbitrage, à un appel à la Cour divisionnaire de l'Ontario, à trois appels à la Cour d'appel de l'Ontario, ainsi qu'à deux demandes et un appel à la Cour. Par ailleurs, le procureur général signale, dans son mémoire, que l'affaire a été renvoyée sur consentement à la Cour d'appel de l'Ontario et que [TRADUCTION] « le ministère public a reconnu, avant que les avocats n'aient déposé quelque document que ce soit à la Cour d'appel, qu'il y avait lieu d'annuler la déclaration de culpabilité et de corriger cette erreur judiciaire potentielle par la tenue d'un nouveau procès » (par. 29). Ces concessions ont certainement réduit l'ampleur des tâches requises des avocats du demandeur, et (indubitablement) le temps nécessaire pour trouver une solution au litige. Toutefois, il ne faudrait pas pénaliser les avocats en réduisant leur tarif horaire du fait que le litige sera réglé de manière efficiente. Cette efficacité se manifestera par la facturation d'un moins grand nombre d'heures.

[6] M^e Lockyer et sa collègue, M^e McLean, comptent respectivement plus de 30 ans et de 20 ans d'expérience, et ils tous deux ont exercé exclusivement le droit criminel durant toute leur carrière. Dans le cadre de demandes fondées sur le régime comparable établi au par. 684(3) du *Code* en matière d'honoraires et de dépenses, le greffier et le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario ont déjà fixé des tarifs d'honoraires équivalents ou supérieurs à ceux sollicités par l'avocat en l'espèce; voir *Pietrangelo, R. c. Kumar* (C.A. Ont., C48821, décision datée du 2 octobre 2008), *R. c. C.M.* (C.A. Ont., C36764/M36765, décision datée du 24 octobre 2008), et *R. c. Hanemaayer* (C.A. Ont., C48928, décision datée du 13 janvier 2009).

[7] In our respectful view, on a consideration of all the circumstances of this case, the rates proposed by Mr. Lockyer are fair and reasonable. His hourly rate should therefore be fixed at \$225 per hour and Ms. McLean's at \$175 with respect to proceedings in this Court and "any incidental proceedings in the Ontario Court of Appeal".

Application granted.

Solicitors for the applicant: Lockyer Campbell Posner, Toronto.

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

[7] À notre humble avis, les tarifs proposés par M^e Lockyer sont justes et raisonnables eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce. Il y a donc lieu de fixer son tarif horaire à 225 \$ l'heure et celui de M^e McLean à 175 \$ l'heure pour les procédures devant la Cour et pour « toute procédure devant la Cour d'appel de l'Ontario ».

Demande accueillie.

Procureurs du demandeur : Lockyer Campbell Posner, Toronto.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Century Services Inc. Appellant

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada Respondent**

**INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

2010 SCC 60

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

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

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

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. Appelante

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada Intimé**

**RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2010 CSC 60

N° du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

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

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

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

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

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

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

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édictation de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferrable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the CCAA established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a CCAA or *BIA* provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the CCAA and in s. 67(3) of the *BIA* in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the *BIA* or the CCAA, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dérogée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la *LACC* ou de la *LFI* confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la *LTA*, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI* en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la *LFI* ou la *LACC*, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édition du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édition du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. "Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy" (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court’s discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l’appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l’intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C’est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d’une disposition de la LACC et d’une disposition de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l’une avec l’autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l’évolution des priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j’arrive à la conclusion que c’est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu’il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l’insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the CCAA proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the *BIA*. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the *BIA* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the CCAA was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la *LACC*, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la *LFI* (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC* n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the CCAA and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the CCAA.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the CCAA and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during CCAA proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its CCAA authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la LACC, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la *LTA*, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la *LTA* à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la LACC.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la *LTA* l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la LACC et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la *LTA* en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la LACC, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la LACC en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolubles — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurerait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolubles ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la LFI a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la LFI supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the strict rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 GST Deemed Trust Under the CCAA

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the CCAA was binding at all upon the Crown. Amendments to the CCAA in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see CCAA, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the Alberta *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . .

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . .

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation . . .

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier *Quebec Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the CCAA also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The CCAA imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the CCAA, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the CCAA. Thus, the logic of the CCAA appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the CCAA urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during CCAA proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the CCAA and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the CCAA can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by *CCAA* s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in *CCAA* proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the *CCAA*'s override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that *CCAA* s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the *CCAA* as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a *CCAA* reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the *CCAA* helps in understanding how the *CCAA* grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfé & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématique » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfé & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, “Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court “where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d’appel ont déconseillé aux tribunaux d’invoquer leur compétence inhérente, concluant qu’il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu’interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] Je suis d’accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procédèrent d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteurs, pourvu qu’on lui donne l’interprétation téléologique et large qui s’impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] L’examen des parties pertinentes de la LACC et de l’évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l’interprétation législative. D’ailleurs, à cet égard, il faut souligner d’une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l’espèce peut être interprété très largement.

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu’une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime de la *LACC*, le tribunal évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établit une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [. . .] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the CCAA stay to commence proceedings under the BIA. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the BIA.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the CCAA to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferrable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la LFI. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la LFI. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la LACC, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la LFI. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la LFI.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la LACC, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of *CCAA* s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the *CCAA* and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, Brenner C.J.S.C. may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the *BIA* was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the *CCAA* restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of Brenner C.J.S.C. on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [*CCAA* proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. Brenner C.J.S.C.'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la *LACC* dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la *LACC* et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef Brenner ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la *LFI* était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la *LACC* exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef Brenner le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la *LACC*] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("*ETA*").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudenciel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the CCAA:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la LACC :

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the Income Tax Act, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . .

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a, être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the Income Tax Act, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* . . .

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la Loi de l'impôt sur le revenu, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* . . .

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the CCAA and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike *Tysoe J.A.*, I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 *BCCA* 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge *Tysoe* de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconceivable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 *BCCA*

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes* les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la *LFI*. L'article 222 de la *LTA* ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la *LFI* dans la *LTA*.

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à *l'exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

1 Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la LACC est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la LACC disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

1 L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) . . . [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in "clear conflict" with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) . . . [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* . . . The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtention à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the CCAA.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the CCAA and *ETA* described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the CCAA as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the *BIA* enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the CCAA, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the *BIA*. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la LACC.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolubles à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la LACC et à la LTA. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la LTA, ait désigné expressément la LFI comme une exception sans envisager que la LACC puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la LFI ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la LACC, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la LFI. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [...] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown's argument that the "later in time" principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to "overrule" it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, "later in time" provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l'intention du législateur, s'il est raisonnablement possible de la dégager de l'ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J'accepte l'argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l'espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c'est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l'emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l'avons vu, la disposition particulière antérieure n'a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C'est précisément, à mon sens, ce qu'accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » *sauf la LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l'opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l'al. 44f) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l'effet (inexistant) qu'a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d'un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current CCAA is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la LACC actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'im-pôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la *LACC*, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la *LACC*.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la LACC.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

. . . .

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiration of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

. . . .

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

18.3 (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provinciale et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.3 (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

11. [General power of court] Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

11. [Pouvoir général du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

- (i) the expiry of the order,
- (ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,
- (iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,
- (iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or
- (v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

- (i) à l'expiration de l'ordonnance,
- (ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,
- (iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,
- (iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,
- (v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l’encontre du failli, sont exempts d’exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu’ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu’il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l’application de l’alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s’applique pas à l’égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive-pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers' compensation, in this section and in section 87 called a “workers' compensation body”, rank as unsecured claims.

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d'une faillite ou d'une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2010 Vol. 3

and Tables

**Cited as [2010] 3 S.C.R. { i-xlvi
457-692**

3^e cahier, 2010 Vol. 3

et Tables

**Renvoi [2010] 3 R.C.S. { i-xlvi
457-692**

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

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

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

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

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

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

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges	ii
Errata	iv
Motions	v
Table of Judgments	ix
Table of Cases Cited	xiii
Statutes and Regulations Cited	xxxiii
International Documents	xxxiv
Authors Cited	xxxvii
Index	685

Canada (Attorney General) v. McArthur 626

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown and federal official in Superior Court of Ontario seeking constitutional remedies and damages for wrongful or false imprisonment and for intentional or negligent infliction of emotional and mental distress — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Superior Court of Ontario without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc. 585

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against federal Crown in Ontario Superior Court of Justice seeking damages for breach of contract, negligence and unjust enrichment arising from decision rejecting application for telecommunications licence — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Ontario Superior Court of Justice without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada 657

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown servants and union in Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourses in warranty against federal agency — Whether defendants entitled to bring recourses in warranty in Superior Court of Quebec without first proceeding by way of judicial review before Federal Court.

Crown law — Crown liability — Civil liability — Action brought against Crown servants and union in Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourses in warranty against federal agency alleging that cause of damage was agency's decision — Whether

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Requêtes	v
Table des jugements	xi
Table de la jurisprudence	xxiii
Lois et règlements cités	xxxv
Documents internationaux	xxxvi
Doctrine citée	xxxvii
Index	689

Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada 657

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en responsabilité civile intentée contre des préposés de l'État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale — Les défendeurs peuvent-ils exercer un recours en garantie devant la Cour supérieure du Québec sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale?

Droit de la Couronne — Responsabilité de la Couronne — Responsabilité civile — Action en responsabilité civile intentée contre des préposés de l'État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale au motif que le préjudice découlerait de la décision de l'agence — La décision légale et valide d'une agence fédérale peut-elle néanmoins constituer une faute au Québec? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 2, 3; Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1376, 1457.

Canada (Procureur général) c. McArthur 626

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action intentée contre la Couronne et un fonctionnaire fédéral devant la Cour supérieure de l'Ontario en vue d'obtenir des réparations constitutionnelles et des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal ou séquestration et trouble émotionnel et souffrance morale infligés délibérément ou par négligence — Le demandeur peut-il engager une action devant la Cour supérieure de l'Ontario sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

decision of federal agency can constitute fault in Quebec even if it is lawful and valid — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2, 3; Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1376, 1457.

Manuge v. Canada 672

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for constitutional remedies, declaratory relief and damages arising from establishment, modification and application of long-term disability benefits plan — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General) 648

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from decisions prohibiting sale of drug — Plaintiff not seeking judicial review of decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food) 639

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from licensing decisions — Plaintiff not seeking judicial review of licensing decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

Reference re Assisted Human Reproduction Act 457

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Parliament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.

SOMMAIRE (Suite)

Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc. 585

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié à la suite du rejet d'une demande de licence de télécommunications — La demanderesse a-t-elle le droit d'intenter une action en Cour supérieure de justice de l'Ontario sans engager d'abord une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

Manuge c. Canada 672

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action intentée en Cour fédérale contre la Couronne fédérale pour obtenir des réparations constitutionnelles, des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts par suite de la constitution, de la modification et de l'application d'un régime de prestations d'invalidité de longue durée — Le demandeur peut-il engager une action sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général) 648

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions d'interdire la vente d'un médicament — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions — La demanderesse peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire) 639

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions concernant des permis — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions concernant les permis — La demanderesse peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée 457

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée,

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence législative que confère au Parlement l'art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?



2010 Volume 3

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.

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

Deputy Registrar / Registraire adjointe
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
HARLEY D'AOÛT
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
LEE ANN GORMAN

KAREN LEVASSEUR
ARCHIBALD MCDONALD
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON
LOUISE SAVARD

IDA SMITH
JACQUELINE STENDEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
RITA AYOTTE

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUIS LEBEL

The Honourable MARIE DESCHAMPS

The Honourable MORRIS FISH

The Honourable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

The Honourable LOUISE CHARRON

The Honourable MARSHALL ROTHSTEIN

The Honourable THOMAS ALBERT CROMWELL

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY McLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUIS LeBEL

L'honorable MARIE DESCHAMPS

L'honorable MORRIS FISH

L'honorable ROSALIE SILBERMAN ABELLA

L'honorable LOUISE CHARRON

L'honorable MARSHALL ROTHSTEIN

L'honorable THOMAS ALBERT CROMWELL

ERRATA

- [1982] 1 S.C.R., p. 183, line *h*-4 of the French version. Read “malhonnêteté” instead of “malhonnêté”.
- [1993] 3 S.C.R., p. 293, line *i*-5 of the French version. Read “révélant” instead of “révèlant”.
- [1994] 1 S.C.R., p. 53, line *a*-3 of the French version. Read “où” instead of “ou”.
- [2008] 3 S.C.R., *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, French version. Read “l’art antérieur” instead of “l’antériorité”, with any grammatical changes that the circumstances require, as follows:
- p. 268, lines 2 and 39
 - p. 283, para. 37, line 12
 - p. 294, para. 69, line 17
 - p. 294, para. 70, line 5
 - p. 294, para. 71, line 4
 - p. 295, para. 71, lines 6 and 16
 - p. 298, para. 85, line 13
 - p. 299, heading (3)
 - p. 301, para. 92, line 10
- [2009] 2 S.C.R., p. 697, para. 34, line 5 of the English version. Read “correctness standard” instead of “correctness of standard”.
- [1982] 1 R.C.S., p. 183, ligne *h*-4 de la version française. Lire « malhonnêteté » au lieu de « malhonnêté ».
- [1993] 3 R.C.S., p. 293, ligne *i*-5 de la version française. Lire « révélant » au lieu de « révèlant ».
- [1994] 1 R.C.S., p. 53, ligne *a*-3 de la version française. Lire « où » au lieu de « ou ».
- [2008] 3 R.C.S., *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, la version française. Lire « l’art antérieur » au lieu de « l’antériorité », avec les adaptations grammaticales nécessaires, comme suit :
- p. 268, lignes 2 et 39
 - p. 283, par. 37, ligne 12
 - p. 294, par. 69, ligne 17
 - p. 294, par. 70, ligne 5
 - p. 294, par. 71, ligne 4
 - p. 295, par. 71, lignes 6 et 16
 - p. 298, par. 85, ligne 13
 - p. 299, titre (3)
 - p. 301, par. 92, ligne 10
- [2009] 2 R.C.S., p. 697, par. 34, ligne 5 de la version anglaise. Lire « correctness standard » au lieu de « correctness of standard ».

MOTIONS — REQUÊTES

(November 6 to December 31, 2010 – 6 novembre au 31 décembre 2010)

- Ahmad v. Lachambre*, (Alta.), 33805, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Ambrosi v. The Queen*, (B.C.), 33807, leave to appeal refused, 18.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Anderson v. The Queen*, (Alta.) (Crim.), 33397, leave to appeal refused, 18.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Breeden v. Black*, (Ont.), 33900, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.12.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Byer v. Location Lutex Inc.*, (Que.), 33792, leave to appeal refused, 18.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Camp Development Corporation v. Greater Vancouver Transportation Authority*, (B.C.), 33822, leave to appeal refused with costs, 9.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Canadian Human Rights Commission v. Canada Post Corporation*, (F.C.), 33670, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.12.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Caraghiaur c. Cornellier*, (Qc), 33824, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Century Services Inc. v. Ted Leroy Trucking Ltd.*, (B.C.), 33791, leave to appeal refused with costs, 9.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Cerrelli v. Microsoft Corp.*, (F.C.), 33835, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- City of Calgary v. The Queen*, (F.C.), 33804, leave to appeal granted with costs in the cause, 25.11.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Clitheroe v. Hydro One Inc.*, (Ont.), 33834, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Codina v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33739, leave to appeal refused, 9.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Corporation of the City of Burlington v. Cartner*, (Ont.), 33827, notice of discontinuance filed, 22.12.10, avis de désistement produit.
- Crangle v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33768, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- David Thompson Health Region, a body corporate, carrying on business as the Red Deer Regional Hospital Centre v. Penny*, (N.S.), 33345, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Dicks v. Scott*, (N.L.), 33809, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Domaine Ti-Bo inc. c. Bureau*, (Qc), 33742, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Duguay c. La Reine*, (Qc) (Crim.), 33671, leave to appeal refused, 18.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Érablière M.D.F. inc. c. Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec*, (Qc), 33777, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, (Ont.), 33790, leave to appeal refused with costs, 25.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Faculty Association of the University of British Columbia v. University of British Columbia*, (B.C.), 33745, leave to appeal refused with costs, 25.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Fédération des producteurs acéricoles du Québec c. Bourgoin*, (Qc), 33903, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Graham v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33729, leave to appeal refused, 25.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Great Lakes Power Limited v. Ontario Energy Board*, (Ont.), 33812, leave to appeal refused, 9.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Groupe Polygone Éditeurs inc. c. Gesca Limitée*, (Qc), 33304, leave to appeal refused with costs, 25.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Grunwald v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33836, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Harrison v. The Queen*, (B.C.), 33770, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- HersHKovitz v. TYCO Safety Products Canada Ltd.*, (F.C.), 33799, notice of discontinuance filed, 9.12.10, avis de désistement produit.
- Hobbs v. The Queen*, (N.S.) (Crim.), 33808, leave to appeal refused, 25.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Jesse v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33694, leave to appeal granted, 16.12.10, autorisation d'appel accordée.
- Johnston v. Chubb Canada*, (Que.), 33810, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Lamontagne c. Tribunal administratif du Québec*, (Qc), 33852, leave to appeal refused, 9.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Lavery, de Billy c. Groupe Jean Coutu (PJC) inc.*, (Qc), 33788, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Leo-Mensah v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33689, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Majnoon v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33470, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Maxim Power Corporation v. Alberta Utilities Commission*, (Alta.), 33883, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McCutcheon c. Caisse Populaire Desjardins du lac Memphremagog*, (Qc), 33823, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- McHale v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33796, leave to appeal refused, 18.11.10, autorisation d'appel refusée.
- McKinley Farms Ltd. v. Tribute Resources Inc.*, (Ont.), 33814, leave to appeal refused with costs, 18.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mix v. Law Society of New Brunswick*, (N.B.), 33862, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mubili v. Zinyama-Mubili*, (Ont.), 33815, leave to appeal refused with costs, 18.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Mullins v. Levy*, (B.C.), 33806, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Healthcare Professionals*, (Man.), 33795, leave to appeal granted with costs, 18.11.10, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Polimac v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33783, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Prokofiew v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33754, leave to appeal granted, 18.11.10, autorisation d'appel accordée.

- Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, (F.C.), 33668, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.12.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Public Service Alliance of Canada v. Canada Post Corp.*, (F.C.), 33669, leave to appeal granted with costs in the cause, 16.12.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. Abitibowater Inc.*, (Que.), 33797, leave to appeal granted with costs in the cause, 25.11.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- R. v. E.M.W.*, (N.S.) (Crim.), 33930, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- R. v. J.J.*, (Ont.) (Crim.), 33636, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- R. v. Lanteigne*, (N.B.) (Crim.), 33925, notice of discontinuance filed, 21.12.10, avis de désistement produit.
- R. v. Tse*, (B.C.) (Crim.), 33751, leave to appeal granted, 23.12.10, autorisation d'appel accordée.
- R. c. Usereau*, (Qc) (Crim.), 33775, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- R.-D.B. v. Alberta (Director of Child, Youth and Family Enhancement)*, (Alta.), 33776, leave to appeal refused, 25.11.10, autorisation d'appel refusée.
- R.S.W.H. Vegetable Farmers Inc. v. Bayerische Landesbank Girozentrale*, (Ont.), 33734, leave to appeal and cross-appeal refused, 25.11.10, autorisations d'appel et d'appel incident refusées.
- Roman Catholic Bishop of the Diocese of Calgary v. Attorney General of Canada*, (Alta.), 33816, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Roy v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33699, leave to appeal granted, 18.11.10, autorisation d'appel accordée.
- Sarrazin c. Procureure générale du Québec*, (Qc), 33793, leave to appeal granted with costs, 18.11.10, autorisation d'appel accordée avec dépens.
- Sealed Air (Canada) Co. v. Scott Management Ltd.*, (B.C.), 33740, leave to appeal refused with costs, 25.11.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sihota v. The Queen*, (B.C.) (Crim.), 33641, leave to appeal refused, 25.11.10, autorisation d'appel refusée.
- Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada*, (F.C.), 33800, leave to appeal granted with costs in the cause, 23.12.10, autorisation d'appel accordée avec dépens suivant l'issue de la cause.
- Southcott Estates Inc. v. Toronto Catholic District School Board*, (Ont.), 33778, leave to appeal and cross-appeal granted with costs, 18.11.10, autorisations d'appel et d'appel incident accordées avec dépens.
- Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Pipelines Inc.*, (F.C.), 33480, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Standing Buffalo Dakota First Nation v. Enbridge Southern Lights GP Inc.*, (F.C.), 33481, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Standing Buffalo Dakota First Nation v. TransCanada Keystone Pipeline GP Inc.*, (F.C.), 33482, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Sweetgrass First Nation v. National Energy Board*, (F.C.), 33462, leave to appeal refused with costs, 2.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- T.L. v. The Queen*, (Ont.) (Crim.), 33844, leave to appeal refused, 23.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Tayfel v. The Queen*, (Man.) (Crim.), 33765, leave to appeal refused, 9.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Thompson v. Webber*, (B.C.), 33825, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

- Thornhill Green Co-Operative Homes Inc. v. Regional Municipality of York*, (Ont.), 33821, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Toronto Hydro-Electric System Ltd. v. Ontario Energy Board*, (Ont.), 33752, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Touchette c. Les frères des écoles chrétiennes d'Ottawa inc.*, (Ont.), 33869, leave to appeal refused with costs, 23.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.
- Verdicchio v. The Queen*, (F.C.), 33781, leave to appeal refused, 2.12.10, autorisation d'appel refusée.
- X. v. The Queen*, 33725, leave to appeal refused, 9.12.10, autorisation d'appel refusée.
- Zeldin v. Minister of Justice for Canada*, (Ont.) (Crim.), 33902, notice of discontinuance filed, 26.11.10, avis de désistement produit.
- Zwaigenbaum v. Scher*, (Ont.), 33853, leave to appeal refused with costs, 9.12.10, autorisation d'appel refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
B		I	
Bank of Montreal v. Innovation Credit Union	3	Imoro, R. v.	62
Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation	103	Innovation Credit Union, Bank of Montreal v.	3
Brossard (Succession), de Montigny v.	64	L	
C		Lee, R. v.	99
Canada, Manuge v.	672	Little Salmon/Carmacks First Nation, Beckman v.	103
Canada (Agriculture and Agri-Food), Parrish & Heimbecker Ltd. v.	639	Lutoslawski, R. v.	60
Canada (Attorney General), Century Services Inc. v.	379	M	
Canada (Attorney General), Nu-Pharm Inc. v.	648	Manuge v. Canada	672
Canada (Attorney General) v. McArthur	626	McArthur, Canada (Attorney General) v.	626
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.	585	N	
Canada (Justice), Gavrilu v.	342	Németh v. Canada (Justice)	281
Canada (Justice), Németh v.	281	Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)	648
Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada	657	P	
Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)	379	Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)	639
D		Professional Institute of the Public Service of Canada, Canadian Food Inspection Agency v.	657
de Montigny v. Brossard (Succession)	64	R	
G		R. v. Gomboc	211
Gavrilu v. Canada (Justice)	342	R. v. Hay	206
Gomboc, R. v.	211	R. v. Imoro	62
H		R. v. Lee	99
Hay, R. v.	206		

TABLE OF JUDGMENTS

	PAGE		PAGE
R. v. Lutoslawski	60		
R. v. Tran	350		
R. v. White	374		
Radius Credit Union, Royal Bank v.	38		
Reference re Assisted Human Reproduction Act	457		
Royal Bank v. Radius Credit Union	38		
		T	
		TeleZone Inc., Canada (Attorney General) v.	585
		Tran, R. v.	350
		W	
		White, R. v.	374

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique « Répertoire » dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		G	
Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada	657	Gavrila c. Canada (Justice)	342
		Gomboc, R. c.	211
B		H	
Banque de Montréal c. Innovation Credit Union ...	3	Hay, R. c.	206
Banque Royale c. Radius Credit Union	38		
Beckman c. Première nation de Little Salmon/ Carmacks	103	I	
Brossard (Succession), de Montigny c.	64	Imoro, R. c.	62
		Innovation Credit Union, Banque de Montréal c...	3
C		Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Agence canadienne d'inspection des aliments c.	657
Canada, Manuge c.	672	L	
Canada (Agriculture et Agroalimentaire), Parrish & Heimbecker Ltd. c.	639	Lee, R. c.	99
Canada (Justice), Gavrila c.	342	Lutoslawski, R. c.	60
Canada (Justice), Németh c.	281	M	
Canada (Procureur général) c. McArthur	626	Manuge c. Canada	672
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.	585	McArthur, Canada (Procureur général) c.	626
Canada (Procureur général), Century Services Inc. c.	379	N	
Canada (Procureur général), Nu-Pharm Inc. c.	648	Németh c. Canada (Justice)	281
Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)	379	Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)	648
D			
de Montigny c. Brossard (Succession)	64		

	PAGE		PAGE
P		R. c. Tran	350
Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)	639	R. c. White	374
Première nation de Little Salmon/Carmacks, Beckman c.	103	Radius Credit Union, Banque Royale c.	38
		Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée .	457
R		T	
R. c. Gomboc	211	TeleZone Inc., Canada (Procureur général) c.	585
R. c. Hay	206	Tran, R. c.	350
R. c. Imoro	62	W	
R. c. Lee	99	White, R. c.	374
R. c. Lutoslawski	60		

TABLE OF CASES CITED

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)	2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241	496, 537
A		
Abraham v. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)	(1998) 158 D.L.R. (4th) 65	49
Adjei v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[1989] 2 F.C. 680	329
Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High	(2002), 58 O.R. (3d) 321	604
Air Canada, Re	(2003), 42 C.B.R. (4th) 173	413
Air Canada, Re	2003 CanLII 49366	413
Alberta (Chief Commissioner of the Human Rights and Citizenship Commission) v. Brewer	S.C.C., No. 32695, August 25, 2009	377
Andrews v. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 S.C.R. 229	78
Association des professeurs de Lignery v. Alvetta-Comeau	[1990] R.J.Q. 130	92
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	478
Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal	[1978] 2 S.C.R. 770	572
Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion	[1896] A.C. 348	538
Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.	[1963] S.C.R. 570	538
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	478, 582
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307	610, 636
Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board	[1977] 2 F.C. 663	436
Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada	[1894] A.C. 189	538
Augustus v. Gosset	[1996] 3 S.C.R. 268	73
B		
Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1999] 2 S.C.R. 817	304
Bank of Montreal v. Hall	[1990] 1 S.C.R. 121	11, 49
Bank of Montreal v. Innovation Credit Union	2010 SCC 47, [2010] 3 S.C.R. 3	42
Banque nationale du Canada v. William Neilson Ltd.	[1991] R.J.Q. 712	52
Bedder v. Director of Public Prosecutions	[1954] 1 W.L.R. 1119	366
Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 S.C.R. 345	71
Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex	2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	17, 257, 300
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49	487
British Columbia Securities Commission v. Branch	[1995] 2 S.C.R. 3	265

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
C		
Canada v. Grenier	2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287	591, 631, 642, 653, 668, 678
Canada 3000 Inc. (Re)	2006 SCC 24, [2006] 1 S.C.R. 865	309
Canada (Attorney General) v. McArthur	2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626	600, 680
Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.	2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585	629, 646, 655, 660, 674
Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa	2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	133, 611
Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net	[1998] 1 S.C.R. 626	609
Canada (Justice) v. Fischbacher	2009 SCC 46, [2009] 3 S.C.R. 170	315
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 S.C.R. 147	610
Canadian Airlines Corp., Re	2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9	413
Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re	(2000), 19 C.B.R. (4th) 158	413
Canadian Western Bank v. Alberta	2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3	478, 537
Castillo v. Castillo	2005 SCC 83, [2005] 3 S.C.R. 870	309
Charlebois v. Saint John (City)	2005 SCC 74, [2005] 3 S.C.R. 563	258
Chatterjee v. Ontario (Attorney General)	2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624	580
Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.	(1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84	413
City of Manchester v. Farnworth	[1930] A.C. 171	621
Cooper v. Hobart	2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537	604
Corbett v. The Queen	[1975] 2 S.C.R. 275	101
D		
Danco v. Thunder Bay (City)	(2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130	621
Dedman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 2	276
Delgamuukw v. British Columbia	[1997] 3 S.C.R. 1010	130, 154
Deputy Minister of Revenue v. Rainville	[1980] 1 S.C.R. 35	398
Donovan v. Canada (Attorney General)	2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116 ...	607
Doré v. Verdun (City)	[1997] 2 S.C.R. 862	405, 435
Driver v. Coca-Cola Ltd.	[1961] S.C.R. 201	78
Dunsmuir v. New Brunswick	2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	133
Dylex Ltd., Re	(1995), 31 C.B.R. (3d) 106	412
E		
Edwards v. Law Society of Upper Canada	2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562	605
Egan v. Canada	[1995] 2 S.C.R. 513	376
Elan Corp. v. Comiskey	(1990), 41 O.A.C. 282	412
Eldridge v. British Columbia (Attorney General)	[1997] 3 S.C.R. 624	570
F		
Fantasy Construction Ltd. Re	2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93 ...	607
First Vancouver Finance v. M.N.R.	2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720	401
Folkerts v. State-Secretary of Justice	(1978), 74 I.L.R. 472	326

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)	[1992] 1 S.C.R. 3	538
G		
Garland v. Consumers' Gas Co.	2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629	615
Gauntlet Energy Corp, Re	2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192	398
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	477, 539, 582
Genge v. Canada (Attorney General)	2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182	607
Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)	[1995] 2 F.C. 694	608
Giffen (Re)	[1998] 1 S.C.R. 91	20
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)	2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494	515
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335	149
H		
H.L. v. Canada (Attorney General)	2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401	77
Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)	2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511	129, 149
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	615
Hilali v. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid	[2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435	327
Hill v. Church of Scientology of Toronto	[1995] 2 S.C.R. 1130	88
Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476	606
Hodge v. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	539
Holland v. Saskatchewan	2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551	605
Holroyd v. Marshall (1862)	10 H.L. Cas. 191	51
Housen v. Nikolaisen	2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	77
Hungary (Republic) v. Horvath	2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169 ..	316
Hunt v. Carey Canada Inc.	[1990] 2 S.C.R. 959	679
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	229, 251
I		
Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)	[1991] 1 S.C.R. 326	615
Immigration and Naturalization Service v. Cardoza-Fonseca	480 U.S. 421 (1987)	330
In re Lind	[1915] 2 Ch. D. 345	51
In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919	[1922] 1 A.C. 191	487, 557
Innovation Credit Union v. Bank of Montreal	2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227	42
Innovation Credit Union v. Bank of Montreal	2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160	45
Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)	2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340	608
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)	[1989] 1 S.C.R. 927	486
Ivaco Inc. (Re)	(2006), 83 O.R. (3d) 108	420

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
K		
Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.	2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302	478, 540
Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)	2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146	478, 538
Komunik Corp. (Arrangement relatif à)	2009 QCCS 6332 (CanLII) ... 2010 QCCA 183 (CanLII)	399
Krieger v. Law Society of Alberta	2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372	538
L		
Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada	[1980] 1 S.C.R. 914	563
Lake v. Canada (Minister of Justice)	2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761	294
Lake v. St. John's (City)	2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84 ...	621
Landry v. Moncton (City)	2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212	621
Landry Pulpwood Co. v. Banque Canadienne Nationale	[1927] S.C.R. 605	18
Law Society of British Columbia v. Mangat	2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113	538
Leroux v. Canada Revenue Agency	2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123	607
Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244	607
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)	2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38	602
Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)	2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120	132
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	525
Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency	2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379 ...	607
M		
M38/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs	[2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290	330
Martel Building Ltd. v. Canada	2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860	608
Merck & Co. v. Canada (Attorney General)	(1999) 176 F.T.R. 21	651
Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)	2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513	412
Miazga v. Kvello Estate	2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339	604
Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388	119, 149
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863	610, 637
Mitchell v. M.N.R.	2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911	154
Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)	2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152	501
Montambault v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont	[2001] R.J.Q. 893	671
Morgentaler v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 616	493
Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256	132
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon	[1982] 2 S.C.R. 161	538

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
N		
Németh v. Canada (Justice)	2010 SCC 56 [2010] 3 S.C.R. 281	344
Neuman v. Parkland (County)	2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161	621
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1978] 2 S.C.R. 662	572
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)	[1999] 1 F.C. 620	650
Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)	2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648	680
O		
OPSEU v. Ontario (Attorney General)	[1987] 2 S.C.R. 2	520
Ordon Estate v. Grail	[1998] 3 S.C.R. 437	304, 609
Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)	2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746	174
Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)	(2005), 73 O.R. (3d) 737	391, 424, 431
P		
Pacific National Lease Holding Corp., Re	(1992), 19 B.C.A.C. 134	413
Pacificador v. Canada (Minister of Justice)	(2002), 166 C.C.C. (3d) 321	319
Pantel v. Air Canada	[1975] 1 S.C.R. 472	78
Papp v. Papp	[1970] 1 O.R. 331	520, 539
Pappajohn v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 120	371
Parnerkar v. The Queen	[1974] S.C.R. 449	370
Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)	2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568	607
Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)	2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639	610
Peacock v. Bell	(1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84	609
Philip's Manufacturing Ltd., Re	(1992), 9 C.B.R. (3d) 25	417
Pringle v. Fraser	[1972] S.C.R. 821	609
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	487, 557
Province of Ontario v. Dominion of Canada	(1895) 25 S.C.R. 434	155
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	572
Prud'homme v. Prud'homme	2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663	670
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigra- tion)	[1998] 1 S.C.R. 982	325
Q		
Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)	[1994] 1 S.C.R. 159	154
Quebec (Attorney General) v. Moses	2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557	136, 159
Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 S.C.R. 211	76
Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny ...	2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286	398

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R		
R. v. 974649 Ontario Inc.	2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575	610, 637
R. v. Al Klippert Ltd.	[1998] 1 S.C.R. 737	608
R. v. Badger	[1996] 1 S.C.R. 771	119, 155
R. v. Biniaris	2000 SCC 15, [2000] 1 S.C.R. 381	101
R. v. Buhay	2003 SCC 30, [2003] 1 S.C.R. 631	263
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452	488, 560
R. v. C.M.	(endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C36764/M36765, October 24, 2008)	377
R. v. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	376
R. v. Caslake	[1998] 1 S.C.R. 51	264
R. v. Cassidy	[1989] 2 S.C.R. 345	61
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293	61
R. v. Cheung	2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214	227
R. v. Cinous	2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3	370
R. v. Colarusso	[1994] 1 S.C.R. 20	233, 253
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	230, 264
R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	[1998] 1 S.C.R. 706	606
R. v. Conway	2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765	610, 637
R. v. Dersch	[1993] 3 S.C.R. 768	269
R. v. Edwards	[1996] 1 S.C.R. 128	229, 253, 263
R. v. Evans	[1996] 1 S.C.R. 8	242
R. v. Ewanchuk	[1999] 1 S.C.R. 330	370
R. v. Faid	[1983] 1 S.C.R. 265	369
R. v. Feeney	[1997] 2 S.C.R. 13	242, 254
R. v. Fontaine	2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702	370
R. v. Furtney	[1991] 3 S.C.R. 89	485, 538
R. v. Galgay	[1972] 2 O.R. 630	365
R. v. Haight	(1976) 30 C.C.C. (2d) 168	365
R. v. Hanemaayer	(endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C48928, January 13, 2009)	377
R. v. Hape	2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	304
R. v. Hayward	(1833) 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188	360
R. v. Hill	[1986] 1 S.C.R. 313	357
R. v. Hydro-Québec	[1997] 3 S.C.R. 213	485, 561
R. v. Jarvis	2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757	252
R. v. Johnston	[2002] A.J. No. 843 (QL)	237
R. v. Kang-Brown	2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456	229, 271
R. v. Kapp	2008 SCC 41, [2008] 2 S.C.R. 483	130, 154
R. v. Kumar	(endorsement of the Court of Appeal for Ontario, C48821, October 2, 2008)	377
R. v. Law	2002 SCC 10, [2002] 1 S.C.R. 227	263
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333	618
R. v. Lohrer	2004 SCC 80, [2004] 3 S.C.R. 732	101
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393	264
R. v. Magda	[2001] O.J. No. 1861 (QL)	376
R. v. Malmo-Levine	2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	487, 560
R. v. Manchuk	[1938] S.C.R. 18	362

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
R. v. Marshall	[1999] 3 S.C.R. 456	119, 155
R. v. Mawgridge	(1707) Kel J. 119, 84 E.R. 1107	359
R. v. Morgentaler	(1984), 41 C.R. (3d) 262	610, 637
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463	485, 538
R. v. Nikal	[1996] 1 S.C.R. 1013	130
R. v. Nolet	2010 SCC 24, [2010] 1 S.C.R. 851	263
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595	370
R. v. Parent	2001 SCC 30, [2001] 1 S.C.R. 761	358
R. v. Patrick	2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579	229, 253
R. v. Pietrangelo	2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL)	377
R. v. Plant	[1993] 3 S.C.R. 281	221, 252, 270
R. v. Rabey	[1987] 1 S.C.R. 588	610, 637
R. v. Reddick	[1991] 1 S.C.R. 1086	371
R. v. Rodgers	2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554	258
R. v. Schwartz	[1988] 2 S.C.R. 443	370
R. v. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran	[1988] 1 A.C. 958	330
R. v. Semini	[1949] 1 K.B. 405	361
R. v. Sharpe	2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	562
R. v. Silveira	[1995] 2 S.C.R. 297	242, 254
R. v. Sioui	[1990] 1 S.C.R. 1025	154
R. v. Sparrow	[1990] 1 S.C.R. 1075	130, 149
R. v. Sundown	[1999] 1 S.C.R. 393	155
R. v. Taylor	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	130
R. v. Tessling	2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	229, 251, 266
R. v. Thibert	[1996] 1 S.C.R. 37	358
R. v. Tripodi	[1955] S.C.R. 438	370
R. v. Ulybel Enterprises Ltd.	2001 SCC 56, [2001] 2 S.C.R. 867	296
R. v. Van der Peet	[1996] 2 S.C.R. 507	132, 154
R. v. W. (D.).....	[1991] 1 S.C.R. 742	100
R. v. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	276
R. v. Welsh	(1869) 11 Cox C.C. 336	361
R. v. Wetmore	[1983] 2 S.C.R. 284	487, 564
R. v. White	(1964), 50 D.L.R. (2d) 613	154
R. v. Wise	[1992] 1 S.C.R. 527	253
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168	101
R. v. Wetmore	[1983] 2 S.C.R. 284	487
R. (Yogathas) v. Secretary of State for the Home Department	[2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920	310
Reference re Anti-Inflation Act	[1976] 2 S.C.R. 373.....	479
Reference re Companies' Creditors Arrangement Act	[1934] S.C.R. 659	394
Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23	2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669	478
Reference re Exported Natural Gas Tax	[1982] 1 S.C.R. 1004	538
Reference re Firearms Act (Can.)	2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	309, 484, 540
Reference re Goods and Services Tax	[1992] 2 S.C.R. 445	515
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217	151, 536
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	562
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1	487, 558

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
Republic of Croatia v. Snedden	[2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621	327
Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)	[1987] 2 S.C.R. 59	538
Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council	2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650	131, 162
River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)	2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1	607
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27	300
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)	[1995] 3 S.C.R. 199	485, 538
Robinson v. Countrywide Factors Ltd.	[1978] 1 S.C.R. 753	538
Rogerson Lumber Co. v. Four Seasons Chalet Ltd.	(1980) 113 D.L.R. (3d) 671	49
Ross v. Registrar of Motor Vehicles	[1975] 1 S.C.R. 5	486
Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan	2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188	486
Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee	[1992] 1 A.C. 624	623
Royal Bank of Canada v. Agricultural Credit Corp. of Saskat- chewan	(1994), 115 D.L.R. (4th) 569	17
Royal Bank of Canada v. Radius Credit Union Ltd.	2010 SCC 4, [2010] 3 S.C.R. 38	7
Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 S.C.R. 411	27, 53, 401
Russell v. The Queen	(1882), 7 App. Cas. 829	490
Ryan v. Victoria (City)	[1999] 1 S.C.R. 201	604

S

Salamon v. The Queen	[1959] S.C.R. 404	366
Schneider v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 112	491, 572
Schreiber v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269	304
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	579
Siemens v. Manitoba (Attorney General)	2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6	509, 538
Skeena Cellulose Inc., Re	2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236	415
Skydome Corp., Re	(1998), 16 C.B.R. (4th) 118	414
Slaight Communications Inc. v. Davidson	[1989] 1 S.C.R. 1038	132
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776	538
Solid Resources Ltd., Re	(2002), 40 C.B.R. (4th) 219	405
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King	[1950] S.C.R. 211	154
Stelco Inc. (Re)	(2005), 75 O.R. (3d) 5	415
Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3	132, 300
Sutherland v. Canada (Attorney General)	2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1	621

T

Tailby v. Official Receiver (1888)	13 App. Cas. 523	51
Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)	2004 SCC 74, [2004] 3 S.C.R. 550	129, 149
Tele-Mobile Co. v. Ontario	2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305	433
The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 S.C.R. 205	603
Tock v. St. John's Metropolitan Area Board	[1989] 2 S.C.R. 1181	621
Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79	2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77	619
Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada	2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721	541

NAME OF CASE	WHERE REPORTED	PAGE
U		
United States v. Bonamie	2001 ABCA 267, 96 Alta. L.R. (3d) 252 ...	319
United States v. Burns	2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	319
United States of America v. Kwok	2001 SCC 18, [2001] 1 S.C.R. 532	314
United States of America v. Pannell	2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336	319
United States of America v. Whitley	(1994), 119 D.L.R. (4th) 693	318
United States of Mexico v. Hurley	(1997), 35 O.R. (3d) 481	319
United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re	2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96	414
V		
Vancouver (City) v. Ward	2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28	89
W		
Ward v. Canada (Attorney General)	2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569	478
Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg	[1971] S.C.R. 957	668
Whiten v. Pilot Insurance Co.	2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	89
Wilkes v. Wood	(1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489	89
Wilson v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 594	615
Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	572
Wright v. The Queen	[1969] S.C.R. 335	366
Z		
Zaoui v. Attorney-General (No. 2)	[2005] 1 N.Z.L.R. 690	330
Zingre v. The Queen	[1981] 2 S.C.R. 392	304

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)	2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241	496, 537
A		
Abraham c. Canadian Admiral Corp. (Receiver of)	(1998) 158 D.L.R. (4th) 65	49
Adjei c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[1989] 2 C.F. 680	329
Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High	(2002), 58 O.R. (3d) 321	604
Air Canada, Re	(2003), 42 C.B.R. (4th) 173	413
Air Canada, Re	2003 CanLII 49366	413
Alberta (Chief Commissioner of the Human Rights and Citizenship Commission) c. Brewer	C.S.C., n° 32695, 25 août 2009	377
Andrews c. Grand & Toy Alberta Ltd.	[1978] 2 R.C.S. 229	78
Association des professeurs de Lignery c. Alvetta-Comeau	[1990] R.J.Q. 130	92
Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	479
Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion	[1896] A.C. 348	538
Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.	[1963] R.C.S. 570	538
Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada	[1894] A.C. 189	538
Augustus c. Gosset	[1996] 3 R.C.S. 268	73
B		
Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1999] 2 R.C.S. 817	304
Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)	2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746	174
Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)	2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146	478, 538
Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta	2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	479, 537
Banque de Montréal c. Hall	[1990] 1 R.C.S. 121	11, 49
Banque de Montréal c. Innovation Credit Union	2010 CSC 47, [2010] 3 R.C.S. 3	42
Banque nationale du Canada c. William Neilson Ltd.	[1991] R.J.Q. 712	52
Banque Royale du Canada c. Radius Credit Union Ltd.	2010 CSC 48, [2010] 3 R.C.S. 38	7
Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.	[1997] 1 R.C.S. 411	27, 53, 401
Bedder c. Director of Public Prosecutions	[1954] 1 W.L.R. 1119	366
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.	[1996] 2 R.C.S. 345	71
Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex	2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	17, 257, 300
Boggs c. La Reine	[1981] 1 R.C.S. 49	487
Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada	[1980] 1 R.C.S. 914	563
British Columbia Securities Commission c. Branch	[1995] 2 R.C.S. 3	265

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
C		
Canada c. Grenier	2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287	591, 631, 642, 653, 668, 678
Canada 3000 Inc. (Re)	2006 CSC 24, [2006] 1 R.C.S. 865	309
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa	2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	133, 611
Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net	[1998] 1 R.C.S. 626	609
Canada (Justice) c. Fischbacher	2009 CSC 46, [2009] 3 R.C.S. 170	315
Canada (Procureur général) c. McArthur	2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626	600, 680
Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.	2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585	629, 646, 655, 674
Canadian Airlines Corp., Re	2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9	413
Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re	(2000), 19 C.B.R. (4th) 158	413
Castillo c. Castillo	2005 CSC 83, [2005] 3 R.C.S. 870	309
Charlebois c. Saint John (Ville)	2005 CSC 74, [2005] 3 R.C.S. 563	258
Chatterjee c. Ontario (Procureur général)	2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624	580
Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.	(1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84	413
City of Manchester c. Farnworth	[1930] A.C. 171	621
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.	[1983] 1 R.C.S. 147	610
Cooper c. Hobart	2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537	604
Corbett c. La Reine	[1975] 2 R.C.S. 275	101
D		
Danco c. Thunder Bay (City)	(2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130	621
Dedman c. La Reine	[1985] 2 R.C.S. 2	276
Delgamuukw c. Colombie-Britannique	[1997] 3 R.C.S. 1010	130, 154
Donovan c. Canada (Attorney General)	2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116 ...	607
Doré c. Verdun (Ville)	[1997] 2 R.C.S. 862	405, 435
Driver c. Coca-Cola Ltd.	[1961] R.C.S. 201	78
Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick	2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	133
Dylex Ltd., Re	(1995), 31 C.B.R. (3d) 106	412
E		
Edwards c. Barreau du Haut-Canada	2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562	605
Egan c. Canada	[1995] 2 R.C.S. 513	376
Elan Corp. c. Comiskey	(1990), 41 O.A.C. 282	412
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1997] 3 R.C.S. 624	570
États-Unis c. Burns	2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	319
États-Unis d'Amérique c. Kwok	2001 CSC 18, [2001] 1 R.C.S. 532	314
F		
Fantasy Construction Ltd., Re	2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93 ...	607
First Vancouver Finance c. M.R.N.	2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720	401

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Folkerts c. State-Secretary of Justice	(1978), 74 I.L.R. 472	326
Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)	[1992] 1 R.C.S. 3	538
G		
Garland c. Consumers' Gas Co.	2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629	615
Gauntlet Energy Corp. Re	2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192 ...	398
General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing	[1989] 1 R.C.S. 641	477, 539, 582
Genge c. Canada (Attorney General)	2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182	607
Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)	[1995] 2 C.F. 694	608
Giffen (Re)	[1998] 1 R.C.S. 91	20
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494	515
Guerin c. La Reine	[1984] 2 R.C.S. 335	149
H		
H.L. c. Canada (Procureur général)	2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401	78
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	615
Hilali c. Central Court of Criminal Proceedings No. 5 of the National Court, Madrid	[2006] EWHC 1239 (Admin.), [2006] 4 All E.R. 435	327
Hill c. Église de scientologie de Toronto	[1995] 2 R.C.S. 1130	88
Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) ...	2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476	606
Hodge c. The Queen	(1883), 9 App. Cas. 117	539
Holland c. Saskatchewan	2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551	605
Holroyd c. Marshall	(1862) 10 H.L. Cas. 191	51
Housen c. Nikolaisen	2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	78
Hungary (Republic) c. Horvath	2007 ONCA 734, 65 Imm. L.R. (3d) 169 ..	316
Hunt c. Carey Canada Inc.	[1990] 2 R.C.S. 959	679
Hunter c. Southam Inc.	[1984] 2 R.C.S. 145	229, 251
I		
Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)	[1991] 1 R.C.S. 326	615
Immigration and Naturalization Service c. Cardoza-Fonseca	480 U.S. 421 (1987)	330
In re Lind	[1915] 2 Ch. D. 345	51
In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919	[1922] 1 A.C. 191	487, 557
Innovation Credit Union c. Bank of Montreal	2007 SKQB 471, 306 Sask. R. 227	42
Innovation Credit Union c. Bank of Montreal	2009 SKCA 35, 324 Sask. R. 160	45
Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)	2009 CAF 116, 314 D.L.R. (4th) 340	608
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927	486
Ivaco Inc. (Re)	(2006), 83 O.R. (3d) 108	420

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
K		
Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.	2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 ...	478, 540
Komunik Corp. (Arrangement relatif à)	2009 QCCS 6332 (CanLII)	399
Krieger c. Law Society of Alberta	2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372	538
L		
La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool	[1983] 1 R.C.S. 205	603
Lake c. Canada (Ministre de la Justice)	2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761	294
Lake c. St. John's (City)	2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84 ...	621
Landry c. Moncton (Ville)	2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2e) 212	621
Landry Pulpwood Co. c. Banque Canadienne Nationale	[1927] R.C.S. 605	18
Law Society of British Columbia c. Mangat	2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113	538
Leroux c. Canada Revenue Agency	2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123	607
Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)	2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244	607
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)	2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38	602
Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)	2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120	132
Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia	[1959] R.C.S. 497	525
Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency	2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379	607
M		
M38/2002 c. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs	[2003] FCAFC 131, 199 A.L.R. 290	330
Martel Building Ltd. c. Canada	2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860	608
Merck & Co. c. Canada (Procureur général)	1999 CanLII 9090	651
Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)	2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513	412
Miazga c. Kvello (Succession)	2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339	604
Mills c. La Reine	[1986] 1 R.C.S. 863	610, 637
Mitchell c. M.R.N.	2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911	154
Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)	2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152	501
Montambault c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont	[2001] R.J.Q. 893	671
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616	493
Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys	2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256	132
Multiple Access Ltd. c. McCutcheon	[1982] 2 R.C.S. 161	538
N		
Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)	2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511	129, 149
Németh c. Canada (Justice)	2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281	344
Neuman c. Parkland (County)	2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161	621

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Nova Scotia Board of Censors c. McNeil	[1978] 2 R.C.S. 662	572
Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)	[1999] 1 C.F. 620	650
Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)	2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648	680
O		
Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)	(2005), 73 O.R. (3d) 737	391, 424, 431
P		
Pacific National Lease Holding Corp., Re	(1992), 19 B.C.A.C. 134	413
Pacificador c. Canada (Minister of Justice)	(2002), 166 C.C.C. (3d) 321	319
Pantel c. Air Canada	[1975] 1 R.C.S. 472	78
Papp c. Papp	[1970] 1 O.R. 331	520, 539
Pappajohn c. La Reine	[1980] 2 R.C.S. 120	371
Parnerkar c. La Reine	[1974] R.C.S. 449	370
Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)	2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568	607
Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)	2010 CSC 641, [2010] 3 R.C.S. 639	610
Peacock c. Bell	(1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84	609
Philip's Manufacturing Ltd., Re	(1992), 9 C.B.R. (3d) 25	417
Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)	2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388	119, 149
Première nation Tlingit de Taku River c. Colombie-Britannique (Directeur d'évaluation de projet)	2004 CSC 74, [2004] 3 R.C.S. 550	129, 149
Pringle c. Fraser	[1972] R.C.S. 821	609
Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique	[1977] 2 C.F. 663	436
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307	610, 636
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	478, 582
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	572
Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	487, 557
Province of Ontario c. Dominion of Canada	(1895), 25 R.C.S. 434	155
Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan	[1941] R.C.S. 396	572
Prud'homme c. Prud'homme	2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663	670
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	325
Q		
Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand	[1996] 3 R.C.S. 211	76
Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l'énergie)... ..	[1994] 1 R.C.S. 159	154
Québec (Procureur général) c. Moses	2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557	136, 159
Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny ...	2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286	398

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOVI	PAGE
R		
R. c. 974649 Ontario Inc.	2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575	610, 637
R. c. Al Klippert Ltd.	[1998] 1 R.C.S. 737	608
R. c. Badger	[1996] 1 R.C.S. 771	119, 155
R. c. Biniaris	2000 CSC 15, [2000] 1 R.C.S. 381	101
R. c. Buhay	2003 CSC 30, [2003] 1 R.C.S. 631	263
R. c. Butler	[1992] 1 R.C.S. 452	488, 560
R. c. C.M.	(inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C36764/M36765, 24 octobre 2008)	377
R. c. Cairenius	(2008), 232 C.C.C. (3d) 13	376
R. c. Caslake	[1998] 1 R.C.S. 51	264
R. c. Cassidy	[1989] 2 R.C.S. 345	61
R. c. Chase	[1987] 2 R.C.S. 293	61
R. c. Cheung	2005 SKQB 283, 267 Sask. R. 214	227
R. c. Cinous	2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3	370
R. c. Colarusso	[1994] 1 R.C.S. 20	233, 253
R. c. Collins	[1987] 1 R.C.S. 265	230, 264
R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.	[1998] 1 R.C.S. 706	606
R. c. Conway	2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765	610, 637
R. c. Dersch	[1993] 3 R.C.S. 768	269
R. c. Edwards	[1996] 1 R.C.S. 128	229, 253, 263
R. c. Evans	[1996] 1 R.C.S. 8	242
R. c. Ewanchuk	[1999] 1 R.C.S. 330	370
R. c. Faid	[1983] 1 R.C.S. 265	369
R. c. Feeney	[1997] 2 R.C.S. 13	242, 254
R. c. Fontaine	2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702	370
R. c. Furtney	[1991] 3 R.C.S. 89	485, 538
R. c. Galgay	[1972] 2 O.R. 630	365
R. c. Haight	(1976) 30 C.C.C. (2d) 168	365
R. c. Hanemaayer	(inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C48928, 13 janvier 2009)	377
R. c. Hape	2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	304
R. c. Hayward	(1833) 6 Car. & P. 157, 172 E.R. 1188	360
R. c. Hill	[1986] 1 R.C.S. 313	357
R. c. Hydro-Québec	[1997] 3 R.C.S. 213	485, 561
R. c. Jarvis	2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757	252
R. c. Johnston	[2002] A.J. No. 843 (QL)	237
R. c. Kang-Brown	2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456	229, 271
R. c. Kapp	2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483	130, 154
R. c. Kumar	(inscription de la Cour d'appel d'Ontario, C48821, 2 octobre 2008)	377
R. c. Law	2002 CSC 10, [2002] 1 R.C.S. 227	263
R. c. Litchfield	[1993] 4 R.C.S. 333	618
R. c. Lohrer	2004 CSC 80, [2004] 3 R.C.S. 732	101
R. c. M. (M.R.)	[1998] 3 R.C.S. 393	264
R. c. Magda	[2001] O.J. No. 1861 (QL)	376
R. c. Malmo-Levine	2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	487, 560
R. c. Manchuk	[1938] R.C.S. 18	362
R. c. Marshall	[1999] 3 R.C.S. 456	119, 155

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
R. c. Mawgridge	(1707) Kel J. 119, 84 E.R. 1107	359
R. c. Morgentaler	(1984) 41 C.R. (3d) 262	610, 637
R. c. Morgentaler	[1993] 3 R.C.S. 463	485, 538
R. c. Nikal	[1996] 1 R.C.S. 1013	130
R. c. Nolet	2010 CSC 24, [2010] 1 R.C.S. 851	263
R. c. Osolin	[1993] 4 R.C.S. 156	370
R. c. Parent	2001 CSC 30, [2001] 1 R.C.S. 761	358
R. c. Patrick	2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579 ...	229, 253
R. c. Pietrangelo	2008 ONCA 547, [2008] O.J. No. 5137 (QL)	377
R. c. Plant	[1993] 3 R.C.S. 281	221, 252, 270
R. c. Rahey	[1987] 1 R.C.S. 588	610, 637
R. c. Reddick	[1991] 1 R.C.S. 1086	371
R. c. Rodgers	2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554	258
R. c. Schwartz	[1988] 2 R.C.S. 443	370
R. c. Secretary of State for the Home Department ex p. Sivakumaran	[1988] 1 A.C. 958	330
R. c. Semini	[1949] 1 K.B. 405	361
R. c. Sharpe	2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	562
R. c. Silveira	[1995] 2 R.C.S. 297	242, 254
R. c. Sioui	[1990] 1 R.C.S. 1025	155
R. c. Sparrow	[1990] 1 R.C.S. 1075	130, 149
R. c. Sundown	[1999] 1 R.C.S. 393	155
R. c. Taylor	(1981), 62 C.C.C. (2d) 227	130
R. c. Tessling	2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432 ...	229, 251, 266
R. c. Thibert	[1996] 1 R.C.S. 37	358
R. c. Tripodi	[1955] R.C.S. 438	370
R. c. Ulybel Enterprises Ltd.	2001 CSC 56, [2001] 2 R.C.S. 867	296
R. c. Van der Peet	[1996] 2 R.C.S. 507	132, 154
R. c. W. (D.)	[1991] 1 R.C.S. 742	100
R. c. Waterfield	[1963] 3 All E.R. 659	276
R. c. Welsh	(1869) 11 Cox C.C. 336	361
R. c. Wetmore	[1983] 2 R.C.S. 284	487, 564
R. c. White	(1964), 50 D.L.R. (2d) 613	154
R. c. Wise	[1992] 1 R.C.S. 527	253
R. c. Yebes	[1987] 2 R.C.S. 168	101
R. (Yogathas) c. Secretary of State for the Home Department	[2002] UKHL 36, [2003] 1 A.C. 920	310
Reference re Companies' Creditors Arrangement Act	[1934] R.C.S. 659	395
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] R.C.S. 1	487, 558
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	563
Renvoi relatif à la Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373	479
Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23 ...	2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669	478
Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)	2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 ...	309, 484, 540
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217	151, 536
Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté	[1982] 1 R.C.S. 1004	538
Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services	[1992] 2 R.C.S. 445	515
Republic of Croatia c. Snedden	[2010] HCA 14, 265 A.L.R. 621	327

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)	[1987] 2 R.C.S. 59	538
Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani	2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650	131, 162
River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)	2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1	607
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 R.C.S. 27	300
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199	485, 538
Robinson c. Countrywide Factors Ltd.	[1978] 1 R.C.S. 753	538
Rogerson Lumber Co. c. Four Seasons Chalet Ltd.	(1980) 113 D.L.R. (3d) 671	49
Ross c. Registraire des véhicules automobiles	[1975] 1 R.C.S. 5	486
Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan	2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188	486
Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee	[1992] 1 A.C. 624	622
Royal Bank of Canada c. Agricultural Credit Corp. of Saskatchewan	(1994), 115 D.L.R. (4th) 569	17
Russell c. The Queen	(1882), 7 App. Cas. 829	490
Ryan c. Victoria (Ville)	[1999] 1 R.C.S. 201	604
S		
Salamon c. The Queen	[1959] R.C.S. 404	366
Schneider c. La Reine	[1982] 2 R.C.S. 112	491, 572
Schreiber c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269	304
Scowby c. Glendinning	[1986] 2 R.C.S. 226	579
SEFPO c. Ontario (Procureur général)	[1987] 2 R.C.S. 2	520
Siemens c. Manitoba (Procureur général)	2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6	509, 538
Skeena Cellulose Inc., Re	2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236	415
Skydome Corp., Re	(1998), 16 C.B.R. (4th) 118	414
Slaight Communications Inc. c. Davidson	[1989] 1 R.C.S. 1038	132
Smith c. The Queen	[1960] R.C.S. 776	538
Société Télé-Mobile Co. c. Ontario	2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305	433
Solid Resources Ltd., Re	(2002), 40 C.B.R. (4th) 219	405
Sous-ministre du Revenu c. Rainville	[1980] 1 R.C.S. 35	398
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King	[1950] R.C.S. 211	154
Stelco Inc. (Re)	(2005), 75 O.R. (3d) 5	415
Succession Ordon c. Grail	[1998] 3 R.C.S. 437	304, 609
Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	132, 300
Sutherland c. Canada (Attorney General)	2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1	621
T		
Tailby c. Official Receiver (1888)	13 App. Cas. 523	51
Tock c. St. John's Metropolitan Area Board	[1989] 2 R.C.S. 1181	621
Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada	2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721	541
Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79	2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77	619
U		
United States c. Bonamie	2001 ABCA 267, 96 Alta. L.R. (3d) 252	319
United States of America c. Pannell	2007 ONCA 786, 227 C.C.C. (3d) 336	319
United States of America c. Whitley	(1994), 119 D.L.R. (4th) 693	318

INTITULÉ DE LA CAUSE	RENOI	PAGE
United States of Mexico c. Hurley	(1997), 35 O.R. (3d) 481	319
United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re	2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96	414
V		
Vancouver (Ville) c. Ward	2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28	89
W		
Ward c. Canada (Procureur général)	2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569	478
Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg	[1971] R.C.S. 957	668
Whiten c. Pilot Insurance Co.	2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	89
Wilkes c. Wood	(1763), Lofft. 1, 98 E.R. 489	89
Wilson c. La Reine	[1983] 2 R.C.S. 594	615
Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.	[1920] A.C. 184	572
Wright c. The Queen	[1969] R.C.S. 335	366
Z		
Zaoui c. Attorney-General (No. 2)	[2005] 1 N.Z.L.R. 690	330
Zingre c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 392	304

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
A			
<i>Assisted Human Reproduction Act</i> , S.C. 2004, c. 2		<i>Constitution Act, 1867</i>	
ss. 8 to 19	457	s. 91(27)	457
ss. 40 to 53	457	<i>Constitution Act, 1982</i>	
s. 60	457	s. 35	103
s. 61	457	<i>Criminal Code</i> , R.S.C. 1985, c. C-46	
s. 68	457	s. 232	350
		s. 686(4)(b)(ii)	60
		s. 694.1	374
B			
<i>Bank Act</i> , S.C. 1991, c. 46		<i>Crown Liability and Proceedings Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-50	
s. 427(1)	3	s. 2 “liability”	657
s. 427(2)	3, 38	s. 3	657
s. 428	3, 38	s. 21	585, 626
s. 435(2)	3, 38		
C			
<i>Canadian Charter of Rights and Freedoms</i>		<i>Electric Utilities Act</i> , S.A. 2003, c. E-5.1	211
s. 7	281	<i>Excise Tax Act</i> , R.S.C. 1985, c. E-15	
s. 8	211	s. 222	379
<i>Charter of human rights and freedoms</i> , R.S.Q., c. C-12		<i>Extradition Act</i> , S.C. 1999, c. 18	
s. 49	64	s. 44	281, 342
<i>Civil Code of Québec</i> , R.S.Q., c. C-1991		E	
art. 1376	657	<i>Federal Courts Act</i> , R.S.C. 1985, c. F-7	
art. 1457	657	s. 17	585, 626, 639, 648, 672
art. 1621	64	s. 18	585, 626, 639, 648, 672
<i>Code of Conduct Regulation</i> , Alta. Reg. 160/2003		F	
s. 1(e)	211	<i>Immigration and Refugee Protection Act</i> , S.C. 2001, c. 27	
s. 10(1)	211	s. 115	281, 342
s. 10(3)(f)	211	I	
<i>Companies’ Creditors Arrangement Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-36		L	
s. 11	379	<i>Lands Act</i> , R.S.Y. 2002, c. 132	103
s. 18.3	379		

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
P		Y	
<i>Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2</i>		<i>Yukon Environmental and Socio-economic Assessment Act, S.C. 2003, c. 7</i>	
s. 20(3)	3, 38	s. 81(1)	103
s. 66	3, 38		
T			
<i>Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17</i>	103		

INTERNATIONAL DOCUMENTS

	PAGE
C	
<i>Convention Relating to the Status of Refugees, Can. T.S. 1969 No. 6</i>	
Art. 33	281

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
<i>Charte canadienne des droits et libertés</i>		<i>Loi sur l'extradition</i> , L.C. 1999, ch. 18	
art. 7	281	art. 44	281, 342
art. 8	211	<i>Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés</i> , L.C. 2001, ch. 27	
<i>Charte des droits et libertés de la personne</i> , L.R.Q., ch. C-12		art. 115	281, 342
art. 49	64	<i>Loi sur la procréation assistée</i> , L.C. 2004, ch. 2	
<i>Code civil du Québec</i> , L.R.Q., ch. C-1991		art. 8 à 19	457
art. 1376	657	art. 40 à 53	457
art. 1457	657	art. 60	457
art. 1621	64	art. 61	457
<i>Code criminel</i> , L.R.C. 1985, ch. C-46		art. 68	457
art. 232	350	<i>Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif</i> , L.R.C. 1985, ch. C-50	
art. 686(4b)(ii)	60	art. 2 « responsabilité »	657
art. 694.1	374	art. 3	657
<i>Code of Conduct Regulation</i> , Alta Reg. 160/2003		art. 21	585, 626
art. 1e)	211	<i>Loi sur la taxe d'accise</i> , L.R.C. 1985, ch. E-15	
art. 10(1)	211	art. 222	379
art. 10(3)f)	211	<i>Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> , L.R.C. 1985, ch. C-36	
E			
<i>Electric Utilities Act</i> , S.A. 2003, ch. E-5.1	211	art. 11	379
L			
<i>Loi constitutionnelle de 1867</i>		art. 18.3	379
art. 91(27)	457	<i>Loi sur les banques</i> , L.C. 1991, ch. 46	
<i>Loi constitutionnelle de 1982</i>		art. 427(1)	3
art. 35	103	art. 427(2)	3, 38
<i>Loi du Yukon sur les terres territoriales</i> , L.Y. 2003, ch. 17	103	art. 428	3, 38
<i>Loi sur l'évaluation environnementale et socioéconomique au Yukon</i> , L.C. 2003, ch. 7		art. 435(2)	3, 38
art. 81(1)	103	<i>Loi sur les Cours fédérales</i> , L.R.C. 1985, ch. F-7	
		art. 17	585, 626, 639, 648, 672
		art. 18	585, 626, 639, 648, 672
		<i>Loi sur les terres</i> , L.R.Y. 2002, ch. 132	103

PAGE

P

<i>Personal Property Security Act, 1993, S.S.</i>	
1993, ch. P-6.2	
art. 20(3)	3, 38
art. 66	3, 38

DOCUMENTS INTERNATIONAUX

PAGE

C

<i>Convention relative au Statut des Réfugiés,</i>	
R.T. Can. 1969 n° 6	
art. 33	281

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Aughterson, Edmund Paul. <i>Extradition: Australian Law and Procedure</i> . Sydney: Law Book Co., 1995.	311
Australia. Victorian Law Reform Commission. <i>Defences to Homicide: Final Report</i> . Melbourne: Victorian Government Printer, 2004.	362
Australie. Victorian Law Reform Commission. <i>Defences to Homicide : Final Report</i> . Melbourne : Victorian Government Printer, 2004.	362
Bassiouni, M. Cherif. <i>International Extradition: United States Law and Practice</i> , 5th ed. New York: Oceana, 2007.	311
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 7 ^e éd., vol. I. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2007.	84
Baylis, Françoise. Expert Report. <i>The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research: A Public Health, Safety and Morality Argument</i> . August 2006.	508
Beaudoin, Gérard-A., en collaboration avec Pierre Thibault. <i>La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés</i> , 3 ^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.	572
Beaulne, Jacques. <i>Droit des successions</i> , 4 ^e éd., d'après l'œuvre de Germain Brière. Montréal : Wilson & Lafleur, 2010.	94
Bissonnette, François. Rapport d'expertise. <i>La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux</i> . Avril 2006.	550
Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. “Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada” (2007), 1 <i>M.H.L.P./P.D.S.M.</i> 83.	552
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> . Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).	612
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. <i>Droit constitutionnel</i> , 5 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.	571
Campbell, Angela. “Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies” (2002), 11 <i>Health L. Rev.</i> 26.	510
Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. <i>Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.	396

Canada. Affaires indiennes et du Nord. <i>Politique du gouvernement fédéral en vue du règlement des revendications autochtones</i> . Ottawa : Affaires indiennes et du Nord Canada, 1993.	167
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. <i>Seizième rapport</i> , 23 novembre 1998 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031913&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F).	324
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 135, n° 162, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 30 novembre 1998, p. 10591, 10592 et 10595.	303
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, n° 188, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 21 mai 2002.	568
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 137, n° 192, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 27 mai 2002.	568
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 138, n° 047, 2 ^e sess., 37 ^e lég., 28 janvier 2003.	568
Canada. Chambre des communes. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 138, n° 072, 2 ^e sess., 37 ^e lég., 18 mars 2003, p. 4335.	551
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne</i> , 5 novembre 1998, 17:10 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Mode=1&Parl=36&Ses=1&DocId=1039052&File=0&Language=F).	324
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbal et témoignages du Comité permanent de la justice et des droits de la personne</i> , 17 novembre 1998, 11:45 et 12:05 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039054&Mode=1&Parl=36&Ses=1&Language=F).	309
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38</i> , n° 1, 2 ^e sess., 34 ^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15.	616
Canada. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale</i> , fascicule n° 15, 3 ^e sess., 34 ^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.	396
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages du Comité permanent de la santé</i> , n° 013, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 3 mai 2001 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F).	568
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages du Comité permanent de la santé</i> , n° 013, 2 ^e sess., 37 ^e lég., 9 décembre 2002 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F).	551
Canada. Chambre des communes. <i>Témoignages du Comité permanent de la santé</i> , n° 016, 1 ^{re} sess., 37 ^e lég., 17 mai 2001 (en ligne : http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F).	551
Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. <i>Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité</i> . Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.	396
Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. <i>Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité</i> . Ottawa : Information Canada, 1970.	396
Canada. Commission du droit. <i>La Loi sur les banques et la modernisation du droit canadien des sûretés</i> . Ottawa : La Commission, 2004.	17

Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. <i>Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction</i> . Ottawa : Ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993.	473, 527
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 2 ^e sess., 28 ^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471.	612
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 2 ^e sess., 34 ^e lég., 1 ^{er} novembre 1989, p. 5414.	601
Canada. Department of Justice. <i>Reforming Criminal Code Defences: Provocation, Self-Defence and Defence of Property: A Consultation Paper</i> . Ottawa: The Department, 1998.	359
Canada. Department of National Defence and Canadian Forces. Ombudsman. <i>Unfair Deductions From SISIP Payments to Former CF Members</i> . Ottawa: The Department, 2003 (online: www.ombudsman.forces.gc.ca/rep-rap/sr-rs/sis-rar/doc/sis-rar-eng.pdf).	678
Canada. Discussion Group on Embryo Research. <i>Research on Human Embryos in Canada</i> (Final Report). Ottawa: 1995.	548
Canada. Groupe de discussion sur la recherche sur les embryons. <i>Recherche sur l'embryon humain au Canada</i> (Rapport final). Ottawa : 1995.	548
Canada. Health Canada. News Release 1995-57. <i>Health Minister Calls for Moratorium on Applying Nine Reproductive Technologies and Practices in Humans</i> , July 27, 1995.	529
Canada. Health Canada. <i>Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview</i> , May 2001.	525
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5470-71.	612
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, p. 5414.	601
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Health</i> , No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E).	568
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Health</i> , No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E).	551
Canada. House of Commons. <i>Evidence of the Standing Committee on Health</i> , No. 016, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E).	551
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 135, No. 162, 1st Sess., 36th Parl., November 30, 1998, pp. 10591, 10592 and 10595.	323
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, No. 188, 1st Sess., 37th Parl., May 21, 2002.	568
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 137, No. 192, 1st Sess., 37th Parl., May 27, 2002.	568
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 138, No. 047, 2nd Sess., 37th Parl., January 28, 2003.	568
Canada. House of Commons. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, p. 4335.	551
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38</i> , No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, pp. 14-15.	616

Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations</i> , Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.	396
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights</i> , November 5, 1998, at 17:10 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1&DocId=1039052&File=0).	324
Canada. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and Human Rights</i> , November 17, 1998, at 11:45 and 12:05 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1039054&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1).	309
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. <i>Sixteenth Report</i> , November 23, 1998. Ottawa: The Committee, 1998 (online: http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1031913&Language=E&Mode=1&Parl=36&Ses=1).	324
Canada. Indian and Northern Affairs. <i>Federal Policy for the Settlement of Native Claims</i> . Ottawa: Indian and Northern Affairs Canada, 1993.	167
Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. <i>Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> . Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.	397
Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. <i>Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.	397
Canada. Law Commission. <i>Modernizing Canada's Secured Transactions Law: The Bank Act Security Provisions</i> . Ottawa: The Commission, 2004.	17
Canada. Ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes. Ombudsman. <i>Déductions injustes des paiements du RARM effectués à d'ex-membres des FC</i> . Ottawa : Le ministère, 2003 (en ligne : www.ombudsman.forces.gc.ca/rep-rap/sr-rs/sis-rar/doc/sis-rar-fra.pdf).	678
Canada. Ministère de la Justice. <i>Réforme des moyens de défense visés par le Code criminel : Provocation, légitime défense et défense des biens : Document de consultation</i> . Ottawa : Le Ministère, 1998.	359
Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. <i>Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies</i> . Ottawa: Minister of Government Services Canada, 1993.	473, 527
Canada. Santé Canada. Communiqué 1995-57. <i>La ministre de la Santé annonce un moratoire sur neuf techniques et pratiques de reproduction</i> , 27 juillet 1995.	529
Canada. Santé Canada. <i>Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu</i> , mai 2001.	525
Canada. Sénat. Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> , fasc. n ^o 60, 1 ^{re} sess., 36 ^e lég., 10 mars 1999, p. 60:6 et suiv.	309
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. <i>Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies</i> . Ottawa : 2003.	433
Canada. Sénat. <i>Débats du Sénat</i> , vol. 142, 1 ^{re} sess., 38 ^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.	438
Canada. Senate. <i>Debates of the Senate</i> , vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.	438

Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. <i>Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Ottawa: Senate of Canada, 2003.	433
Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> , Issue No. 60, 1st Sess., 36th Parl., March 10, 1999, pp. 60:6 <i>et seq.</i>	309
Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. <i>Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation</i> . Ottawa: Information Canada, 1970.	396
Coke, Sir Edward. <i>The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes</i> . London: Clarke, 1817.....	358
Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. <i>Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada — Stratégie du droit commercial</i> , vol. 1 et 2. Ottawa : La Conférence, 2005 (feuilles mobiles mises à jour 2010).	17
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	435
Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. <i>Interprétation des lois</i> , 4 ^e éd. Montréal : Thémis, 2009.	435
Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. <i>Traité de droit pénal canadien</i> , 4 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.	560
Craig, Paul P. <i>Administrative Law</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.	624
Cuming, Ronald C. C. "Case Comment: <i>Innovation Credit Union v. Bank of Montreal</i> — Interface between the PPSA and Section 427 of the <i>Bank Act</i> : Desirable Policy vs. Hard Legal Analysis" (2008), 71 <i>Sask. L. Rev.</i> 143.	16
Cuming, Ronald C. C. "Fitting a Square (Federal) Peg in a Round (Provincial) Hole: Rationalizing Section 427 <i>Bank Act</i> With Provincial Property Security Law" (2010), 73 <i>Sask. L. Rev.</i> 1.	54
Cuming, Ronald C. C., and Roderick J. Wood. "Compatibility of Federal and Provincial Personal Property Security Law" (1986), 65 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 267.	19, 49
Cuming, Ronald C. C., Catherine Walsh and Roderick J. Wood. <i>Personal Property Security Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2005.	19, 51
Currie, Robert J. <i>International & Transnational Criminal Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2010.	318
Dallaire, Claude. « L'évolution des dommages exemplaires depuis les décisions de la Cour suprême en 1996 : dix ans de cheminement », dans <i>Développements récents en droit administratif et constitutionnel</i> , vol. 240. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2006, 185.	83
Droege, Cordula. "Transfers of detainees: legal framework, <i>non-refoulement</i> and contemporary challenges" (2008), 90 <i>Int'l Rev. Red Cross</i> 669.	304
Duffy, Aoife. "Expulsion to Face Torture? <i>Non-refoulement</i> in International Law" (2008), 20 <i>Int'l J. Refugee L.</i> 373.	332
Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 587.	395
<i>Fisher and Lightwood's Law of Mortgage</i> , 11th ed., Wayne Clark, ed. London: Butterworths, 2002.	51

Fitzpatrick, Joan, et Rafael Bonoan. « La cessation de la protection de réfugié », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., <i>La protection des réfugiés en droit international</i> . Bruxelles : Larcier, 2008, 551.	334
Gardner, Daniel. <i>Le préjudice corporel</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2009.	77
Gaudreault-DesBiens, Jean-François. “The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy”, in Sujit Choudhry, Jean François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., <i>Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2006, 185.	577
<i>Goode on Legal Problems of Credit and Security</i> , 4th ed., Louise Gullifer, ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.	52
Goodwin-Gill, Guy S., and Jane McAdam. <i>The Refugee in International Law</i> , 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.	304
Grammond, Sébastien. <i>Aménager la coexistence : Les peuples autochtones et le droit canadien</i> . Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.	153
Grande-Bretagne. Law Commission. <i>Partial Defences to Murder</i> , Consultation Paper No. 173. London : The Commission, 2003.	360
Grande-Bretagne. Scottish Home Department. <i>Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination</i> . London : Her Majesty’s Stationery Office, 1960.	507
Great Britain. Law Commission. <i>Partial Defences to Murder</i> , Consultation Paper No. 173. London: The Commission, 2003.	360
Great Britain. Scottish Home Department. <i>Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination</i> . London: Her Majesty’s Stationery Office, 1960.	507
Hathaway, James C. <i>The Rights of Refugees Under International Law</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 2005.	310
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Note d’orientation sur l’extradition et la protection internationale des réfugiés</i> . Genève : Le Commissariat, 2008 (en ligne : http://www.unhcr.org/cgi-bin/textis/vtx/refworld/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ab379262).	297
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Problèmes d’extradition concernant les réfugiés</i> , 16 octobre 1980, n° 17 (XXXI) — 1980 (en ligne : http://www.unhcr.org/cgi-bin/textis/vtx/refworld/rwmain?docid=3ae68c5a10).	304
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. « Relevé des conclusions : La cessation du statut de réfugié », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., <i>La protection des réfugiés en droit international</i> . Bruxelles : Larcier, 2008, 611.	334
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>The Interface Between Extradition and Asylum</i> (prepared by Sibylle Kapferer). November 2003, PPLA/2003/05 (en ligne : http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html).	304
Healy, Patrick. “Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada” (1995), 40 <i>McGill L.J./R.D. McGill</i> 905.	553
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).	484, 537
Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. <i>Liability of the Crown</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.	621
Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. <i>Government Liability: Law and Practice</i> . Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).	620

Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. <i>Report</i> (2002) (online: http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php).	433
Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). <i>Report on the Commercial Provisions of Bill C-55</i> (2005).	433
Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. <i>Report</i> (2002) (en ligne : http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php).	433
Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). <i>Report on the Commercial Provisions of Bill C-55</i> (2005).	433
Ives, Dale E. "Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility", in <i>Partial Defences to Murder: Overseas Studies</i> , Consultation Paper No. 173, App. B. London: Law Commission of Great Britain, 2003, 73.	361
Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2007</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.	415
Jones, Martin and Sasha Baglay. <i>Refugee Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2007.	337
Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., <i>Annual Review of Insolvency Law 2005</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.	397
Köfner, Gottfried. Case Abstract (1993), 5 <i>Int'l J. Refugee L.</i> 271.	327
Lamer, Francis L. <i>Priority of Crown Claims in Insolvency</i> . Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).	400
Lauterpacht, Elihu, et Daniel Bethlehem. « Avis sur la portée et le contenu du principe du non-refoulement », dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., <i>La protection des réfugiés en droit international</i> . Bruxelles : Larcier, 2008, 119.	304
Lederman, W. R. "Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution" (1979-1980), 18 <i>U.W.O. L. Rev.</i> 31.	558
Lerner, Jack I., and Deirdre K. Mulligan. "Taking the 'Long View' on the Fourth Amendment: Stored Records and the Sanctity of the Home", 2008 <i>Stan. Tech. L. Rev.</i> 3.	271
Macklem, Timothy. "Provocation and the Ordinary Person" (1987), 11 <i>Dal. L.J.</i> 126.	361
Morgan, Barbara K. "Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy" (2000), 74 <i>Am. Bankr. L.J.</i> 461.	400
Moull, William D. "Security Under Sections 177 and 178 of the Bank Act" (1986), 65 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 242.	11, 49
Mullan, David J. "Administrative Law Update — 2008-2009", prepared for the Continuing Legal Education conference, <i>Administrative Law Conference—2009</i> . Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.	619
Mundell, D. W. "Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin" (1955), 33 <i>Can. Bar Rev./R. du B. can.</i> 915.	480
Nations Unies. Office des Nations Unies contre la drogue et le crime. <i>Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters</i> , December 6-8, 2002 (en ligne : http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf).	322

New Zealand. Law Commission. <i>The Partial Defence of Provocation</i> , Report 98. Wellington: The Commission, 2007.	362
Newman, Dwight G. <i>The Duty to Consult: New Relationships with Aboriginal Peoples</i> . Saskatoon: Purich Publishing, 2009.	153
Nicholls, Clive, Clare Montgomery and Julian B. Knowles. <i>The Law of Extradition and Mutual Assistance</i> , 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007.	327
Nisker, Jeff. Expert Report. <i>Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC</i> . August 2006.	550
<i>Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française</i> . Paris : Le Robert, 2010, « insulte », « insulter ».	371
Nouvelle-Zélande. Law Commission. <i>The Partial Defence of Provocation</i> , Report 98. Wellington : The Commission, 2007.	362
Ontario. Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée et Future of Privacy Forum. « SmartPrivacy for the Smart Grid : Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation ». Toronto : Bureau du commissaire à l'information et à la protection de la vie privée, November 2009.	255
Ontario. Information and Privacy Commissioner and Future of Privacy Forum. "SmartPrivacy for the Smart Grid: Embedding Privacy into the Design of Electricity Conservation". Toronto: Office of the Information and Privacy Commissioner, November 2009.	255
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Exemplary Damages</i> . Toronto: The Commission, 1991.	91
Pirjola, Jari. "Shadows in Paradise — Exploring <i>Non-Refoulement</i> as an Open Concept" (2007), 19 <i>Int'l J. Refugee L.</i> 639.	330
Poirier, Marc-Alexandre. "Analysis of the Interaction between Security under Section 427 of the Bank Act and Provincial Law: A Bijural Perspective" (2003), 63 <i>R. du B.</i> 289.	16
Pratte, Pierre. « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile » (1998), 58 <i>R. du B.</i> 287.	85
Roach, Kent. <i>Criminal Law</i> , 4th ed. Toronto: Irwin Law, 2009.	362
Saint-Hilaire, Maxime. « La proposition d'entente de principe avec les Innus : vers une nouvelle génération de traités? » (2003), 44 <i>C. de D.</i> 395.	157
Sarra, Janis. <i>Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations</i> . Toronto: University of Toronto Press, 2003.	394
Sarra, Janis P. <i>Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act</i> . Toronto: Thomson Carswell, 2007.	414
Saskatchewan. Law Reform Commission. <i>Tentative Proposals for a New Personal Property Security Act</i> . Saskatoon: The Commission, 1990.	16
Schabas, William A. "Non-Refoulement", in Expert Workshop on Human Rights and International Co-operation in Counter-Terrorism: Final Report (OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights and United Nations High Commissioner for Human Rights). Liechtenstein: February 2007 (online: http://www.osce.org/odihr/24170)	298
Sheldon, S., and S. Wilkinson. "Should selecting saviour siblings be banned?" (2004), 30 <i>J. Med. Ethics</i> 533.	507
<i>Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , 6th ed., vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2007, "insult".	371

Somerville, Margaret. “Reprogenetics: Unprecedented Challenges to Respect for Human Life” (2005), 38 <i>Law/Tech. J.</i> 1.	506
Stevenson, Mark L. « Visions de certitude : question d’hypothèses », dans Commission du droit du Canada, dir., <i>Parlons franchement à propos des traités</i> . Ottawa : Ministère des travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2001, 123.	157
Stevenson, Mark L. “Visions of Certainty: Challenging Assumptions”, in Law Commission of Canada, ed., <i>Speaking Truth to Power: A Treaty Forum</i> . Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 2001, 113.	157
Stewart, Felicity, and Arie Freiberg. <i>Provocation in Sentencing Research Report</i> , 2nd ed. Melbourne, Australia: Sentencing Advisory Council, 2009.	360
Sullivan, G. R. “Anger and Excuse: Reassessing Provocation” (1993), 13 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 421.	359
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.	296, 435
Swart, Bert. “Refusal of Extradition and the United Nations Model Treaty on Extradition” (1992), 23 <i>Neth. Y.B. Int’l Law</i> 175.	321
Tremblay, André. <i>Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils</i> . Ottawa : Université d’Ottawa, 1967.	571
Uniform Law Conference of Canada. <i>Uniform Law Conference of Canada — Commercial Law Strategy</i> , vols. 1 and 2. Ottawa: The Conference, 2005 (loose-leaf updated 2010).	17
United Nations. Office on Drugs and Crime. <i>Revised Manuals on the Model Treaty on Extradition and on the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters</i> , December 6-8, 2002 (online: http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf).	322
United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Guidance Note on Extradition and International Refugee Protection</i> . Geneva: The Commissioner, 2008 (online: http://www.unhcr.org/refworld/docid/481ec7d92.html).	297
United Nations High Commissioner for Refugees. <i>Problems of Extradition Affecting Refugees</i> , 16 October 1980, No. 17 (XXXI) — 1980 (online: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae68c4423.html).	304
United Nations High Commissioner for Refugees. “Relevé des conclusions: La cessation du statut de réfugié”, dans Erika Feller, Volker Türk et Frances Nicholson, dir., <i>La protection des réfugiés en droit international</i> . Bruxelles: Larcier, 2008, 611.	334
United Nations High Commissioner for Refugees. <i>The Interface Between Extradition and Asylum</i> (prepared by Sibylle Kapferer). November 2003, PPLA/2003/05 (online: http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fe846da4.html).	304
Waldman, Lorne. <i>Immigration Law and Practice</i> , vol. 1, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005 (loose-leaf updated March 2010, release 21).	329
Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. <i>Waters’ Law of Trusts in Canada</i> , 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.	421
Westin, Alan F. <i>Privacy and Freedom</i> . New York: Atheneum, 1970.	230
Williams, Robert A. <i>Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800</i> . New York: Oxford University Press, 1997.	157
Wood, Roderick J. <i>Bankruptcy and Insolvency Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2009.	392
Wolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. <i>De Smith’s Judicial Review</i> , 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.	609

Wouters, Kees. <i>International Legal Standards for the Protection from Refoulement: A Legal Analysis of the Prohibitions on Refoulement Contained in the Refugee Convention, the European Convention on Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention Against Torture</i> . Portland, Or.: Intersentia, 2009.	298
Yukon. <i>Agriculture for the 90s: A Yukon Policy</i> . Whitehorse: Yukon Government, 1991.	122
Ziegel, Jacob S. "Interaction of Personal Property Security Legislation and Security Interests Under the Bank Act" (1986-87), 12 <i>Can. Bus. L.J./ Rev. can. dr. comm.</i> 73.	17
Ziff, Bruce. <i>Principles of Property Law</i> , 4th ed. Toronto: Thomson, 2006.	29

Attorney General of Canada *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

**Attorney General of New Brunswick,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta, Michael
Awad, Canadian Conference of Catholic
Bishops and Evangelical Fellowship of
Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: REFERENCE RE ASSISTED HUMAN
REPRODUCTION ACT**

2010 SCC 61

File No.: 32750.

2009: April 24; 2010: December 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Constitutional law — Division of powers — Criminal
law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40
to 53, 60, 61 and 68 of Assisted Human Reproduction
Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Par-
liament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.*

In 1989, the federal government established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to study assisted human reproduction. In its report, the Baird Commission expressed concern about certain practices in the field and pressed for legislation. Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups for advice on the issue, and the result was the passage of the *Assisted Human Reproduction Act* in 2004. The Act contains prohibitions and other provisions designed to administer and enforce them. It is set up as follows:

Procureur général du Canada *Appelant*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

**Procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l’Alberta, Michael
Awad, Conférence des évêques catholiques
du Canada et Alliance évangélique du
Canada** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA
PROCRÉATION ASSISTÉE**

2010 CSC 61

N° du greffe : 32750.

2009 : 24 avril; 2010 : 22 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DU QUÉBEC

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs —
Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8
à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation
assistée, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence
législative que confère au Parlement l’art. 91(27) de la
Loi constitutionnelle de 1867?*

En 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») appelée à se pencher sur la procréation assistée. Dans son rapport, la Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine et elle a pressé le gouvernement de légiférer. Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants sur la question, ce qui a mené à l’adoption en 2004 de la *Loi sur la procréation assistée*. La Loi renferme des interdictions et d’autres dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d’application. Elle est conçue comme suit :

(1) Sections 5 to 9 prohibit human cloning, the commercialization of human reproductive material and the reproductive functions of women and men, and the use of *in vitro* embryos without consent. (2) Sections 10 to 13 prohibit various activities unless they are carried out in accordance with regulations made under the Act, under licence and in licensed premises. These “controlled activities” involve manipulation of human reproductive material or *in vitro* embryos, transgenic engineering and reimbursement of the expenditures of donors and surrogate mothers. (3) Sections 14 to 19 set up a system of information management related to assisted reproduction. (4) Sections 20 to 39 establish the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. (5) Sections 40 to 59 charge the Agency with administering and enforcing the Act and regulations, and authorize it to issue licences for certain activities related to assisted reproduction. (6) Sections 60 and 61 provide for penalties, (7) ss. 65 to 67 authorize the promulgation of regulations, and (8) s. 68 gives the Governor in Council power to exempt the operation of certain provisions if there are equivalent provincial laws in force that cover the field.

The Attorney General of Quebec accepted that some of the provisions were valid criminal law, but challenged the constitutionality of the balance of the Act in a reference to the Quebec Court of Appeal. According to the Attorney General of Quebec, ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 are attempts to regulate the whole sector of medical practice and research related to assisted reproduction, and are *ultra vires* the federal government. The Quebec Court of Appeal held that the impugned sections were not valid criminal law since their pith and substance was the regulation of medical practice and research in relation to assisted reproduction.

Held: The appeal should be allowed in part.

Sections 8, 9, 12, 19 and 60 of the Act are constitutional.

Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*.

Sections 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68 are constitutional to the extent that they relate to constitutionally valid provisions.

(1) Les articles 5 à 9 interdisent le clonage humain, la commercialisation du matériel reproductif humain et des fonctions reproductives de la femme et de l'homme, ainsi que l'utilisation d'embryons *in vitro* sans consentement. (2) Les articles 10 à 13 interdisent diverses activités, sauf conformité aux règlements pris en vertu de la Loi, obtention d'une autorisation et déroulement dans un établissement autorisé. Ces « activités réglementées » s'entendent de la manipulation du matériel reproductif humain ou d'embryons *in vitro*, de la transgénèse et du défraiement des donneurs et des mères porteuses. (3) Les articles 14 à 19 établissent un système de gestion de l'information relative à la procréation assistée. (4) Les articles 20 à 39 créent l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée. (5) Les articles 40 à 59 confient à l'Agence la mise en œuvre de la Loi et des règlements et le contrôle de leur application, et ils lui confèrent le pouvoir d'autoriser certaines activités liées à la procréation assistée. (6) Les articles 60 et 61 prévoient des peines, (7) les art. 65 à 67 autorisent l'adoption de règlements et (8) l'art. 68 confère au gouverneur en conseil le pouvoir d'écarter l'application de certaines dispositions de la Loi dans une province déjà dotée de dispositions équivalentes.

Le procureur général du Québec a reconnu que certaines dispositions de la Loi constituaient des règles de droit criminel valides, mais il a contesté la constitutionnalité des autres dans un renvoi adressé à la Cour d'appel du Québec. À son avis, les art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 visent à réglementer tout le domaine de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée et excèdent la compétence du gouvernement fédéral. La Cour d'appel du Québec a statué que les dispositions contestées n'étaient pas des règles de droit criminel valides, car leur raison d'être véritable était la réglementation de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli en partie.

Les articles 8, 9, 12, 19 et 60 de la Loi sont constitutionnels.

Les articles 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Les paragraphes 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43, les par. 44(1) et (4), les art. 45 à 53, 61 et 68 sont constitutionnels dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles.

Per McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ.: The Act is essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration. While the Act will have beneficial effects and while some of its effects may impact on provincial matters, neither its dominant purpose nor its dominant effect is to set up a regime that regulates and promotes the benefits of artificial reproduction. The fact that the Baird Commission may have referred to positive aspects of assisted reproduction technology in its report does not establish that these benefits were the focus of Parliament's efforts. Furthermore, while the Act employs both a penal and regulatory form, Parliament may validly employ regulations as part of a criminal law provided it targets a legitimate criminal law purpose.

Here, the matter of the statutory scheme, viewed as a whole, is a valid exercise of the federal power over criminal law. The dominant purpose and effect of the legislative scheme is to prohibit practices that would undercut moral values, produce public health evils, and threaten the security of donors, donees, and persons conceived by assisted reproduction. While this initiative necessarily touches on provincial jurisdiction over medical research and practice, these fields are the subject of overlapping federal and provincial jurisdiction. Parliament has a strong interest in ensuring that basic moral standards govern the creation and destruction of life, as well as their impact on persons like donors and mothers. The Act seeks to avert serious damage to the fabric of our society by prohibiting practices that tend to devalue human life and degrade participants. Overlapping with the morality concerns are concerns for public health and security which may be properly targeted by criminal law. These are valid criminal law purposes.

The prohibitions in ss. 8 to 13 come within the scope of the federal criminal law power and are valid criminal law. The provisions are related to ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal law. Section 8 prohibits the use of reproductive material for the artificial creation of embryos, unless the donor has consented in accordance with the regulations. This relates to the fundamental importance ascribed to human autonomy. Section 9 prohibits persons from obtaining reproductive material from underage donors, except for the purpose of preserving the sperm or ovum or for the purpose of creating a human being that the person reasonably believes will be raised by the donor. This provision

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, Fish et Charron : La Loi est essentiellement constituée d'une série d'interdictions dont un ensemble de dispositions accessoires assure la mise en œuvre. Même si la Loi aura des effets bénéfiques et que certains d'entre eux peuvent se répercuter sur des sujets de compétence provinciale, ni son objet principal, ni son effet principal ne sont d'établir un régime de réglementation et de promotion des avantages de la procréation artificielle. Certes, dans son rapport, la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée, mais cela n'établit pas que ces avantages sont l'objet central des mesures prises par le Parlement. En outre, la Loi revêt une forme à la fois pénale et réglementaire, mais le Parlement peut à bon droit recourir à la réglementation pour légiférer en droit pénal, à condition qu'il ait un objectif légitime en droit criminel.

En l'espèce, eu égard à sa matière, le régime législatif, considéré globalement, résulte d'un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. L'objet et effet principal du régime législatif est l'interdiction de pratiques qui sont de nature à saper des valeurs morales, à créer des maux pour la santé publique et à compromettre la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes conçues grâce à la procréation assistée. La mesure législative touche nécessairement la compétence provinciale sur la recherche et la pratique médicales, mais il s'agit de domaines où les compétences fédérale et provinciale se chevauchent. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. La Loi prévient la détérioration importante du tissu social en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Au souci moral s'ajoutent le souci sanitaire et celui lié à la sécurité, lesquels peuvent fonder une règle de droit criminel. Il s'agit de véritables objets de droit criminel.

Les interdictions prévues aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel et elles constituent des règles de droit criminel valides. Elles se rattachent aux art. 5 à 7, dont la constitutionnalité est reconnue au regard du droit criminel. L'article 8 interdit l'utilisation de matériel reproductif pour créer artificiellement un embryon, sauf lorsque le donneur y consent conformément aux règlements, ce qui traduit l'importance fondamentale accordée à l'autonomie de la personne. L'article 9 interdit l'obtention de matériel reproductif d'une personne n'ayant pas l'âge fixé, sauf pour conserver ce matériel ou pour créer un être humain dont on est fondé à croire qu'il sera élevé par

seeks to protect vulnerable youth from exploitation and undue pressure. It is an absolute prohibition like ss. 5 to 7, without any accompanying regulations.

Sections 10 and 11 buttress the prohibitions in s. 5. In essence, s. 10 prohibits dealing with human reproductive material without a licence. It targets health risks and moral concerns related to the artificial creation of human life. Section 11 prohibits transgenic engineering unless permitted by the regulations and performed by a licence-holder. By using a selective prohibition to broaden the absolute prohibitions in s. 5 on the creation of chimeras and hybrid entities, s. 11 recognizes that mixing human and non-human genetic material can raise moral concerns long before such experiments result in the creation of a new life form. Working together, licensing and regulation provide for enforceable, tailored prohibitions, which leave the provinces free to regulate the beneficial aspects of genetic manipulation.

Section 12 prohibits reimbursement of donors and surrogate mothers except in accordance with the regulations and with a licence. This provision is rooted in the same concerns as ss. 6 and 7, which prohibit the commercialization of reproduction. Section 13 is an absolute prohibition on the performance of licensed activities in unlicensed premises, backed by a penalty. The artificial creation of human life in clandestine facilities would pose serious health risks to those involved. Ensuring that the facilities of assisted human reproduction are properly supervised also relates to Parliament's moral concerns.

Together with ss. 5 to 7, ss. 8 to 13 form a valid prohibition regime that is consistent with the objectives of the Act as a whole. These provisions contain prohibitions, backed by penalties, and are directed in pith and substance to valid criminal law goals. Although some of the prohibitions impact on the regulation of medical research and practice, the impact is incidental to the legislation's dominant criminal law purpose and limited to those ends. Furthermore, subject to the Act's prohibitions, the provinces are free to enact legislation promoting beneficial practices in the field of assisted reproduction.

While not criminal law in pith and substance, the administrative, organizational, and enforcement provisions in ss. 14 to 68 are integrated into the prohibition

le donneur. Sa raison d'être est de protéger le mineur vulnérable contre l'exploitation et l'incitation pressante. Il constitue une interdiction absolue à l'instar des art. 5 à 7 et il ne s'accompagne d'aucun règlement.

Les articles 10 et 11 appuient les interdictions prévues à l'art. 5. L'article 10 interdit essentiellement l'activité liée au matériel reproductif humain, sauf autorisation préalable. Il vise les risques sanitaires et les préoccupations d'ordre moral liés à la création artificielle de la vie. L'article 11 interdit la transgénèse, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. En recourant à une interdiction sélective pour accroître la portée des interdictions absolues que prévoit l'art. 5 et qui frappent la création de chimères et d'hybrides, l'art. 11 reconnaît que la combinaison de matériel génétique humain et non humain peut susciter des préoccupations morales bien avant qu'une telle expérience aboutisse à la création d'une nouvelle forme de vie. Ensemble, autorisation et réglementation circonscrivent le régime d'interdiction et le rendent susceptible d'application, ce qui laisse aux provinces le loisir de réglementer les aspects bénéfiques de la manipulation génétique.

L'article 12 interdit, sauf conformité aux règlements et obtention d'une autorisation, le défraiement d'un donneur ou d'une mère porteuse. Il se fonde sur les mêmes préoccupations que celles qui sous-tendent les art. 6 et 7, lesquels interdisent la commercialisation de la reproduction. L'article 13 frappe d'une interdiction absolue l'exercice d'une activité autorisée dans un établissement non autorisé, et son non-respect rend passible d'une peine. Créer artificiellement une forme de vie humaine dans un local clandestin peut présenter un risque sanitaire important pour les intéressés. Bien encadrer les établissements où l'on recourt à la procréation assistée répond également aux préoccupations morales du Parlement.

Avec les art. 5 à 7, les art. 8 à 13 constituent un régime d'interdiction valide qui est compatible avec les objectifs de la Loi dans son ensemble. Ils renferment des interdictions, appuyées de sanctions, et ils sont véritablement axés sur la réalisation d'objectifs légitimes du droit criminel. Certaines des interdictions qu'ils prévoient ont une incidence sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, mais cette incidence est accessoire à l'objet principal de la Loi relevant du droit criminel et elle est délimitée par cet objet. De plus, sous réserve des interdictions de la Loi, les provinces peuvent adopter des lois favorisant les pratiques bénéfiques dans le domaine de la procréation assistée.

Même s'ils ne constituent pas des règles de droit criminel par leur caractère véritable, les art. 14 à 68, qui ont trait à la mise en œuvre, à l'organisation et au contrôle

regime set up by ss. 5 to 13. Some of these ancillary provisions are criminal in nature and do not significantly intrude on provincial powers, such as the provisions for enforcement (ss. 45 to 59), promulgation of regulations (ss. 65 to 67), and imposition of penalties (ss. 60 and 61). The organizational provisions in ss. 20 to 39 are also essentially part of the criminal prohibitions in ss. 5 to 13. The information management provisions in ss. 14 to 19 and the administrative provisions in ss. 40 to 44 represent a minor incursion on provincial powers. They generally fall under the provincial powers over property and civil rights and matters of a merely local or private nature. However, since these are very broad heads of power, the intrusion is less serious. Moreover, the provisions do not purport to create a substantive right, but function merely to assist in enforcing the Act. Without the prohibition regime in ss. 5 to 13, they would serve no purpose. Furthermore, the provisions are designed to supplement, rather than exclude, provincial legislation. Finally, Parliament has a history of administering and enforcing statutes addressing issues of morality, health and security by way of licensing bodies. Since the ancillary provisions constitute a minor incursion on provincial jurisdiction, the rational and functional connection test should be applied to determine whether they are valid under the ancillary powers doctrine.

Sections 14 to 68 support the legislative scheme in a way that is rational in purpose and functional in effect. Sections 14 to 19 define standards of consent and privacy, charge the Agency with managing personal health information, and establish rules for the medical profession. These provisions harness the flow of information, first to deal appropriately with consent and related privacy issues, and second to facilitate compliance with the Act. Sections 40 to 44 relate to the issuance of licences for controlled activities, and are directly related to prohibiting harmful and immoral conduct while excepting beneficial activity. The provisions relating to inspection and enforcement found in ss. 45 to 59 are also part and parcel of the scheme prohibiting immoral and potentially harmful uses of human reproductive material. Sections 60 and 61, which provide penal sanctions, are necessary for criminal law provisions. Finally, s. 68 permits the Governor in Council to declare provisions of the Act inapplicable in a province where a provincial law contains similar provisions, pursuant to an agreement with that province. This provision recognizes the fact that assisted human reproduction is an area of

d'application, sont intégrés au régime d'interdiction que créent les art. 5 à 13. Certaines des dispositions accessoires sont foncièrement pénales et n'empiètent pas beaucoup sur les pouvoirs provinciaux, comme celles sur le contrôle d'application (art. 45 à 59), sur l'adoption de règlements (art. 65 à 67) et sur l'imposition de peines (art. 60 et 61). Les dispositions à vocation organisationnelle correspondant aux art. 20 à 39 font aussi essentiellement partie des interdictions de nature criminelle prévues aux art. 5 à 13. Les dispositions relatives à la gestion de l'information — les art. 14 à 19 — et celles de mise en œuvre — les art. 40 à 44 — constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale. Elles ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale ou privée. Cependant, s'agissant de chefs de compétence très étendus, l'empiètement est moins grave. Qui plus est, les dispositions ne créent pas de droit substantiel, mais contribuent seulement à l'application de la Loi. Sans le régime d'interdiction des art. 5 à 13, ces dispositions seraient sans objet. Aussi, elles visent à compléter le régime législatif, et non à écarter le droit provincial. Enfin, le Parlement a déjà, dans le passé, assuré au moyen d'organismes d'autorisation la mise en œuvre et le contrôle d'application de lois s'attaquant à la morale, à la santé et à la sécurité. Comme les dispositions accessoires constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale, il convient d'appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel pour déterminer si elles sont valides au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Les articles 14 à 68 appuient le régime législatif d'une manière rationnelle quant à l'objet et fonctionnelle quant à l'effet. Les articles 14 à 19 définissent les exigences applicables au consentement et à la protection des renseignements personnels, confient à l'Agence la gestion des renseignements personnels médicaux et assujettissent à des règles la profession médicale. Ces dispositions encadrent la communication de renseignements, d'abord pour régler convenablement la question du consentement et les questions connexes touchant à la protection des renseignements personnels, puis pour faciliter le respect de la Loi. Les articles 40 à 44 ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées, ce qui est directement lié au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Les dispositions relatives à l'inspection et au contrôle d'application se trouvent aux art. 45 à 59 de la Loi et font également partie du régime interdisant l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain. Les articles 60 et 61, qui prévoient des sanctions pénales, sont nécessaires à l'application de règles de droit criminel. Enfin, l'art. 68

overlapping jurisdiction, and allows provincial schemes to govern exclusively where provincial laws are equivalent to the federal scheme. The ancillary provisions are thus valid under the ancillary powers doctrine.

Per LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ.: Sections 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the Act exceed the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*. The provisions of the Act concerning controlled activities, namely those involving assistance for human reproduction and related research activities, do not fall under the criminal law power, but belong to the jurisdiction of the provinces over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature.

The first step of the constitutional analysis involves identifying the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. Those provisions must be considered separately before considering their connection with the other provisions of the Act, since the purposes and effects of a statute's many provisions can be different. It is also important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible, since a vague characterization could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine. If the pith and substance of the provisions falls within the jurisdiction of the other level of government, it is necessary first to assess the extent of the overflow in light of the purpose of the provisions and to weigh their effects. It must then be determined whether the provisions form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: functionality and necessity. The more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be. Care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis.

de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant un accord avec la province. Cette disposition reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent et elle permet qu'un régime provincial équivalent s'applique en lieu et place du régime fédéral. Les dispositions accessoires sont donc constitutionnelles au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

Les juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein : Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi excèdent la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les dispositions de la Loi qui concernent les activités réglementées, c'est-à-dire l'assistance à la procréation et les activités de recherche connexes, ne relèvent pas du droit criminel, mais plutôt de la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale.

La première étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. Celles-ci doivent être étudiées séparément, avant d'examiner le lien qu'elles entretiennent avec les autres dispositions de la Loi, car l'objet et l'effet des nombreuses dispositions d'une loi peuvent être différents. Il importe aussi de déterminer avec le plus de précision possible ce caractère véritable, car une formulation floue entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale. Si le caractère véritable des dispositions relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut d'abord évaluer l'étendue du débordement en fonction de l'objet des dispositions et mesurer les effets de celles-ci. Il faut ensuite vérifier si les dispositions s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions contestées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides. Cet examen doit permettre d'établir un rapport entre l'étendue du débordement de compétence et l'importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s'appliquent : fonctionnalité et nécessité. Plus les dispositions seront nécessaires à l'efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande. Le souci du maintien de l'équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l'analyse constitutionnelle.

In this case, the purpose and the effects of the impugned provisions relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance is the regulation of assisted human reproduction as a health service. In the Act, substantive and formal distinctions are drawn between prohibited activities and controlled activities. This dichotomy appears clearly from Parliament's statement of principles in s. 2 and from the titles used in the Act itself. Furthermore, whereas the category of controlled activities concerns services that are available to persons in need of assistance because of an inability to reproduce and that are used by professionals who provide the required help, the activities that are prohibited completely do not involve techniques used in assisted human reproduction. The impugned provisions do not have the same purpose as the unchallenged provisions. They were enacted to establish mandatory national standards for assisted human reproduction. As can be seen from the legislative history, this was how Parliament believed that the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general could be most effectively secured. When it decided to regulate what are called "controlled" activities, Parliament took into account the concerns expressed about the ethical and moral aspects and the safety of assisted reproductive activities. And in so doing it intended to implement a recommendation from the Baird Commission in order to ensure that Canadians could have access to assisted reproduction services. Regarding the activities that are prohibited completely, Parliament responded to what was presented to it as a consensus that they are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction.

A review of the effects of the provisions of the Act confirms that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Section 8 sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material, even though rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*. Similarly, s. 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas the *Code* provides that such contracts are null. Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 require researchers and physicians who engage in activities

En l'espèce, l'objet et les effets des dispositions contestées sont de réglementer un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable est la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. La Loi fait des distinctions matérielles et formelles entre les actes interdits et les activités réglementées. Cette dichotomie ressort de l'énoncé de principes du Parlement à l'art. 2 et des titres employés dans la loi elle-même. De plus, alors que les activités réglementées visent des services dont peuvent bénéficier les personnes qui ont besoin d'assistance en raison de leur incapacité à procréer et auxquels ont recours les professionnels qui fournissent l'aide requise, les actes interdits totalement ne sont pas des techniques utilisées pour la procréation assistée. L'objet des dispositions contestées n'est pas le même que celui des dispositions non contestées. Les dispositions contestées visent à établir des normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'historique législatif démontre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait le plus efficace pour garantir les avantages que présentent, pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans le domaine. En encadrant les activités dites réglementées, le Parlement a tenu compte des préoccupations éthiques, morales et de sécurité exprimées relativement à la procréation assistée et il a entendu donner suite à une recommandation de la Commission Baird afin que les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès à des services d'assistance à la procréation. Quant aux actes prohibés totalement, le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur leur caractère répréhensible. Les prohibitions visent ainsi à empêcher l'exécution d'actes et l'utilisation de techniques qui ne s'insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée.

L'examen des effets des dispositions de la Loi confirme que le régime contesté affecte sérieusement l'exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. L'article 8 prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l'usage du matériel reproductif humain alors que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*. De même, l'art. 12 autorise implicitement la conclusion d'un contrat de mère porteuse, alors que ce type de relation contractuelle est déclaré nul par le *Code*. Par ailleurs, les art. 10, 11 et 13,

related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency even though other Quebec legislation already requires them to obtain permits. Sections 14 to 19 establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities, but Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians, and the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations. Finally, the oversight by the Federal Agency under ss. 45 to 53 duplicates the oversight provided for in other Quebec statutes.

The impugned provisions, viewed from the perspective of their pith and substance, are not connected with the federal criminal law power. The criminal law power does not give Parliament an unconditional right to take action to protect morality, safety and public health. To be connected with this federal head of power, a law or a provision must (1) suppress an evil, (2) establish a prohibition and (3) accompany that prohibition with a penalty. It is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. That purpose must also involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest. The evil must be real and the apprehension of harm must be reasonable. This requirement constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law, and it applies with equal force where the legislative action is based on morality. Recourse to the criminal law power cannot be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. In the case at bar, although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established in the Act. Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. A review of all the work of the Baird Commission and the evidence confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm, but was instead intended to establish national standards for assisted human reproduction.

The impugned provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal law power. Their

ainsi que le par. 40(1) et l'art. 42 obligent les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale, alors que l'obligation d'obtenir un permis est déjà imposée par d'autres lois québécoises. Les articles 14 à 19 instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée, mais au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée, et la communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs québécois. Enfin, la surveillance exercée par l'Agence fédérale en vertu des art. 45 à 53 fait double emploi avec celle découlant de l'application d'autres lois québécoises.

Les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, ne se rattachent pas à la compétence fédérale sur le droit criminel. La compétence en droit criminel ne confère pas au Parlement un droit inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit (1) réprimer un mal, (2) énoncer une interdiction et (3) accompagner cette interdiction d'une sanction. Il n'est pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. Encore faut-il qu'il s'agisse de la répression d'un mal ou de la protection d'intérêts menacés. Le mal doit être réel et l'appréhension du préjudice doit être raisonnable. Cette exigence constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel, et elle se pose tout autant lorsque l'intervention législative est fondée sur la morale. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. En l'espèce, si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place par la Loi. Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et de la preuve confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice, mais visait plutôt à établir des normes nationales pour régir la procréation assistée.

Les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel. De fait, leur

pith and substance is connected with the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, property and civil rights, and matters of a merely local nature. The impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals, since Parliament has provided that the Act applies to all premises in which controlled activities are undertaken. Furthermore, the fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec* and other Quebec legislation is an important indication that in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

Given the extent of the overflow in this case, it cannot be found that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute. However, the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. As well, it is clear from the legislative history that the prohibitory provisions were in fact always considered to stand alone and that the regulation of certain activities did not depend on the prohibition of other activities. It must be inferred from this that in setting up the regulatory scheme, Parliament's intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

The provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose. They are invalid. Furthermore, the constitutional defects are not remedied by s. 68, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree, as the jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. Finally, if the principle of subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power.

Per Cromwell J.: The matter of the impugned provisions is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. The matter of the challenged provisions is best classified as relating to the establishment, maintenance and management of hospitals, property and civil rights in the province and matters of a merely local or private nature in the province. Sections 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5), and 44(2) and (3) exceed the legislative authority of the Parliament

caractère véritable se rattache à la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale. Les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux, car le Parlement a assujéti à la Loi tous les établissements où des activités réglementées sont exercées. De plus, le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec* et d'autres lois québécoises est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi. Or, le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. De plus, il ressort de l'historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives ont toujours été considérées comme autonomes et que la réglementation de certaines activités ne dépendait pas de l'interdiction d'actes distincts. Compte tenu de ceci, il y a lieu d'inférer que la mise en place du régime de réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

Les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant. Elles sont invalides. De plus, l'art. 68 qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus ne corrige pas les vices constitutionnels, car le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujéti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Enfin, si le principe de subsidiarité devait jouer en l'espèce, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel.

Le juge Cromwell : La matière dont relèvent les dispositions contestées correspond à la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Il convient de rattacher les dispositions contestées à l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. Les articles 10, 11, 13 et 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), ainsi que les par. 44(2) et (3) excèdent la compétence

of Canada under the *Constitution Act, 1867*. However, ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and fall within the traditional ambit of the federal criminal law power. Similarly, ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, and 44(1) and (4) set up the mechanisms to implement s. 12 and, to the extent that they relate to provisions of the Act which are constitutional, were properly enacted by Parliament. Sections 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power. The same is true for ss. 60 and 61, which create offences. Section 68 is also constitutional, although its operation will be limited to constitutional sections of the Act. Given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested, there is no constitutional objection to s. 19.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R.

législative du Parlement du Canada suivant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Toutefois, les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en droit criminel. De même, les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4) établissent les mécanismes de mise en œuvre de l'art. 12 et, dans la mesure où ils se rattachent à des dispositions constitutionnelles de la Loi, ils ont été valablement édictés par le Parlement. Les articles 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel. Il en est de même des art. 60 et 61, qui créent des infractions. L'article 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée, rien ne fait obstacle à la constitutionnalité de l'art. 19.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ross c. Régistrare des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Boggs c. La Reine*,

49; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497.

By LeBel and Deschamps JJ.

Referred to: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge v. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The*

[1981] 1 R.C.S. 49; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497.

Citée par les juges LeBel et Deschamps

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348; *Attorney-General of Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189; *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117; *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Toronto*

Combines and Fair Prices Act, 1919, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Workmen's Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

By Cromwell J.

Referred to: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, R.S.Q., c. A-5.01.
Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 9 et seq., 17 et seq., 79 et seq., 339 et seq., 413.2, 414, 437.
Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31.
Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2.
Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations, SOR/2007-137.
 Bill C-6, *An Act respecting assisted human reproduction and related research*, 3rd Sess., 37th Parl., 2004.
 Bill C-13, *An Act respecting assisted human reproduction*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.
 Bill C-47, *An Act respecting human reproductive technologies and commercial transactions relating to human reproduction*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996.
 Bill C-56, *An Act respecting assisted human reproduction*, 1st Sess., 37th Parl., 2001-2002.
 Bill C-247, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 36th Parl., 1997.

Star Newspapers Ltd. c. Canada, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Workmen's Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

Citée par le juge Cromwell

Arrêts mentionnés : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1.
Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 10 à 25, 541.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 52 à 56, 62, 156 [abr. L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9], 157 [abr. L.C. 1987, ch. 24, art. 4], 158 [idem], 207(1)a), 265.
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150, 237.
Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 207, 303, 306.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 207, 303, 306.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 179, 271, 272.
Code de déontologie des médecins, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 20, 21, 28, 29, 49.
Code des professions, L.R.Q., ch. C-26.
Loi canadienne sur la protection de l'environnement, L.R.C. 1985, ch. 16 (4^e suppl.), art. 34(6).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi médicale, L.R.Q., ch. M-9, art. 42.
Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2.
Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée, L.R.Q., ch. A-5.01.

Bill C-336, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 37th Parl., 2001.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1.
Canadian Environmental Protection Act, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), s. 34(6).
Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, arts. 10 to 25, 541.
Code of ethics of physicians, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1, ss. 20, 21, 28, 29, 49.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Court of Appeal Reference Act, R.S.Q., c. R-23.
Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 207, 303, 306.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 207, 303, 306.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 52 to 56, 62, 156 [rep. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9], 157 [rep. S.C. 1987, c. 24, s. 4], 158 [*idem*], 207(1)(a), 265.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 150, 237.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 179, 271, 272.
Medical Act, R.S.Q., c. M-9, s. 42.
Professional Code, R.S.Q., c. C-26.

Authors Cited

Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research: A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
 Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2004.
 Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
 Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. "Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada" (2007), 1 *M.H.L.P.* 83.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
 Campbell, Angela. "Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies" (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
 Canada. Discussion Group on Embryo Research. *Research on Human Embryos in Canada* (Final Report). Ottawa: 1995.
 Canada. Health Canada. News Release 1995-57. *Health Minister Calls for Moratorium on Applying Nine Reproductive Technologies and Practices in Humans*, July 27, 1995.

Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31.
Loi sur les renvois à la Cour d'appel, L.R.Q., ch. R-23.
Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 9 et suiv., 17 et suiv., 79 et suiv., 339 et suiv., 413.2, 414, 437.
 Projet de loi C-6, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3^e sess., 37^e lég., 2004.
 Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée*, 2^e sess., 37^e lég., 2002.
 Projet de loi C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2^e sess., 35^e lég., 1996.
 Projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001-2002.
 Projet de loi C-247, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1^{re} sess., 36^e lég., 1997.
 Projet de loi C-336, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001.
Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi), DORS/2007-137.

Doctrine citée

Baylis, Françoise. Expert Report. *The Regulation of Assisted Human Reproductive Technologies and Related Research : A Public Health, Safety and Morality Argument*. August 2006.
 Beaudoin, Gérald-A., en collaboration avec Pierre Thibault. *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés*, 3^e éd. Montréal : Wilson & Lafleur, 2004.
 Bissonnette, François. Rapport d'expertise. *La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux*. Avril 2006.
 Bordet, Sylvie, Sabrina Feldman and Bartha Maria Knoppers. « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83.
 Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.
 Campbell, Angela. « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies » (2002), 11 *Health L. Rev.* 26.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n^o 188, 1^{re} sess., 37^e lég., 21 mai 2002.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 137, n^o 192, 1^{re} sess., 37^e lég., 27 mai 2002.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n^o 047, 2^e sess., 37^e lég., 28 janvier 2003.

- Canada. Health Canada. *Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview*, May 2001.
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 016, 1st Sess., 37th Parl., May 17, 2001 (online: <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=E>).
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 188, 1st Sess., 37th Parl., May 21, 2002.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 137, No. 192, 1st Sess., 37th Parl., May 27, 2002.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 047, 2nd Sess., 37th Parl., January 28, 2003.
- Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, p. 4335.
- Canada. Royal Commission on New Reproductive Technologies. *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies*. Ottawa: Minister of Government Services Canada, 1993.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto: University of Toronto Press, 2006, 185.
- Great Britain. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1960.
- Healy, Patrick. "Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada" (1995), 40 *McGill L.J.* 905.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n° 072, 2^e sess., 37^e lég., 18 mars 2003, p. 4335.
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040776&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 2^e sess., 37^e lég., 9 décembre 2002 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=628385&Mode=1&Parl=37&Ses=2&Language=F>).
- Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 016, 1^{re} sess., 37^e lég., 17 mai 2001 (en ligne : <http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=1040839&Mode=1&Parl=37&Ses=1&Language=F>).
- Canada. Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction. *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction*. Ottawa : Ministre de Services gouvernementaux Canada, 1993.
- Canada. Groupe de discussion sur la recherche sur les embryons. *Recherche sur l'embryon humain au Canada* (Rapport final). Ottawa : 1995.
- Canada. Santé Canada. Communiqué 1995-57. *La ministre de la Santé annonce un moratoire sur neuf techniques et pratiques de reproduction*, 27 juillet 1995.
- Canada. Santé Canada. *Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu*, mai 2001.
- Côté-Harper, Gisèle, Pierre Rainville et Jean Turgeon. *Traité de droit pénal canadien*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.
- Gaudreault-DesBiens, Jean-François. « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », in Sujit Choudhry, Jean-François Gaudreault-DesBiens and Lorne Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation*. Toronto : University of Toronto Press, 2006, 185.
- Grande-Bretagne. Scottish Home Department. *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination*. London : Her Majesty's Stationery Office, 1960.
- Healy, Patrick. « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (loose-leaf updated 2009, release 1).

Lederman, W. R. “Mr. Justice Rand and Canada’s Federal Constitution” (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.

Mundell, D. W. “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915.

Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.

Sheldon, S., and S. Wilkinson. “Should selecting saviour siblings be banned?” (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.

Somerville, Margaret. “Reprogenetics: Unprecedented Challenges to Respect for Human Life” (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.

Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa: Université d’Ottawa, 1967.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Chamberland and Rayle JJ.A.), 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] R.J.Q. 1551, [2008] Q.J. No. 5489 (QL), 2008 CarswellQue 9848, in the matter of a reference concerning the question whether some sections of the *Assisted Human Reproduction Act* are *ultra vires* the Parliament of Canada. Appeal allowed in part.

René LeBlanc, Peter W. Hogg and Glenn Rivard, for the appellant.

Jocelyne Provost and Maude Randoïn, for the respondent.

Gaëtan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

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

Lillian Riczu and Randy Steele, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Written submissions only for the intervener Michael Awad.

Written submissions only by *William J. Sammon, Don Hutchinson and Faye Sonier*

Lederman, W. R. « Mr. Justice Rand and Canada’s Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31.

Mundell, D. W. « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915.

Nisker, Jeff. Expert Report. *Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act — Response to the Report by François Bissonnette MD FRCSC*. August 2006.

Sheldon, S., and S. Wilkinson. « Should selecting saviour siblings be banned? » (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533.

Somerville, Margaret. « Reprogenetics : Unprecedented Challenges to Respect for Human Life » (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1.

Tremblay, André. *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils*. Ottawa : Université d’Ottawa, 1967.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Gendreau, Chamberland et Rayle), 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551, 298 D.L.R. (4th) 712, [2008] J.Q. n° 5489 (QL), 2008 CarswellQue 5365, dans l’affaire du renvoi sur la question de savoir si certains articles de la *Loi sur la procréation assistée* excèdent la compétence du Parlement du Canada. Pourvoi accueilli en partie.

René LeBlanc, Peter W. Hogg et Glenn Rivard, pour l’appellant.

Jocelyne Provost et Maude Randoïn, pour l’intimé.

Gaëtan Migneault, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

Lillian Riczu et Randy Steele, pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

Argumentation écrite seulement pour l’intervenant Michael Awad.

Argumentation écrite seulement par *William J. Sammon, Don Hutchinson et Faye Sonier* pour

for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Binnie, Fish and Charron JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

[1] Every generation faces unique moral issues. And historically, every generation has turned to the criminal law to address them. Among the most important moral issues faced by this generation are questions arising from technologically assisted reproduction — the artificial creation of human life. Parliament has passed a law dealing with these issues under its criminal law power. The question on appeal is whether this law represents a proper exercise of Parliament's criminal law power. I conclude that it does.

[2] Since time immemorial, human beings have been conceived naturally. Human beings have sought to enhance this process, to be sure; fertility rites, prayers and various medical and quasi-medical prescriptives to enhance fertility are part of human history. Human beings have also sought to constrain the process, through rules governing sexual conduct and marriage. These rules are deeply embedded in morality, which speaks to our conception of how human beings should behave for their own good and the greater good of society. Through morality, often abetted by the criminal law, society has traditionally found collective answers to reproductive issues. Yet, until recently, the fundamental processes by which new human beings were conceived remained largely beyond technological manipulation.

[3] This changed in the latter part of the 20th century, with the development of technology that

les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et l'Alliance évangélique du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, Fish et Charron rendus par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

[1] Chaque génération est aux prises avec des problèmes moraux particuliers et elle s'en remet traditionnellement au droit criminel pour trouver des solutions. Parmi les principaux problèmes éthiques auxquels se confronte la génération actuelle, il y a ceux liés à la procréation médicalement assistée — la création artificielle de la vie humaine. Dans l'exercice de sa compétence en droit criminel, le Parlement a adopté une loi pour y parer. Dans le présent pourvoi, notre Cour doit déterminer s'il s'agit d'un exercice légitime du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Je conclus que c'est le cas.

[2] Depuis des temps immémoriaux, les êtres humains sont conçus de façon naturelle. L'être humain a toujours cherché à optimiser la procréation; rites de fertilité, prières et diverses thérapeutiques médicales ou quasi médicales visant à accroître la fécondité s'inscrivent dans l'aventure humaine. Il a également tenté de contenir la procréation au moyen de règles régissant le comportement sexuel et le mariage. Ces règles sont profondément ancrées dans notre morale, c'est-à-dire dans notre conception du comportement qui devrait être celui de l'être humain pour son propre bien et celui de la société en général. C'est dans le sens moral, souvent soutenu par le droit criminel, que la société a traditionnellement trouvé des réponses collectives aux problèmes liés à la procréation. Or, jusqu'à tout récemment, les processus fondamentaux de la conception échappaient en grande partie à la technologie et aux manipulations qu'elle permet.

[3] La situation a changé à la fin du XX^e siècle grâce à la mise au point de techniques permettant

allowed ova and sperm to be captured and united to form a zygote outside the human body. Refining the process even further, scientists found ways to disassemble and recombine genetic material within the ovum. Implantation techniques allowed couples and surrogate mothers to carry pregnancies created in a petri dish to term. At the far end of the spectrum lay the possibility of combining animal and human forms or reproducing an individual through cloning.

[4] These new techniques raise important moral, religious and juridical questions. The new questions do not fit neatly within the traditional legal frameworks that have developed in a world of natural conception. These challenges have opened a dialogue between ethicists, religious leaders and the public. Different people have taken different moral views on the issues. Fears have been expressed as to the possibility that some may abuse the new techniques in ways that might damage individuals — both existing and yet to be conceived — and ultimately society. Traditional criminal law imposed no obvious restraints and offered no clear answers to these questions.

[5] It was against this background that Parliament decided to act. It did not act precipitously. Rather, it established the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to study the matter and make recommendations. The Baird Commission expressed concern about certain practices in the field of new reproductive technologies and pressed the government to pass legislation to limit their use: see *Proceed with Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (1993) (the “Baird Report”).

[6] Between 1993 and 1995, the federal government consulted with the provinces, the territories and independent groups, including researchers, men and women dealing with infertility problems, persons with disabilities, religious denominations

de prélever ovules et spermatozoïdes et de les unir pour créer un zygote à l'extérieur du corps humain. En affinant davantage le procédé, les scientifiques ont découvert des moyens de séparer les gènes et de les recombinaer dans l'ovule. Des techniques d'implantation ont permis à des mères biologiques et à des mères porteuses de mener à terme des grossesses créées dans des boîtes de Pétri. Poussées à l'extrême, les techniques pourraient rendre possible la combinaison de matériel génétique animal et de matériel génétique humain ou la reproduction d'un individu par clonage.

[4] Ces nouvelles techniques soulèvent d'importantes questions morales, religieuses et juridiques qui s'inscrivent mal dans les cadres juridiques traditionnels établis en fonction d'une procréation naturelle. Éthiciens, chefs religieux et citoyens ont engagé un dialogue. Chacun a défendu un point de vue moral différent. Certains ont dit craindre que l'on abuse de ces nouvelles techniques de manière préjudiciable aux personnes — vivantes ou non encore conçues — et, au bout du compte, à la société. Le droit criminel traditionnel n'imposait aucune limite discernable et n'apportait aucune solution claire.

[5] C'est dans ce contexte que le Parlement a décidé d'agir, mais non de manière précipitée. Il a donc mis sur pied la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») en lui confiant le mandat d'étudier le sujet et de formuler des recommandations. La Commission Baird a exprimé des inquiétudes au sujet de certaines pratiques dans le domaine des nouvelles techniques de procréation et elle a pressé le gouvernement d'adopter une loi pour limiter le recours à ces pratiques : voir *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (1993) (le « Rapport Baird »).

[6] Entre 1993 et 1995, le gouvernement fédéral a consulté les provinces, les territoires et des groupes indépendants, y compris des chercheurs, des hommes et des femmes aux prises avec l'infertilité, des personnes handicapées, des religieux de

and physicians. It also asked a group of experts in philosophy, sociology, anthropology, medicine and law for their advice on the issue of human embryo research. The result of these consultations was the ultimate passage of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 (also referred to as the “Act”), enacted in March 2004, as an exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

[7] The Act contains a prohibition regime, supported by provisions designed to administer and enforce its prohibitions. The Attorney General of Quebec accepted that some of the prohibitions were valid criminal law, but challenged the constitutionality of the balance of the Act in a reference to the Quebec Court of Appeal. According to the Attorney General of Quebec, ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 were attempts to regulate the whole sector of medical practice and research related to assisted reproduction, including the doctors and hospitals involved. In June 2009, Quebec passed its own law on the subject, entitled the *Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation*, R.S.Q., c. A-5.01.

[8] On June 19, 2008, the Quebec Court of Appeal accepted the argument of the Attorney General of Quebec that the impugned sections were not valid criminal law: 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712. The Court of Appeal held that their real character — their pith and substance — was the regulation of medical practice and research in relation to assisted reproduction. Parliament’s purpose, it concluded, was not only to prohibit wrongful acts, but also to assure that desirable aspects of assisted reproduction were encouraged and correctly regulated. The provisions were thus declared unconstitutional.

[9] The Attorney General of Canada now appeals to this Court.

[10] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. conclude that the impugned sections of the Act, in

différentes confessions et des médecins. Il a aussi demandé à un groupe de personnes versées en philosophie, en sociologie, en anthropologie, en médecine et en droit de le conseiller sur les recherches menées à partir d’embryons humains. Ces consultations ont finalement amené le Parlement à adopter la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2 (ou la « Loi »), en mars 2004, dans l’exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[7] Aux interdictions prévues par la Loi s’ajoutent des dispositions visant leur mise en œuvre et leur contrôle d’application. Même s’il reconnaissait que certaines des interdictions relevaient bien du droit criminel, le procureur général du Québec a contesté la constitutionnalité des autres dispositions de la Loi dans un renvoi adressé à la Cour d’appel du Québec. À son avis, les art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 visaient à réglementer tout le domaine de la pratique médicale et de la recherche liées à la procréation assistée, y compris les médecins et les hôpitaux en cause. En juin 2009, le Québec a adopté sa propre loi en la matière, la *Loi sur les activités cliniques et de recherche en matière de procréation assistée*, L.R.Q., ch. A-5.01.

[8] Le 19 juin 2008, la Cour d’appel du Québec a fait droit à la prétention du procureur général du Québec en concluant que les articles contestés ne constituaient pas des règles de droit criminel valides : 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551. Elle a statué que leur caractère véritable résidait dans la réglementation de la pratique médicale et de la recherche relatives à la procréation assistée. Selon elle, l’objectif du Parlement n’était pas seulement d’interdire des actes répréhensibles, mais aussi de faire en sorte que les aspects souhaitables de la procréation assistée soient encouragés et bien encadrés. Les dispositions ont donc été déclarées inconstitutionnelles.

[9] Le procureur général du Canada se pourvoit aujourd’hui devant notre Cour.

[10] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps arrivent à la conclusion que les dispositions

pith and substance, constitute an attempt to regulate hospitals and medical research, and thus are *ultra vires* the federal Parliament. I respectfully disagree. The prohibitions in ss. 5 to 7 are conceded to be valid criminal legislation. In my view, the remaining prohibitions in ss. 8 to 13 are also valid criminal law. Although some of these prohibitions impact on the regulation of medical research and practice, all matters within provincial jurisdiction, the impact is incidental to the legislation's dominant criminal law purpose and limited to those ends. Finally, while not criminal law in pith and substance, the administrative, organizational, and enforcement provisions in ss. 14 to 68 are integrated into this prohibition regime, and hence they are valid under the ancillary powers doctrine. I would therefore allow the appeal.

II. The Legislation

[11] The prohibitions are of two types. Sections 5 to 9 are cast in absolute terms. In those sections, the Act prohibits:

- (a) human cloning (s. 5(1)(a)) and the use, manipulation and transplantation of reproductive material of a non-human life form, chimera or hybrid, in order to create a human being (s. 5(1)(g) to (j));
- (b) the creation of an *in vitro* embryo for any purpose other than creating a human being or improving or providing instruction in assisted reproduction procedures (s. 5(1)(b));
- (c) the creation of an embryo from a cell taken from an embryo or foetus (s. 5(1)(c)) or the maintenance of such an embryo outside of the body after the fourteenth day of its development (s. 5(1)(d));
- (d) the determination of an embryo's sex for non-medical reasons (s. 5(1)(e));
- (e) the alteration of the genome of an *in vitro* embryo or cell of a human being such that the

contestées de la Loi, par leur caractère véritable, visent à réglementer les hôpitaux et la recherche médicale et sont donc *ultra vires* du Parlement fédéral. En toute déférence, je ne suis pas d'accord. On reconnaît que les interdictions prévues aux art. 5 à 7 relèvent du droit criminel. À mon sens, les autres interdictions faites aux art. 8 à 13 ressortissent aussi au droit pénal. Certaines d'entre elles ont une incidence sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, des sujets de compétence provinciale, mais cette incidence est accessoire à l'objet principal de droit criminel de la Loi et délimitée par cet objet. Enfin, même si elles ne constituent pas des règles de droit criminel par leur caractère véritable, les dispositions de mise en œuvre, d'organisation et de contrôle d'application (art. 14 à 68) sont intégrées au régime d'interdiction et sont de ce fait valides suivant la doctrine des pouvoirs accessoires. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les dispositions législatives

[11] Les interdictions appartiennent à deux catégories. Celles que prévoient les art. 5 à 9 de la Loi sont de nature absolue et frappent :

- a) le clonage humain (al. 5(1)a) et l'utilisation, la manipulation et la transplantation de matériel reproductif d'une autre forme de vie, d'une chimère ou d'un hybride en vue de créer un être humain (al. 5(1)g à j));
- b) la création d'un embryon *in vitro* à une autre fin que la création d'un être humain ou que l'apprentissage ou l'amélioration des techniques de procréation assistée (al. 5(1)b));
- c) la création d'un embryon à partir d'une cellule prélevée sur un embryon ou un foetus (al. 5(1)c)) ou la conservation d'un tel embryon en dehors du corps humain après le quatorzième jour de développement (al. 5(1)d));
- d) l'identification du sexe d'un embryon à des fins non médicales (al. 5(1)e));
- e) la modification du génome d'un embryon *in vitro* ou d'une cellule d'un être humain de

alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f));

- (f) the commercialization of the reproductive functions of women and men, particularly the payment of consideration to surrogate mothers (s. 6) and the purchase and sale of *in vitro* embryos or the purchase of human reproductive material (s. 7);
- (g) any use of *in vitro* embryos unless the donor has given written consent, as well as the use and posthumous removal of human reproductive material unless the donor has given written consent, when the purpose of the use or removal is the creation of an embryo (s. 8); and
- (h) the removal or use of sperm or ova from a donor under 18 years of age, except for the purpose of preserving the sperm or ova or for the purpose of creating a human being where it is reasonable to believe that the human being will be raised by the donor (s. 9).

[12] Other prohibitions, referred to in the Act as “controlled activities”, are found in ss. 10 to 13. These sections prohibit various activities, unless they are carried out in accordance with regulations made under the Act, under licence, and in licensed premises. The activities in question involve:

- (a) altering, manipulating, treating, obtaining, storing, transferring, destroying, importing and exporting human reproductive material or *in vitro* embryos for certain purposes (s. 10);
- (b) combining any part of the human genome with any part of the genome of another species (s. 11);
- (c) reimbursing a donor for an expenditure incurred in the course of donating sperm or ova and a surrogate mother for an expenditure incurred by her in relation to her surrogacy (s. 12);
- (d) undertaking a controlled activity in an unlicensed facility (s. 13).

manière à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)f));

- f) la commercialisation des fonctions de reproduction des femmes et des hommes, en particulier la rétribution d’une mère porteuse (art. 6) et l’achat et la vente d’embryons *in vitro* ou l’achat de matériel reproductif humain (art. 7);
- g) l’utilisation d’un embryon *in vitro* sans le consentement écrit du donneur, ainsi que l’utilisation et le prélèvement posthume de matériel reproductif humain sans le consentement écrit du donneur, dans le but de créer un embryon (art. 8);
- h) le prélèvement ou l’utilisation d’un spermatozoïde ou d’un ovule d’une personne de moins de 18 ans, sauf pour le conserver ou pour créer un être humain dont il y a lieu de croire qu’il sera élevé par cette personne (art. 9).

[12] D’autres interdictions se trouvent aux art. 10 à 13 (les « activités réglementées »). Elles empêchent diverses activités, sauf conformité aux règlements pris en vertu de la Loi, obtention d’une autorisation et déroulement dans un établissement autorisé. Voici quelles sont ces activités :

- a) modifier, manipuler, traiter, obtenir, conserver, céder, éliminer, importer ou exporter du matériel reproductif humain ou un embryon *in vitro* dans certains buts (art. 10);
- b) combiner une partie du génome humain avec une partie du génome d’une autre espèce (art. 11);
- c) rembourser les frais supportés par un donneur pour le don d’un ovule ou d’un spermatozoïde et ceux supportés par une mère porteuse pour agir à ce titre (art. 12);
- d) se livrer à une activité réglementée dans un établissement non autorisé (art. 13).

[13] The prohibition regime is followed by provisions that do not in themselves purport to create criminal offences, but are directed to administering and enforcing the primary criminal law prohibitions. These include a mechanism for gathering and storing information related to assisted reproduction procedures, the establishment of an administrative agency (the Assisted Human Reproduction Agency of Canada (“Agency”)), the power of the Governor in Council to make regulations respecting the Act (s. 65), and the power of the Governor in Council to exempt the operation of certain provisions if there are equivalent provincial laws in force that cover the field (s. 68).

[14] Only the validity of certain sections of the Act is at issue in this appeal. With the exception of the regulations under s. 8, no regulations have yet been promulgated.

III. The Issues

[15] The Attorney General of Quebec concedes that the absolute prohibitions found in ss. 5 to 7 are valid criminal law. This leaves the following issues:

- (1) The validity of the legislative scheme as a whole
- (2) The validity of the “controlled activities” prohibitions
- (3) The validity of the administrative provisions under the ancillary powers doctrine

IV. Analysis

A. *The Validity of the Legislative Scheme as a Whole*

[16] Since the Attorney General of Quebec is challenging individual provisions of the federal scheme, this Court must examine the whole scheme and the impugned provisions separately (*General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 666). Ordinarily, this

[13] Le régime d’interdiction est suivi de dispositions qui ne créent pas elles-mêmes d’infractions criminelles, mais qui portent sur la mise en œuvre et le contrôle d’application des interdictions fondamentales relevant du droit criminel. Entre autres choses, ces dispositions prévoient un système de collecte et de conservation de renseignements sur le recours aux techniques de procréation assistée, elles constituent un organisme administratif — l’Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (« Agence ») —, et elles confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements (art. 65) et d’écarter l’application de certaines dispositions de la Loi lorsqu’une loi provinciale équivalente s’applique déjà (art. 68).

[14] Seule la validité de certaines dispositions de la Loi fait l’objet du litige en l’espèce. À l’exception de celui pris en vertu de l’art. 8, aucun règlement n’a encore été adopté.

III. Les questions en litige

[15] Le procureur général du Québec reconnaît que les interdictions absolues énoncées aux art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides. Reste donc à se prononcer sur les questions suivantes :

- (1) la validité du régime législatif dans son ensemble,
- (2) la validité des interdictions relatives à des « activités réglementées » et
- (3) la validité des dispositions de mise en œuvre au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires.

IV. L’analyse

A. *La validité du régime législatif dans son ensemble*

[16] Puisque le procureur général du Québec attaque certaines dispositions du régime fédéral, notre Cour doit considérer séparément le régime dans son ensemble et chacune des dispositions contestées (*General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 666).

Court would begin by examining the impugned provisions in order to determine if and to what extent they intrude on the provincial sphere of competence: see *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at para. 21; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at para. 58. The advantage of this order of analysis is that if the impugned provisions are not found to intrude at all, “then the investigation need go no further” (*General Motors*, at p. 667). While courts may nonetheless examine the whole scheme in such cases, we have tended to end the analysis if the individual provisions are not found to be problematic: see *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569.

[17] However, in the case at bar it is necessary to examine the whole scheme first before we can make sense of the challenged provisions. This Court has often underlined that the impugned provisions must be considered in their proper context (see, e.g., *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at paras. 17-35). In this case, the Attorney General of Quebec is challenging the bulk of the *Assisted Human Reproduction Act*. While it concedes that ss. 5 to 7 of the Act are valid, it challenges almost all the remaining operative provisions. Under these circumstances, it is impossible to meaningfully consider the provisions at issue without first considering the nature of the whole scheme.

[18] Therefore, the first question is whether the matter of the statutory scheme, viewed as a whole, is a valid exercise of federal power. The second question is whether its individual provisions are also valid. If the scheme as a whole is valid, but some of its provisions invalid, the invalid provisions are severed, leaving the remaining provisions intact. As Dickson J. (as he then was) explained in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270, “[i]t is obvious at the outset that a constitutionally

Habituellement, elle examine d’abord les dispositions visées afin de déterminer si — et le cas échéant, dans quelle mesure — elles empiètent sur le domaine de compétence provinciale : voir *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 21; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 58. Une telle démarche présente un avantage, car lorsqu’il appert que les dispositions contestées n’empiètent pas sur la compétence en cause, « il n’est alors plus nécessaire de poursuivre l’analyse » (*General Motors*, p. 667). Le tribunal peut néanmoins décider d’aller de l’avant et d’examiner le régime dans son ensemble, mais notre Cour est plutôt encline à mettre fin à l’entreprise lorsqu’elle estime que les dispositions individuelles ne posent pas problème : voir *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569.

[17] Or, en l’espèce, il faut d’abord se pencher sur le régime global pour circonscrire la portée des dispositions contestées. Notre Cour insiste souvent sur la nécessité de considérer ces dispositions dans leur contexte (voir, p. ex., *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 17-35). Dans la présente affaire, le procureur général du Québec conteste la majeure partie de la *Loi sur la procréation assistée*. Il reconnaît la validité des art. 5 à 7, mais il conteste celle de presque toutes les autres dispositions essentielles. Il est dès lors impossible d’analyser convenablement les dispositions en cause sans d’abord considérer la nature du régime dans son ensemble.

[18] La première question à trancher est donc celle de savoir si le régime législatif résulte d’un exercice légitime du pouvoir fédéral. En deuxième lieu se pose la question de la validité des dispositions individuelles. Lorsque le régime est globalement valide, mais que certaines de ses dispositions ne le sont pas, celles-ci en sont retranchées et les autres demeurent applicables. Comme l’explique le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l’arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206,

invalid provision will not be saved by being put into an otherwise valid statute”. Severance may not be possible if bad provisions are so inextricably bound up with good provisions that the legislature would not have enacted one without the other: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (P.C.), at p. 518.

(1) Characterizing the Legislative Scheme

[19] There are two steps to determining whether a law is valid: characterization and classification. First the dominant “matter” or “pith and substance” of the law must be determined: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 25. Once the “matter” is thus characterized, the second step is to determine if it falls under a head of power assigned to the enacting body: *Kitkatla Band*, at para. 52. In this case, the enacting body is federal, and the Attorney General of Canada has decided to limit his arguments on the validity of the Act to a single head of jurisdiction: the criminal law power in s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. If the scheme, properly characterized, falls within that power, it is valid, subject to a closer look at particular provisions. If not, it is invalid. See *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at p. 450; *Kitkatla Band*.

[20] The parties disagree on the proper characterization of the *Assisted Human Reproduction Act*. The Attorney General of Canada says that the dominant purpose and effect of the legislative scheme is to prohibit practices that would undercut moral values, produce public health evils, and threaten the security of donors, donees, and persons conceived by assisted reproduction. The Attorney General of Quebec, focussing mainly on the effects of the Act, says that its dominant characteristic is the regulation of reproductive medicine and research. These different characterizations of the scheme lead to different results at the second

à la p. 270, « [i]l est évident au départ qu’une disposition inconstitutionnelle ne sera pas sauvée par son insertion dans une loi par ailleurs valide ». Le retranchement peut être impossible lorsque les dispositions invalides sont si inextricablement liées aux dispositions valides que le législateur n’aurait pu adopter les unes sans les autres : *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503 (C.P.), p. 518.

(1) Déterminer le caractère du régime législatif

[19] Deux étapes doivent être franchies pour déterminer si une loi est valide : la détermination du caractère et la classification. Premièrement, l’« objet » principal de la loi ou son « caractère véritable » doit être circonscrit : *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 25. Une fois le caractère de l’« objet » ainsi déterminé, la deuxième étape consiste à examiner s’il relève de l’un des chefs de compétence de l’autorité législative : *Bande Kitkatla*, par. 52. Dans la présente affaire, l’autorité législative est fédérale, et le procureur général du Canada a choisi de faire reposer sa thèse de la validité de la Loi sur un seul chef de compétence, celui du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel prévu au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Si le régime, dont le caractère est correctement déterminé, ressortit à ce pouvoir, il est valide, sous réserve de l’examen attentif de ses dispositions particulières. Sinon, il est invalide. Voir *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 450; *Bande Kitkatla*.

[20] Les parties déterminent différemment le caractère de la *Loi sur la procréation assistée*. Pour le procureur général du Canada, l’objet et effet principal du régime législatif est l’interdiction de pratiques qui sont de nature à saper des valeurs morales, à créer des maux pour la santé publique et à compromettre la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes conçues grâce à la procréation assistée. S’attachant surtout aux effets de la Loi, le procureur général du Québec prétend que sa caractéristique principale est la réglementation de la médecine et de la recherche dans le domaine de la procréation. Ces déterminations différentes

step. The Attorney General of Canada says the law is valid federal legislation under the criminal law power, while the Attorney General of Quebec says it is an illegal scheme to regulate health concerns that fall under provincial powers.

[21] The issue is as follows: Is the *Assisted Human Reproduction Act* properly characterized as legislation to curtail practices that may contravene morality, create public health evils or put the security of individuals at risk, as the Attorney General of Canada contends? Or should it be characterized as legislation to promote positive medical practices associated with assisted reproduction, as the Attorney General of Quebec contends? In pith and substance, what is this legislation about? Controlling and curtailing the negative impacts associated with artificial human reproduction? Or establishing salutary rules to govern the practice of medicine and research in this emerging field?

[22] To determine which characterization is correct, one must consider the purpose and effect of the legislative scheme. One must ask, “[w]hat in fact does the law do and why?”: D. W. Mundell, “Tests for Validity of Legislation under the British North America Act: A Reply to Professor Laskin” (1955), 33 *Can. Bar Rev.* 915, at p. 928.

[23] I turn first to purpose. The Attorney General of Canada, as stated, says that the purpose of the Act is to prohibit improper practices associated with assisted reproduction — practices that may undermine fundamental moral precepts, lead to public health evils and threaten the security of individuals. By contrast, the Attorney General of Quebec argues that the purpose of the Act is to legislate on health, a matter generally within provincial jurisdiction. The question at this point is therefore whether the dominant purpose of the Act is to prohibit reprehensible conduct, as the Attorney General of Canada alleges, or to regulate health, as the Attorney General of Quebec alleges.

du caractère du régime mènent à des résultats distincts à la seconde étape. Le procureur général du Canada soutient que la Loi est valide du fait de la compétence fédérale en droit criminel, alors que le procureur général du Québec fait valoir qu’il s’agit d’un régime illégal dont l’objet est la réglementation de questions sanitaires qui relèvent des pouvoirs provinciaux.

[21] La question en litige est la suivante. Peut-on à juste titre prétendre, comme le procureur général du Canada, que la *Loi sur la procréation assistée* réprime des pratiques susceptibles de contrevenir à la morale, de créer des maux pour la santé publique ou de compromettre la sécurité de personnes? S’agit-il plutôt, comme le soutient le procureur général du Québec, d’une loi visant à promouvoir des pratiques médicales bénéfiques associées à la procréation assistée? Quel est donc le caractère véritable de cette loi? Réglementer et limiter les effets négatifs de la procréation humaine artificielle ou bien établir des règles judicieuses pour régir l’exercice de la médecine et la recherche dans ce domaine nouveau?

[22] Trancher sur le véritable caractère du régime législatif exige que l’on considère l’objet et l’effet de ce dernier. Il faut se demander ce [TRADUCTION] « [q]u’accomplit en fait la loi et dans quel dessein? » (D. W. Mundell, « Tests for Validity of Legislation under the British North America Act : A Reply to Professor Laskin » (1955), 33 *R. du B. can.* 915, p. 928).

[23] Je me penche d’abord sur l’objet. Rappelons que le procureur général du Canada soutient que celui de la Loi est d’interdire les pratiques inopportunes liées à la procréation assistée — des pratiques susceptibles de saper les préceptes moraux fondamentaux, de créer des maux pour la santé publique et de compromettre la sécurité des personnes. Le procureur général du Québec prétend au contraire que la Loi a pour objet de légiférer sur la santé, un domaine qui relève généralement des provinces. Dès lors, la question est celle de savoir si l’objet principal de la Loi est d’interdire une activité répréhensible, comme le soutient le procureur général du Canada, ou de réglementer la santé, suivant la thèse du procureur général du Québec.

[24] The text of the Act suggests that its dominant purpose is to prohibit inappropriate practices, rather than to promote beneficial ones. It is true that the Act establishes a scheme to control assisted reproduction on a national level, and this initiative necessarily touches on provincial jurisdiction over medical research and practice. However, the dominant thrust of the Act is prohibitory, and the aspects that concern the provision of health services do not rise to the level of pith and substance. As s. 2 of the Act explains, the purpose of the Act is to *safeguard against* practices that may offend fundamental values and rights and harm human health, safety and dignity. The emphasis is on *preventing* practices that offend these values and produce this harm.

[25] The Act accomplishes its purpose of prohibiting reprehensible conduct by imposing sanctions. The Act is essentially a series of prohibitions, followed by a set of subsidiary provisions for their administration.

[26] The Attorney General of Quebec concedes that the prohibitions in ss. 5 to 7 of the Act are valid criminal law. In my view, the prohibitions in ss. 8 to 13 advance the same criminal law purpose. Sections 8 to 13, viewed in context, are not aimed at promoting the beneficial aspects of assisted reproduction. While they distinguish the beneficial from the reprehensible, it is only for the purpose of carving out the latter. In this sense, the prohibitions in ss. 5 to 13 all advance a common purpose, but do so in a manner tailored to the conduct that they address. Conduct that is always reprehensible is prohibited absolutely (ss. 5 to 9). Conduct that is reprehensible in particular situations is prohibited selectively; thus, ss. 10 to 13 prohibit only the harmful aspects of the conduct at issue. In other words, they prohibit conduct, subject to exceptions for practices that Parliament does not consider to be harmful. These prohibitions do not prevent the provinces from enacting legislation promoting beneficial practices in the field of assisted reproduction. Subject to the Act's prohibitions, the provinces are free to regulate these practices. The scheme of the Act is to carve out from the broader field of

[24] Le texte de la Loi donne à penser que son principal objet est d'interdire les pratiques inopportunes, et non de promouvoir les bénéfiques. Certes, la Loi établit un régime qui régleme la procréation assistée à l'échelon national, ce qui touche nécessairement la compétence provinciale sur la recherche et la pratique médicales. Or, la Loi est essentiellement axée sur l'interdiction, et les volets relatifs à la prestation de services de santé ne définissent pas son caractère véritable. Le législateur explique à l'art. 2 que la Loi vise la *protection contre* les pratiques susceptibles de porter atteinte aux valeurs et aux droits fondamentaux et d'être préjudiciables à la santé, à la sécurité et à la dignité humaines. L'accent est mis sur la *prévention* des pratiques qui sont contraires à ces valeurs et qui créent ce préjudice.

[25] La Loi réalise son objectif d'interdire l'activité répréhensible par l'imposition de sanctions. Essentiellement constituée d'une série d'interdictions, elle est suivie d'un ensemble de dispositions accessoires vouées à la mise en œuvre de celles-ci.

[26] Le procureur général du Québec reconnaît que les interdictions prévues aux art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides. J'estime que les interdictions énoncées aux art. 8 à 13 promeuvent le même objectif de droit criminel. Considérés dans ce contexte, les art. 8 à 13 ne visent pas à promouvoir les aspects bénéfiques de la procréation assistée. Ils distinguent les actes bénéfiques des actes répréhensibles, mais à la seule fin de circonscrire les seconds. En ce sens, les interdictions que prévoient les art. 5 à 13 concourent toutes à la réalisation d'un même objectif, mais de manière adaptée à chacun des actes visés. L'interdiction absolue frappe l'acte qui est toujours répréhensible (art. 5 à 9). L'interdiction sélective touche l'acte qui se révèle répréhensible dans certaines situations; les art. 10 à 13 interdisent donc seulement les facettes préjudiciables d'un tel acte. En d'autres termes, ils interdisent des actes sous réserve d'exceptions que prévoit le Parlement pour des pratiques qu'il ne juge pas préjudiciables. Ces interdictions n'empêchent pas les provinces d'adopter des lois favorisant les pratiques bénéfiques dans le domaine de la procréation assistée. Les provinces peuvent, sous

assisted reproduction conduct that Parliament considers criminal. These prohibitions give the Act its content and define its purpose.

[27] In support of the Attorney General of Quebec's position that the Act should be characterized as health legislation, LeBel and Deschamps JJ. argue that the Act has a two-fold purpose: (1) the prohibition of reprehensible practices; and (2) the promotion of beneficial practices. Criminal law, they argue, is concerned with prohibiting undesirable conduct, and cannot extend to promoting the beneficial aspects of assisted reproduction. In their view, Parliament's desire to promote beneficial practices proves that the Act is intended to create a national scheme for the regulation of assisted reproductive technologies.

[28] My colleagues rely on the Baird Report as proof of Parliament's intention to impose national medical standards under the guise of criminal law, e.g., at para. 206:

It is clear that the Baird Commission wanted certain activities to be denounced and prohibited because, in its view, there was a consensus that they were reprehensible. But the Commission also wanted assisted human reproduction and related research activities to be regulated for the purpose of establishing uniform standards that would apply across Canada. Thus, it can be seen that the distinction drawn in the [Act] between prohibited activities and controlled activities corresponds to the two distinct categories of activities for which the Baird Commission recommended two distinct approaches with different purposes. [Emphasis added.]

Prohibition, the argument continues, may be the proper domain of the criminal law, but the promotion of beneficial health practices is the domain of the provinces. The Act impermissibly gathers both purposes under the broad umbrella of the criminal law. On the argument advanced by my colleagues, it follows that large parts of the Act are invalid.

[29] The first response to this argument is to note that it treats the Baird Report as proof of the purpose behind the *Assisted Human Reproduction*

réserve des interdictions prévues par la Loi, réglementer ces pratiques à leur gré. Le régime de la Loi soustrait au domaine général de la procréation assistée le comportement que le Parlement juge criminel. Les interdictions confèrent à la Loi sa teneur et elles définissent son objet.

[27] À l'appui de la thèse du Québec selon laquelle la Loi doit être considérée comme une loi sur la santé, les juges LeBel et Deschamps font valoir que la Loi comporte deux volets : (1) l'interdiction d'actes répréhensibles et (2) la promotion d'actes bénéfiques. Selon eux, le droit criminel s'attache à interdire les actes néfastes et ne saurait englober la promotion des aspects bénéfiques de la procréation assistée. À leur avis, la volonté du Parlement de favoriser des pratiques bénéfiques montre bien que la Loi vise la création d'un régime national de réglementation des techniques de procréation assistée.

[28] Mes collègues voient dans le Rapport Baird la preuve de l'intention du Parlement d'établir des normes médicales nationales sous couvert de légiférer en droit criminel (p. ex., au par. 206) :

Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la [Loi] entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents. [Je souligne.]

Ils ajoutent que l'interdiction relève certes du droit criminel, mais que la promotion de pratiques médicales bénéfiques ressortit aux provinces. La Loi réunit indûment les deux objets au sein de la vaste sphère du droit criminel. Suivant leur thèse, de grands pans de la Loi sont de ce fait invalides.

[29] Je remarque en premier lieu que mes collègues voient dans le rapport Baird la preuve de l'intention qui sous-tend la *Loi sur la procréation*

Act. But that is to ignore what the Baird Report was about. The Baird Commission was writing a policy analysis (not a constitutional law paper) on a subject thought to raise serious issues of morality. Its enquiry into moral issues surrounding assisted reproduction established the validity of these concerns and impelled Parliament to adopt the Act, as discussed more fully below. However, the fact that the Baird Commission may have referred to positive aspects of assisted reproduction technology — benefits all acknowledge — does not establish that these benefits were the focus of Parliament's efforts.

[30] The second response to this argument is that it rests on an artificial dichotomy between reprehensible conduct and beneficial practices. The Act certainly employs both a penal and regulatory *form*, however Parliament may validly employ regulations as part of a criminal law provided they target a legitimate criminal law purpose. Prohibiting or regulating bad conduct may in fact produce benefits. This is a common consequence of many criminal laws. What matters for purposes of constitutionality is not whether a criminal law has beneficial consequences, but whether its *dominant purpose* is criminal. The *Assisted Human Reproduction Act* does not have two objects, the first to prohibit reprehensible conduct, the second to promote beneficial effects. It targets conduct that Parliament has found to be reprehensible. In so doing, it incidentally permits beneficial practices through regulations. But that does not render it unconstitutional.

[31] Turning to the effects of the Act, this legislation clearly has an impact on the regulation of medical research and practice, and hospital administration. Researchers, practitioners and hospitals will be subject to both the Act and the regulations it contemplates.

[32] However, the doctrine of pith and substance permits either level of government to enact laws that have “substantial impact on matters outside

assistée. Or, c'est faire abstraction de ce sur quoi porte ce rapport. La Commission Baird s'est livrée à une analyse de nature politique (et non à un exposé de droit constitutionnel) sur un sujet dont on estimait qu'il soulevait d'importantes questions d'ordre moral. Son examen des questions morales liées à la procréation assistée a confirmé le bien-fondé de ces préoccupations et incité le Parlement à adopter la Loi (ce dont il est question plus amplement ci-après). Cependant, même si la Commission Baird renvoie aux aspects positifs des techniques de procréation assistée — des avantages reconnus de tous —, les mesures prises par le Parlement ne sont pas pour autant axées sur ces avantages.

[30] En second lieu, j'estime que la thèse de mes collègues prend appui sur une dichotomie artificielle entre activités répréhensibles et pratiques bénéfiques. Certes, la Loi revêt une *forme* à la fois pénale et réglementaire, mais le Parlement peut à bon droit recourir à la réglementation pour légiférer en droit pénal, à condition que les règlements adoptés aient un objectif légitime en droit criminel. Interdire ou réglementer un acte néfaste peut en fait donner lieu à un avantage, ce qui est le cas de nombreuses lois criminelles. Ce qui importe du point de vue constitutionnel ce n'est pas que la loi criminelle ait des effets bénéfiques, mais bien que son *objet principal* soit de nature pénale. La *Loi sur la procréation assistée* n'a pas deux objectifs, l'un étant d'interdire l'activité répréhensible, l'autre de promouvoir des effets bénéfiques. Elle vise des actes que le Parlement tient pour répréhensibles et, ce faisant, elle autorise incidemment des pratiques bénéfiques par voie réglementaire, mais cela ne la rend pas inconstitutionnelle.

[31] En ce qui concerne l'incidence du texte législatif, la Loi a manifestement des répercussions sur la réglementation de la recherche et de la pratique médicales, ainsi que sur l'administration hospitalière. Chercheurs, praticiens et hôpitaux seront assujettis à la Loi et aux règlements pris sous son régime.

[32] Toutefois, la théorie du caractère véritable permet à un ordre de gouvernement d'adopter des lois qui ont [TRADUCTION] « une grande incidence

its jurisdiction”: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 15-9. The issue in such cases is to determine the *dominant* effect of the law. Viewed as a whole, the dominant effect of the Act is to prohibit a number of practices which Parliament considers immoral and/or which it considers a risk to health and security, not to promote the positive aspects of assisted reproduction. The dominant effect of the prohibitory and administrative provisions is to create a regime that will prevent or punish practices that may offend moral values, give rise to serious public health problems, and threaten the security of donors, donees, and persons not yet born.

[33] In sum, while the Act will have beneficial effects — one hopes all criminal laws will have beneficial effects — and while some of its effects may impact on provincial matters, neither its dominant purpose nor its dominant effect is to set up a regime to regulate and promote the benefits of artificial reproduction in hospitals and laboratories.

[34] I conclude that the pith and substance of the Act is properly characterized as the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction.

(2) Does the Matter of the Act Come Within Section 91(27)?

[35] Having characterized the matter to which the Act relates, the next question is whether it comes within the scope of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. In order to answer this question, we must consider whether the matter satisfies the three requirements of valid criminal law: (1) a prohibition; (2) backed by a penalty; (3) with a criminal law purpose: *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (“*Firearms Reference*”), at para. 27.

[36] As already discussed, the Act, properly characterized, imposes prohibitions backed by

sur des matières qui échappent à sa compétence » (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 15-9). La question est alors celle de savoir quel est l’effet *principal* de la Loi. Considérée globalement, celle-ci a principalement pour effet d’interdire un certain nombre de pratiques que le Parlement tient pour immorales ou susceptibles de compromettre la santé et la sécurité, et non de promouvoir les aspects bénéfiques de la procréation assistée. L’effet principal des dispositions d’interdiction et de mise en œuvre est la création d’un régime empêchant ou sanctionnant des pratiques susceptibles de contrevenir aux valeurs morales, de donner lieu à d’importants problèmes de santé publique et de menacer la sécurité des donneurs, des receveurs et des personnes non encore nées.

[33] La Loi aura des effets bénéfiques — on espère que toute loi pénale en aura —, et même si certains d’entre eux peuvent se répercuter sur des sujets de compétence provinciale, ni son objet principal, ni son effet principal ne sont d’établir un régime de réglementation et de promotion des avantages de la procréation artificielle dans les hôpitaux et les laboratoires.

[34] J’arrive à la conclusion que le caractère véritable de la Loi tient bel et bien à l’interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée.

(2) S’agit-il d’une matière relevant du par. 91(27)?

[35] Une fois déterminée la matière à laquelle correspond la Loi, il convient ensuite de se demander si elle relève du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel suivant le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Pour répondre à la question, il faut examiner si les trois éléments d’une règle de droit criminel valide sont réunis : (1) une interdiction, (2) une sanction qui l’appuie et (3) un objet de droit criminel : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 (« *Renvoi sur les armes à feu* »), par. 27.

[36] Rappelons que la Loi, dont le caractère a été dûment déterminé, établit des interdictions

penalties, thereby fulfilling the first two requirements of a valid criminal law. Admittedly, some of the provisions permit exceptions. However, the criminal law does not require absolute prohibitions: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. To be sure, a large portion of the scheme is regulatory. However, it is open to Parliament to create regulatory schemes under the criminal law power, provided they further the law's criminal law purpose. The complexity of modern problems often requires a nuanced scheme consisting of a mixture of absolute prohibitions, selective prohibitions based on regulations, and supporting administrative provisions. Such schemes permit flexibility, vital in a field of evolving technologies, and they have repeatedly been upheld as valid criminal law: *RJR-MacDonald*; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213. To take but one example, the list of toxic substances capable of harming the populace is ever-changing. It is unrealistic to expect Parliament to enact new laws every time a change occurs, and the criminal law power does not require it to do so. The same logic applies to the present case.

[37] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. take issue with the provisions of the Act that prohibit activities unless conducted in accordance with federal regulations. As noted above, they argue that these provisions are designed to promote beneficial practices, while I view them as carve-outs from prohibition. They further argue that since the doctrine of paramountcy allows federal legislation to prevail over provincial legislation in the case of conflicts, finding the regulatory provisions *intra vires* would effectively oust provincial power over health.

[38] In my view, the requirement that a criminal law contain a prohibition prevents Parliament from undermining the provincial competence in health.

auxquelles correspondent des peines, ce qui satisfait à deux des exigences d'une règle de droit criminel valide. Elle prévoit certes des exceptions, mais le droit criminel n'est pas constitué uniquement d'interdictions absolues : *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199. Le régime comporte assurément un large volet réglementaire. Cependant, le Parlement peut exercer son pouvoir en matière de droit criminel pour créer des régimes de réglementation, à condition que ceux-ci contribuent à la réalisation de l'objectif pénal de la loi. La complexité des problèmes propres à notre époque commande souvent l'adoption de régimes faisant appel à la fois à des interdictions absolues, à des interdictions sélectives par voie de règlements et à des dispositions complémentaires de mise en œuvre. De tels régimes assurent une souplesse indispensable dans les domaines techniques en évolution et ils ont maintes fois été validés au regard de la compétence en droit criminel : *RJR-MacDonald*; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213. Je ne cite qu'un exemple, celui de la liste des matières toxiques susceptibles de nuire à la population, qui est constamment modifiée. On ne saurait attendre du Parlement qu'il adopte une nouvelle disposition législative à chaque modification, et son pouvoir en matière de droit criminel ne l'exige pas. La même logique vaut en l'espèce.

[37] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps remettent en question les dispositions de la Loi qui interdisent des activités sauf lorsqu'elles sont exercées conformément à la réglementation fédérale. Rappelons qu'ils estiment que ces dispositions visent à promouvoir des activités bénéfiques, alors que j'y vois des exceptions à la portée de l'interdiction. En outre, puisque suivant la règle de la prépondérance les lois fédérales prévalent sur les lois provinciales en cas de conflit, conclure à la validité des dispositions qui renvoient à la réglementation aurait pour effet, selon eux, d'écarter la compétence provinciale dans le domaine de la santé.

[38] À mon sens, l'exigence voulant qu'une disposition de droit criminel renferme une interdiction fait l'obstacle à l'affaiblissement de la compétence

The federal criminal law power may only be used to prohibit conduct, and may not be employed to promote beneficial medical practices. Federal laws (such as the one in this case) may involve large carve-outs for practices that Parliament does not wish to prohibit. However, the use of a carve-out only means that a particular practice is *not* prohibited, not that the practice is positively *allowed* by the federal law. This has important implications for the doctrine of federal paramountcy. If a province enacted stricter regulations than the federal government, there would be no conflict in operation between the two sets of provisions since it would be possible to comply with both. Further, there would be no frustrations of the federal legislative purpose since federal criminal laws are only intended to prohibit practices. A stricter provincial scheme would complement the federal criminal law. See *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, 2005 SCC 13, [2005] 1 S.C.R. 188, at para. 22; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 964-65; and *Ross v. Registrar of Motor Vehicles*, [1975] 1 S.C.R. 5. There may be a conflict between a criminal law and a *less* strict provincial scheme. However, in such a case, Parliament's stricter scheme would be acting as a prohibition. In this way, the prohibition requirement for criminal laws acts as a major limitation on the effect of s. 91(27).

(3) Does the Act Serve a Valid Criminal Law Purpose?

[39] Having determined that the Act imposes prohibitions backed by penalties, it remains to be determined whether it does so in the service of a criminal law objective. The Attorney General of Canada asserts that the Act serves broad criminal law purposes centred around morality, health, and security. The Attorney General of Quebec suggests that the real purpose of the law is not criminal, but regulatory — namely, to establish a system to regulate assisted reproduction. In turn, it contends that such a scheme is provincial turf.

[40] Much judicial ink has been spilled in attempting to elucidate a precise definition of a

provinciale en matière de santé. Le pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel ne peut être exercé que pour interdire des actes, et non pour promouvoir des pratiques médicales bénéfiques. Une loi fédérale (comme celle visée en l'espèce) peut prévoir de nombreuses exceptions pour les pratiques que le Parlement n'entend pas interdire. Or, ce faisant, elle n'*autorise* pas vraiment ces pratiques, elle s'*abstient* seulement de les interdire. Cela a d'importantes répercussions sur l'application de la règle de la prépondérance fédérale. Dans le cas où une province adopte une réglementation plus stricte que celle du Parlement, il n'y a pas de conflit d'application, puisqu'il est possible d'observer les deux. En outre, l'objectif législatif fédéral ne serait pas contrecarré, car une disposition pénale fédérale ne vise qu'à interdire certaines pratiques. Le régime provincial plus strict complèterait le droit criminel fédéral. Voir *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, 2005 CSC 13, [2005] 1 R.C.S. 188, par. 22; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 964-965; *Ross c. Registraire des véhicules automobiles*, [1975] 1 R.C.S. 5. Il pourrait y avoir incompatibilité entre une règle de droit criminel et un régime provincial *moins* sévère. Cependant, en pareil cas, le régime plus strict issu du Parlement constituerait une interdiction. Ainsi, l'exigence voulant qu'une loi criminelle crée une interdiction limite considérablement la portée du par. 91(27).

(3) La Loi a-t-elle un véritable objet de droit criminel?

[39] Puisque la Loi prévoit des interdictions appuyées de peines, il reste à déterminer si elle le fait pour la réalisation d'un objectif de droit criminel. Le procureur général du Canada fait valoir que la Loi a des objets généraux de droit criminel axés sur la morale, la santé et la sécurité. Le procureur général du Québec laisse entendre que son véritable objet est de nature non pas criminelle, mais réglementaire, en ce qu'elle vise à établir un régime qui réglemente la procréation assistée. Il soutient qu'un tel régime est du ressort des provinces.

[40] La définition précise d'un véritable objet de droit criminel a fait couler beaucoup d'encre. Les

valid criminal law purpose. The early cases swung from the extreme of a precisely defined “domain” of criminal law (*In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (P.C.), at pp. 198-99), to the opposite extreme of any “act prohibited with penal consequences” (*Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), at p. 324).

[41] The modern conception of a valid criminal law objective is grounded in the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”), where Rand J. decided that a criminal prohibition must serve “a public purpose” like “[p]ublic peace, order, security, health, morality” (p. 50), stopping short of pure economic regulation. It has been held that highway regulation bearing no relation to public safety falls beyond the scope of the federal criminal law power: *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49. On the other hand, prohibitions aimed at combatting the “public health evil” of tobacco consumption have been found to fall within the ambit of the criminal law power (*RJR-MacDonald*, at paras. 32-33), as have prohibitions directed at protecting the public from environmental hazards (*Hydro-Québec*), dangerous and adulterated food and drug products (*R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284), illicit drugs (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571), and firearms (*Firearms Reference*).

[42] The Attorney General of Canada relies on these cases to argue that prohibiting the detrimental aspects of assisted reproduction constitutes a valid criminal law purpose under the objectives of morality, health, and security, including the protection of vulnerable groups. The Attorney General of Quebec criticizes this approach, arguing that it represents a virtually unlimited extension of the criminal law power, which would threaten the constitutional division of powers between the federal and provincial governments.

premières décisions judiciaires reposent, à une extrémité, sur un « domaine » de droit criminel défini avec précision (*In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (C.P.), p. 198-199), et à l'autre, sur la notion d'[TRADUCTION] « acte interdit exposant son auteur à des conséquences criminelles » (*Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), p. 324).

[41] La conception moderne d'un véritable objet de droit criminel s'origine du *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »). Le juge Rand y statue qu'une interdiction criminelle doit tendre à la réalisation d'[TRADUCTION] « un intérêt public » comme « [I]a paix publique, l'ordre, la sécurité, la santé, la moralité » (p. 50), à l'exclusion d'une réglementation à visée purement économique. La réglementation de la circulation routière qui n'a aucun lien avec la sécurité publique échappe au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel : *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49. Par contre, on considère que l'interdiction qui s'attaque au « mal [. . .] pour la santé publique » que constitue l'usage du tabac relève de la compétence en droit criminel (*RJR-MacDonald*, par. 32-33), tout comme celle visant à protéger le public contre le risque environnemental (*Hydro-Québec*), les aliments et drogues dangereux et falsifiés (*R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284), les drogues illicites (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571) et les armes à feu (*Renvoi sur les armes à feu*).

[42] Le procureur général du Canada invoque ces arrêts pour faire valoir qu'interdire les aspects néfastes de la procréation assistée constitue un véritable objet de droit criminel au regard des objectifs que sont la moralité, la santé et la sécurité, y compris la protection des personnes vulnérables. Le procureur général du Québec rétorque que cela équivaut en somme à étendre sans fin le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, ce qui met en péril le partage constitutionnel des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux.

[43] There is merit in both positions. On the one hand, the jurisprudence properly recognizes that confining the criminal law power to precise categories is impossible. The criminal law must be able to respond to new and emerging matters of public concern that go to the health and security of Canadians and the fundamental values that underpin Canadian society. A crabbed, categorical approach to valid criminal law purposes is thus inappropriate. On the other hand, a limitless definition, combined with the doctrine of paramountcy, has the potential to upset the constitutional balance of federal-provincial powers. Both extremes must be rejected. To constitute a valid criminal law purpose, a law's purpose must address a public concern relating to peace, order, security, morality, health, or some similar purpose. At the same time, extensions that have the potential to undermine the constitutional division of powers should be rejected.

[44] Whether a federal law falls within Parliament's criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, is a question of *which level* of government has jurisdiction to enact this law. This question relates to the powers of one level of government *vis-à-vis* the other, and it is resolved by determining the law's pith and substance. The degree to which the Act may impact on individual liberties is not relevant to this inquiry. The Attorney General of Quebec has not challenged the *Assisted Human Reproduction Act* on the basis that it constitutes an unjustified infringement of individual liberty. That would raise the question of whether *any level* of government could enact this law, an issue which turns on the state's authority *vis-à-vis* the individual: see *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and *Malmo-Levine*. Rather, the Attorney General of Quebec challenges the Act on the basis that it wrests turf from the provinces.

[45] It follows that this case does not require us to balance the impact of the Act on liberty against the importance of Parliament's legislative objective.

[43] Les deux thèses se défendent. La jurisprudence reconnaît à juste titre qu'il est impossible de confiner le pouvoir de légiférer en droit criminel dans des catégories précises. Le droit criminel doit pouvoir s'adapter aux phénomènes nouveaux qui intéressent le public et qui touchent la santé et la sécurité des Canadiens et Canadiennes, de même qu'aux valeurs fondamentales de la société canadienne. Il ne convient donc pas d'adopter une approche rigide et catégorique pour déterminer ce qu'est un véritable objet de droit criminel. Par contre, une définition sans balises, jumelée à la règle de la prépondérance, est susceptible de rompre l'équilibre constitutionnel entre pouvoirs fédéraux et provinciaux. Il faut balayer les deux extrêmes. Pour qu'une loi constitue une règle de droit criminel valide, son objet doit répondre à une préoccupation publique touchant à la paix, à l'ordre, à la sécurité, à la morale, à la santé ou à quelque considération semblable. Dans le même temps, il faut mettre au rancart tout accroissement susceptible de compromettre le partage constitutionnel des pouvoirs.

[44] La question de savoir si une loi fédérale ressortit au pouvoir de légiférer en matière criminelle que confère au Parlement le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* équivaut à se demander *quel palier* de gouvernement a compétence pour adopter cette loi. Les pouvoirs respectifs de deux ordres de gouvernement sont en cause, et il convient de déterminer le caractère véritable de la loi. Le degré d'incidence de la Loi sur les libertés individuelles n'est pas pertinent à cet égard. Le procureur général du Québec ne conteste pas la *Loi sur la procréation assistée* au motif qu'elle constitue une atteinte injustifiée à la liberté individuelle, auquel cas la question se poserait de savoir si *n'importe quel palier* de gouvernement pourrait adopter une telle loi, ce qui ferait intervenir le pouvoir de l'État sur l'individu : voir les arrêts *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et *Malmo-Levine*. Le procureur général du Québec conteste plutôt la Loi parce qu'elle empiète sur un domaine de compétence provinciale.

[45] Dès lors, point n'est besoin en l'espèce de mettre en balance l'incidence de la Loi sur la liberté et l'importance de l'objectif législatif du

The only question is whether the Act comes within the scope of s. 91(27). In this respect, I differ from my colleagues LeBel and Deschamps JJ., who argue that there is insufficient societal consensus to justify the restrictions that the Act imposes on individual liberties. With respect, the language of justification has no place in the pith and substance analysis.

[46] Criminal law objectives, such as peace, order, security, morality, and health do not occupy separate watertight compartments. The question in each case is whether the matter of the legislation at issue relates to one or more of the recognized criminal law purposes, or a similar objective. Criminal laws will often engage more than one objective, and the objectives may overlap with each other.

[47] In this case, the Attorney General of Canada relies mainly on the objectives of upholding morality and avoiding or containing potential public health evils. Mingled with these are overtones of security insofar as the practices may harm participants and offspring. It has been recognized that morality, public health evils and security are, in principle, capable of supporting criminal laws. We are not therefore confronted with the need to determine whether a new type of objective can be recognized as a valid criminal law purpose. The question is simply whether the legislative scheme falls within the ambit of the objectives that the Attorney General of Canada has identified.

[48] I turn now to consider the scope of the criminal law purposes that Parliament has identified. I conclude that upholding morality is the principal criminal law object of the Act. What is at stake is not merely two competing health schemes, but Parliament's power to enact general norms for the whole of Canada to meet the pressing moral concerns raised by the techniques of assisted reproduction. The objects of prohibiting public health evils and promoting security play supporting roles with respect to some provisions. Taken together, these objects confirm that the Act serves valid criminal law purposes. In reaching this conclusion, moreover, I do not intend to broaden the scope of the

Parlement. Une seule question se pose : la Loi est-elle du ressort du par. 91(27)? À cet égard, je diffère d'opinion d'avec les juges LeBel et Deschamps, qui soutiennent que le consensus social est insuffisant pour justifier les limitations que la Loi apporte aux libertés individuelles. En toute déférence, la question de la justification n'a pas sa place dans l'analyse relative au caractère véritable.

[46] Les objets de droit criminel que sont, par exemple, la paix, l'ordre, la sécurité, la moralité et la santé ne sont pas hermétiquement compartimentés. Il faut se demander dans chaque cas si le sujet de la loi en cause se rapporte à un ou à plusieurs des objets de droit criminel reconnus ou à un objectif apparenté. Une loi criminelle comporte souvent plusieurs objectifs, et ceux-ci peuvent se chevaucher.

[47] En l'espèce, le procureur général du Canada invoque comme objectifs principaux la défense de la morale et la prévention de maux éventuels pour la santé publique, auxquelles se greffe un souci de sûreté dans la mesure où les pratiques peuvent être préjudiciables à ceux qui y recourent et à leurs descendants. Il est établi que la morale, les maux pour la santé publique et la sécurité peuvent en principe constituer l'assise de lois criminelles. Point n'est donc besoin de décider s'il y a lieu de reconnaître un nouvel objectif légitime du droit criminel. Il faut seulement déterminer si le régime législatif poursuit les objectifs invoqués par le procureur général du Canada.

[48] Je passe maintenant à l'examen de la portée des objectifs du droit criminel qu'invoque le Parlement. J'arrive à la conclusion que la défense de la morale est le principal objet de droit criminel de la Loi. Ce ne sont pas seulement deux régimes de santé concurrents qui sont en jeu, mais le pouvoir du Parlement d'adopter des normes générales applicables à la grandeur du Canada pour répondre aux préoccupations morales que soulèvent les techniques de procréation assistée. L'interdiction visant des maux pour la santé publique et la promotion de la sécurité jouent des rôles d'appui dans le cas de certaines dispositions. Considérés ensemble, ces objets confirment la validité de la Loi au regard du

criminal law power, but rather apply this Court's jurisprudence.

(a) *Morality*

[49] Morality has long been recognized as a proper basis for the exercise of the criminal law power. In one of the first cases to consider the ambit of s. 91(27), Sir Montague E. Smith wrote that the criminal law power includes laws "designed for the promotion of public order, safety, or morals": *Russell v. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (P.C.), at p. 839. Similarly, in the *Margarine Reference*, Rand J. included morality in his famous definition of valid criminal law purposes.

[50] Criminal law may target conduct that Parliament reasonably apprehends as a threat to our central moral precepts: *Malmo-Levine*, at para. 78. Moral disapprobation is itself sufficient to ground criminal law when it addresses issues that are integral to society. Different people hold different views about issues such as the artificial creation of human life. However, under federalism analysis, the focus is on the importance of the moral issue, not whether there is societal consensus on how it should be resolved. Parliament need only have a reasonable basis to expect that its legislation will address a moral concern of fundamental importance, even if hard evidence is unavailable on some points because "the jury is still out": *Malmo-Levine*, at para. 78. Whether the law violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees of individual liberty is another issue.

[51] In summary, morality constitutes a valid criminal law purpose. The role of the courts is to ensure that such a criminal law in pith and substance relates to conduct that Parliament views as contrary to our central moral precepts, and that there is a consensus in society that the regulated

droit criminel. De plus, en tirant pareille conclusion, mon but n'est pas d'accroître le pouvoir de légiférer en droit criminel, mais bien d'appliquer la jurisprudence de notre Cour.

a) *La morale*

[49] La défense de la morale justifie depuis longtemps l'exercice du pouvoir de légiférer en droit criminel. Dans l'une des premières affaires relatives à la portée du par. 91(27), sir Montague E. Smith écrit que légiférer en cette matière comprend l'adoption de lois [TRADUCTION] « destinées à favoriser l'ordre, la sécurité et les bonnes mœurs publics » : *Russell c. The Queen* (1882), 7 App. Cas. 829 (C.P.), p. 839. De même, dans le *Renvoi sur la margarine*, le juge Rand inclut la morale dans sa célèbre définition d'un véritable objet de droit criminel.

[50] Le droit criminel peut viser le comportement dont le Parlement craint raisonnablement qu'il compromette nos règles morales fondamentales : *Malmo-Levine*, par. 78. La désapprobation morale suffit en elle-même à justifier le recours au droit criminel lorsqu'il s'agit de résoudre des questions qui sont inhérentes à la société. Chacun a son propre point de vue sur une question comme celle de la création artificielle de la vie humaine. Cependant, dans une analyse axée sur le fédéralisme, on s'attache à l'importance de la question morale, et non à l'existence ou à l'inexistence d'un consensus social quant à la manière dont il convient de la régler. Le Parlement a seulement besoin de motifs raisonnables de croire que sa loi s'attaquera à une question morale d'une importance fondamentale, même s'il n'y a pas de preuve tangible à certains égards parce que « la situation n'est pas encore nette » : *Malmo-Levine*, par. 78. Que la loi puisse porter atteinte aux libertés individuelles garanties par la *Charte canadienne des droits et libertés* est une autre affaire.

[51] En résumé, la défense de la morale constitue un objectif légitime du droit criminel. Il incombe aux tribunaux de s'assurer que, par son caractère véritable, la loi criminelle en cause s'attaque à un comportement qui, selon le Parlement, va à l'encontre de nos préceptes moraux primordiaux et que la

activity engages a moral concern of fundamental importance.

(b) *Health*

[52] Health is a jurisdiction shared by both the provinces and the federal government. In order to preserve the balance of powers, Parliament's ability to pass criminal laws on the basis of health must be circumscribed. To this end, criminal laws for the protection of health must address a "legitimate public health evil": *RJR-MacDonald*, at para. 32; see also *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142.

[53] It has proven difficult to articulate a precise definition of a legitimate public health evil. It has been held that the federal criminal law power encompasses the regulation or prohibition of threats as diverse as tobacco (*RJR-MacDonald*); dangerous and adulterated food and drug products (*Wetmore*); illicit drugs (*Malmo-Levine*); gun control (*Firearms Reference*); and environmental degradation (*Hydro-Québec*).

[54] Behind the diversity in the cases that have upheld criminal laws on the basis of public health evils lie three constant features. In each of these cases, the criminal law was grounded in (1) human conduct (2) that has an injurious or undesirable effect (3) on the health of members of the public.

[55] Human conduct causing harm is the fundamental stuff of the criminal law. The element of harmful human conduct transforms a public health problem, like cancer, into a public health evil, like tobacco. The criminalization of public health evils recognizes that criminal liability is not confined to crimes like murder and fraud, where human conduct is coupled with injury to a specific person. Parliament is entitled to target conduct that elevates the *risk* of harm to individuals, even if it does not always crystallize in injury. For example, Parliament may criminalize dangerous driving, despite the fact that it creates only a risk of injury,

société tout entière convient que l'activité réglementée met en jeu une question morale dont l'importance est fondamentale.

b) *La santé*

[52] La santé est un domaine qui relève à la fois des provinces et du fédéral. Afin de préserver l'équilibre des compétences, le pouvoir du Parlement d'adopter des lois criminelles en la matière doit être circonscrit. C'est pourquoi les règles de droit criminel à visée sanitaire doivent s'attaquer à un « mal [véritable] pour la santé publique » : *RJR-MacDonald*, par. 32; voir également *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142.

[53] Il s'est révélé difficile de définir avec précision le mal véritable pour la santé publique. Notre Cour a reconnu que le pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel englobe la réglementation ou l'interdiction de différentes choses dangereuses comme le tabac (*RJR-MacDonald*), les aliments et drogues dangereux et falsifiés (*Wetmore*), les drogues illicites (*Malmo-Levine*), les armes (*Renvoi sur les armes à feu*) et la détérioration de l'environnement (*Hydro-Québec*).

[54] Trois éléments se retrouvent dans toutes les décisions judiciaires qui valident des dispositions criminelles sur le fondement de l'existence d'un mal pour la santé publique. Dans chacune de ces affaires, le droit criminel tire sa légitimité (1) d'une activité humaine (2) qui a un effet nuisible ou indésirable (3) sur la santé des gens.

[55] L'activité humaine préjudiciable est le matériau de base du droit criminel. Elle fait d'un problème de santé publique, comme le cancer, un mal pour la santé publique, tel le tabac. La criminalisation de maux pour la santé publique reconnaît que la responsabilité pénale n'est pas seulement engagée lors de la perpétration d'un crime comme le meurtre ou la fraude, où l'activité humaine inflige en sus un préjudice à une personne en particulier. Le Parlement peut prendre pour cible le comportement qui accroît le *risque* de préjudice pour le citoyen, même si ce risque ne se concrétise pas toujours. À titre d'exemple, il peut criminaliser la

not a certainty. Where human conduct may cause injurious or undesirable effects on the health of members of society, Parliament may prohibit it as a public health evil.

[56] No constitutional threshold level of harm, as such, constrains Parliament's ability to target conduct causing these evils. It is not apparent that the criminal law may only regulate the severest risks to individual's health and safety, and not also prohibit less severe harms that are of public concern. In *RJR-MacDonald*, La Forest J. emphasized that the harm of tobacco consumption was "dramatic and substantial" (para. 32). However, this observation does not constrain the test he applied for whether Parliament may regulate a risk to health: "... the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any injurious or undesirable effect. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil" (para. 32 (emphasis added; internal quotation marks omitted)). This said, the need to establish a reasonable apprehension of harm means that conduct with little or no threat of harm is unlikely to qualify as a "public health evil": *Malmo-Levine*, at para. 212, *per* Arbour J., dissenting, but not on this point.

[57] My colleagues LeBel and Deschamps JJ. argue that there is little to distinguish assisted reproduction from any other emerging field of medical practice. All medical practices come with risks. This, they argue, does not bring those practices within the federal criminal law power. The answer to this argument, confirmed by the cases, is that, provided it is not a colourable intrusion upon provincial jurisdiction (i.e. one not supported by a valid criminal law purpose), Parliament is entitled

conduite dangereuse malgré le caractère éventuel, et non certain, du risque créé. Lorsqu'une activité humaine expose les membres de la société à des effets nuisibles ou indésirables sur la santé, il est loisible au Parlement de l'interdire parce qu'elle constitue un mal pour la santé publique.

[56] Nulle exigence constitutionnelle de préjudice minimal n'entrave comme telle la faculté du Parlement de s'attaquer à l'activité qui est à l'origine de ce mal. Il n'appert pas que le droit criminel peut seulement s'attaquer aux activités qui font courir les risques les plus graves à la santé et à la sécurité des personnes et qu'il ne peut pas également interdire les préjudices moins graves qui suscitent l'inquiétude du public. Dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, le juge La Forest souligne que les effets nocifs de l'usage du tabac sont « saisissants et importants » (par. 32). Or, cette observation ne limite pas le test qu'il retient pour déterminer si le Parlement peut réglementer relativement à un risque sanitaire : « ... la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un effet nuisible ou indésirable. Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l'adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n'est circonscrite que par les exigences voulant qu'elles comportent une interdiction accompagnée d'une sanction pénale, et qu'elles visent un mal [véritable] pour la santé publique » (par. 32 (je souligne; guillemets omis)). Cela dit, l'obligation d'établir la crainte raisonnable d'un préjudice fait en sorte que l'activité présentant peu de risques ou aucun est peu susceptible d'être considérée comme un « mal [...] pour la santé publique » : *Malmo-Levine*, par. 212, la juge Arbour, dissidente, mais pas sur ce point.

[57] Mes collègues les juges LeBel et Deschamps font valoir que peu de choses distinguent la procréation assistée des autres domaines innovants de la médecine. Toute activité médicale comporte un risque, ce qui ne justifie pas son assujettissement au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Je réponds — jurisprudence à l'appui — que le Parlement peut, sauf empiètement spécieux sur la compétence provinciale (c.-à-d. qui n'est pas justifié par un objectif légitime du droit criminel),

to use the criminal law power to safeguard the public from conduct that may have an injurious or undesirable effect on the health of members of the public, notwithstanding the provinces' general right to regulate the medical profession. Health is subject to overlapping federal and provincial jurisdiction, and the provinces' power to legislate in this field does not exclude Parliament's authority to target conduct that constitutes a public health evil: *RJR-MacDonald*, at para. 32.

(c) *Security*

[58] Security is relied on only peripherally in this case. Yet the Attorney General of Canada raises morality and health concerns that have significant implications for personal security. It is beyond dispute that one of the most fundamental purposes of criminal law — indeed its most fundamental purpose — is the protection of personal security. To preserve human life and security is the state's most fundamental concern. Traditionally, the criminal law has played a central role in the pursuit of this objective. This extends to life before birth; control over the termination of pregnancy has long been recognized as a valid criminal law subject: see *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. It is beyond the scope of the present appeal to decide whether such laws infringe individual liberties in a manner that is unconstitutional. In the context of the federalism analysis, it suffices that the protection of vulnerable groups has been recognized as a valid criminal law purpose.

(d) *Is the Legislative Scheme Grounded in a Valid Criminal Law Purpose?*

[59] As discussed earlier, the purposes of the criminal law overlap. Morality, public health evils and security may focus on the same concerns. In exercising its criminal law power, Parliament is not confined to a single purpose or a given combination of purposes. What is required is that the legislation, properly characterized and considered in light of

recourir au droit criminel pour protéger le public contre une activité susceptible d'avoir un effet nuisible ou indésirable sur la santé, malgré le droit général des provinces de réglementer l'exercice de la médecine. Dans le domaine de la santé, les compétences fédérale et provinciale se chevauchent, et le pouvoir des provinces de légiférer en la matière n'écarte pas celui du Parlement de s'attaquer à une activité qui représente un mal pour la santé publique : *RJR-MacDonald*, par. 32.

c) *La sécurité*

[58] La sécurité n'est invoquée que de manière périphérique dans la présente affaire. Pourtant, le procureur général du Canada invoque des problèmes d'ordre moral et sanitaire qui ont d'importantes répercussions sur la sécurité des personnes. Nul ne conteste que l'un des objectifs les plus fondamentaux du droit criminel — le plus fondamental en fait — consiste à assurer la sécurité de chacun. Protéger la vie humaine et la sécurité des citoyens constitue le souci premier de l'État. Le droit criminel a de tout temps joué un rôle central dans la réalisation de cet objectif, qui s'applique à la vie avant la naissance, et la réglementation de l'interruption de grossesse est depuis longtemps reconnue comme un véritable objet de droit criminel (voir l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616). La question de savoir si, dans ces cas, des dispositions porteraient atteinte aux libertés individuelles de manière inconstitutionnelle échappe à la portée du présent pourvoi. Dans le contexte d'une analyse axée sur le fédéralisme, il suffit que la protection des personnes vulnérables ait été reconnue comme un objectif légitime du droit criminel.

d) *Le régime législatif prend-il appui sur un objectif légitime du droit criminel?*

[59] Je rappelle que les objectifs du droit criminel peuvent se chevaucher. Morale, mal pour la santé publique et sécurité peuvent donner lieu aux mêmes préoccupations. Lorsqu'il exerce son pouvoir de légiférer en droit criminel, le Parlement n'a pas à s'en tenir à un seul objectif ou à une combinaison particulière d'objectifs. Il faut que la loi,

the various objectives advanced, serves legitimate criminal law purposes.

[60] For the reasons that follow, I conclude that the *Assisted Human Reproduction Act*, viewed as a whole, is grounded in valid criminal law purposes.

[61] Assisted reproduction raises weighty moral concerns. The creation of human life and the processes by which it is altered and extinguished, as well as the impact this may have on affected parties, lie at the heart of morality. Parliament has a strong interest in ensuring that basic moral standards govern the creation and destruction of life, as well as their impact on persons like donors and mothers. Taken as a whole, the Act seeks to avert serious damage to the fabric of our society by prohibiting practices that tend to devalue human life and degrade participants. This is a valid criminal law purpose, grounded in issues that our society considers to be of fundamental importance.

[62] Overlapping with the morality concerns are concerns for public health. As discussed above, acts or conduct that have an injurious or undesirable effect on public health constitute public health evils that may properly be targeted by the criminal law. The question is whether the threats to donors of sperm or ova, surrogate mothers and persons created through misuse of the techniques of assisted reproduction, fall within this principle. In my view, they do. It is not difficult to project serious physical and psychological harms to the affected individuals. How assisted reproduction techniques are used can mean the difference between life and death, health and sickness. Conduct that abuses these processes poses risks to the health of the population and may legitimately be considered a public health evil to be addressed by the criminal law.

une fois son caractère correctement déterminé et au regard des différents objectifs qu'elle énonce, ait des visées légitimes en droit criminel.

[60] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la *Loi sur la procréation assistée*, considérée dans son ensemble, prend appui sur des objectifs légitimes en droit criminel.

[61] La procréation assistée soulève d'importantes préoccupations d'ordre moral. La création de la vie humaine et les procédés par lesquels celle-ci est modifiée ou supprimée, ainsi que les répercussions pour les personnes en cause, participent de la morale. Le Parlement a grandement intérêt à ce que les règles éthiques fondamentales régissent la création et la destruction de la vie, de même que les répercussions de celles-ci sur, par exemple, les donneurs et les mères. Considérée globalement, la Loi vise à prévenir la détérioration importante du tissu social, et ce, en interdisant les pratiques qui tendent à dévaloriser la vie humaine et à avilir les personnes qui y recourent. Il s'agit d'un objectif légitime du droit criminel prenant appui sur des considérations qui revêtent une importance fondamentale pour notre société.

[62] Il y a chevauchement entre souci moral et souci sanitaire. Rappelons que le droit criminel peut légitimement viser le mal pour la santé publique que constitue l'acte ou l'activité qui a un effet nuisible ou indésirable sur la santé publique. La question est celle de savoir si le risque auquel sont exposés les donneurs de spermatozoïdes ou d'ovules, les mères porteuses et les personnes issues du recours aux techniques de procréation assistée tombe sous le coup de ce principe. À mon avis, c'est le cas. On conçoit aisément le préjudice corporel et psychologique susceptible d'être infligé aux personnes touchées. La manière dont on y recourt peut faire en sorte que les techniques de procréation assistée entraînent la vie ou la mort, la santé ou la maladie. Le recours abusif à ces techniques crée un risque sanitaire pour la population et peut légitimement être considéré comme un mal pour la santé publique auquel peut s'attaquer le droit criminel.

[63] Overlapping with the concerns of upholding morality and addressing public health evils is a final concern — security. The Attorney General of Canada argues that reproductive techniques, improperly used, threaten the security of those involved in the processes and those born as a result of their application. While the record does not detail these concerns, again they are easy to envision.

[64] I conclude that the legislative scheme is not directed toward the promotion of positive health measures, but rather addresses legitimate criminal law objects. As discussed above, the other two elements of criminal law, prohibition and penalty, are established on the face of the Act. I therefore conclude that the *Assisted Human Reproduction Act*, viewed as a whole, is valid criminal legislation.

[65] It may be appropriate at this point to address the arguments relied on by LeBel and Deschamps JJ. in support of their view that the criminal law must be circumscribed to prevent trenching on provincial powers to regulate health.

[66] My colleagues argue that the law generally regulates “a specific type of health services provided in health-care institutions by health-care professionals” (para. 227). They characterize the Province’s power under s. 92(16) (“Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province”) as a residual power. They go on to paint a picture of provincial health law being in conflict with the federal criminal law power, and conclude that the federal criminal power must be circumscribed to accommodate the Quebec regulatory scheme.

[67] My colleagues’ conclusion takes them into untravelled constitutional territory. “Double occupancy” of a field of endeavour, such as health, is a permanent feature of the Canadian constitutional order. It leads to a standard “double aspect” analysis under which both aspects subsist side by

[63] Il y a chevauchement non seulement des préoccupations liées à la défense de la morale et à la lutte contre les maux pour la santé publique, mais aussi d’un dernier élément, la sécurité. Le procureur général du Canada soutient que les techniques de procréation, lorsqu’elles sont utilisées inadéquatement, compromettent la sécurité des personnes qui y recourent et de celles qui naissent grâce à elles. Le dossier ne renferme pas de précisions sur ces inquiétudes, mais il est encore une fois aisé de les concevoir.

[64] J’arrive à la conclusion que le régime législatif n’est pas axé sur la promotion de mesures sanitaires bénéfiques, mais qu’il vise plutôt la réalisation d’objectifs légitimes du droit criminel. Je l’ai déjà dit, les deux autres éléments du droit criminel, à savoir l’interdiction et la sanction, ressortent du libellé de la Loi. J’estime donc que, considérée dans son ensemble, la *Loi sur la procréation assistée* est une loi criminelle valide.

[65] Il convient peut-être à ce stade de se pencher sur les arguments invoqués par les juges LeBel et Deschamps à l’appui de leur thèse selon laquelle le droit criminel doit être délimité de façon à empêcher son empiètement sur le pouvoir des provinces de légiférer dans le domaine de la santé.

[66] Mes collègues font valoir que la loi réglemente généralement « un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels de la santé » (par. 227). Ils qualifient de « résiduelle » la compétence provinciale conférée au par. 92(16) (« [g]énéralement toutes les matières d’une nature purement locale ou privée dans la province »). Ils brossent un tableau qui oppose le droit provincial de la santé au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel et ils concluent que celui-ci doit être délimité en fonction du régime de réglementation québécois.

[67] La conclusion de mes collègues les amène en territoire constitutionnel peu fréquenté. La « double occupation » d’un champ d’activité, comme la santé, est une caractéristique incontournable de l’ordre constitutionnel canadien. Elle mène à une analyse type axée sur le « double aspect » où chacun des

side, except in case of conflict, when the federal power prevails: *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Saskatchewan*, at para. 11. In holding that the double aspect doctrine does not apply to this field of double occupancy, my colleagues assert a new approach of provincial exclusivity that is supported by neither precedent nor practice. Canadian constitutional jurisprudence has consistently granted wide latitude to the federal criminal law power, despite the fact that much of the criminal law has a provincial regulatory counterpart. For example, most provinces have drug and pharmaceutical laws, but these do not preclude federal criminal legislation to control narcotics.

[68] The *Constitution Act, 1867*, allocates to Parliament jurisdiction over the criminal law precisely to permit Parliament to create uniform norms. Circumscription of the ambit of the criminal law to avoid trenching on provincial regulation runs counter to this purpose. Criminal norms of necessity often touch on matters that are regulated by the provinces. This must be so, in the interest of uniform criminal law norms throughout Canada.

[69] In support of their contention that the criminal law must be circumscribed to preserve space for provincial regulation, my colleagues repeatedly refer to the principle of subsidiarity (e.g., para. 273). The idea behind this principle is that power is best exercised by the government closest to the matter. Since the provincial governments are closest to health care, the argument goes, they should exercise power in this area, free from interference of the criminal law. Subsidiarity therefore favours provincial jurisdiction.

[70] Despite its initial appeal, this argument misconstrues the principle of subsidiarity. As L'Heureux-Dubé J. explained in *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson*

deux aspects subsiste côte à côte, sauf en cas d'incompatibilité, auquel cas le pouvoir fédéral a prépondérance : *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Saskatchewan*, par. 11. En concluant que la doctrine du double aspect ne s'applique pas à ce champ occupé par les deux ordres de gouvernement, mes collègues mettent de l'avant une théorie nouvelle de l'exclusivité provinciale qui n'est étayée ni par la jurisprudence ni par la réalité des faits. La jurisprudence constitutionnelle canadienne a toujours accordé une grande latitude au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel, même si une grande partie de la législation pénale cohabite avec une réglementation provinciale. Par exemple, la plupart des provinces sont dotées de lois sur les médicaments et la pharmaceutique, mais celles-ci ne font pas obstacle à la législation pénale fédérale réglementant les stupéfiants.

[68] La *Loi constitutionnelle de 1867* accorde au Parlement le pouvoir de légiférer en matière de droit criminel précisément pour lui permettre d'établir des normes uniformes. Délimiter le droit criminel afin qu'il n'empiète pas sur la réglementation provinciale va à l'encontre de cet objectif. Il arrive souvent qu'une norme pénale doive toucher à un objet de réglementation provinciale. Il doit en être ainsi pour favoriser l'application de normes pénales uniformes à la grandeur du Canada.

[69] À l'appui de leur prétention voulant que le droit criminel doive être délimité de manière à respecter un champ de réglementation provinciale, mes collègues invoquent à maintes reprises le principe de subsidiarité (notamment au par. 273). Derrière ce principe se profile l'idée que le gouvernement le plus proche des administrés dans un domaine est le plus apte à y exercer son pouvoir. Dès lors, comme les gouvernements provinciaux ont le lien le plus direct avec la prestation des soins de santé, ce devrait être eux qui légifèrent dans le domaine, sans immixtion du droit criminel. La subsidiarité favorise donc la compétence provinciale.

[70] Aussi attrayant qu'il soit à première vue, l'argument s'appuie sur une interprétation erronée du principe de subsidiarité. Dans l'arrêt *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c.*

(*Town*), 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3, in an area of jurisdictional overlap, the level of government that is closest to the matter will often introduce complementary legislation to accommodate local circumstances. In *Spraytech*, for example, the town supplemented federal pesticide controls by further restricting the use of certain substances. L'Heureux-Dubé J. decided that the town could adopt higher standards for pesticide control because the local law complemented, rather than frustrated the federal legislation. She took this as an example of subsidiarity. Moreover, as developed above, a carve-out to a criminal law would not be paramount to stricter provincial regulations.

[71] Additionally, the federal-provincial equivalency provision found at s. 68 of the Act answers the argument that Quebec already regulates the subject matter of the Act, and is better placed to do so: if this is the case, an arrangement between the federal government and Quebec may occur, in which case the Quebec law would be enforced by officials of the Quebec government.

[72] More fundamentally, subsidiarity does not override the division of powers in the *Constitution Act, 1867*. L'Heureux-Dubé J. cautioned that “there is a fine line between laws that legitimately complement each other and those that invade another government’s protected legislative sphere” (*Spraytech*, at para. 4), and she noted that subsidiarity allows only the former. Subsidiarity might permit the provinces to introduce legislation that complements the *Assisted Human Reproduction Act*, but it does not preclude Parliament from legislating on the shared subject of health. The criminal law power may be invoked where there is a legitimate public health evil, and the exercise of this power is not restricted by concerns of subsidiarity.

Hudson (Ville), 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, la juge L'Heureux-Dubé explique au par. 3 que dans un domaine où les compétences se chevauchent, le palier de gouvernement le plus proche des administrés adopte souvent des dispositions complémentaires pour tenir compte de la situation locale. Dans cette affaire, par exemple, la ville avait étoffé la réglementation fédérale des produits antiparasitaires en limitant davantage l'utilisation de certaines substances. La juge L'Heureux-Dubé statue que la ville peut resserrer les normes d'utilisation des pesticides, car le droit municipal complète alors le droit fédéral et ne l'écarte pas. Elle y voit un cas de subsidiarité. De plus, comme je l'explique précédemment, l'exception établie par le droit criminel n'a pas prépondérance sur la réglementation provinciale plus sévère.

[71] Au surplus, la disposition permettant au fédéral et à une province de conclure un accord d'équivalence — l'art. 68 — réfute l'argument voulant que le Québec réglemente déjà le domaine visé par la Loi et qu'il soit le mieux placé pour le faire. En effet, si tel était le cas, un accord pourrait intervenir entre les gouvernements fédéral et provincial, et le droit québécois serait alors appliqué par les autorités québécoises.

[72] Plus fondamentalement, la subsidiarité ne prévaut pas sur le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La juge L'Heureux-Dubé signale d'ailleurs qu'« il existe une distinction subtile entre les lois qui se complètent légitimement les unes les autres et celles qui empiètent sur le domaine de compétence législative protégé de l'autre ordre de gouvernement » (*Spraytech*, par. 4), ajoutant que la subsidiarité ne permet que la complémentarité. Ce principe peut permettre aux provinces d'adopter des dispositions qui complètent la *Loi sur la procréation assistée*, mais il n'empêche pas le Parlement de légiférer dans le domaine de compétence partagée qu'est la santé. Le pouvoir de légiférer en droit criminel peut être invoqué lorsqu'il existe un mal véritable pour la santé publique, et son exercice n'est pas limité par des considérations de subsidiarité.

[73] Nor can I accept my colleagues' argument that recognition of the Act as valid criminal law will place us on a slippery slope leading to federal dominion over a vast array of risky medical practices. My colleagues write that:

In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism. [para. 256]

[74] It is not the degree of risk that brings a medical procedure within s. 91(27), but a genuine criminal law purpose, whether grounded in morality, a public health evil, or security. "Playing God" with genetic manipulation engages moral concerns that my colleagues' example of risky cardiac bypass surgery does not. Different medical experiments and treatments will raise different issues. Few will raise "moral" issues of an order approaching those inherent in reproductive technologies. The federal criminal law at issue in this case does not threaten "the constitutional balance".

[75] Nor can I accept my colleagues' suggestion that the beneficial aspects of assisted reproduction oust the possibility of a valid criminal law purpose. At several points in their reasons my colleagues draw attention to the desirable aspects of assisted reproduction. The suggestion seems to be that something so good cannot be the subject matter of criminal law:

... the evidence also shows that the same authorities recognized that some assisted reproductive technologies are beneficial to society and should accordingly be supported, although they also need to be regulated. [para. 211]

[73] Je ne peux non plus souscrire à la thèse de mes collègues voulant que la validation de la Loi au regard du droit criminel nous engage sur la pente glissante de l'assujettissement à la compétence fédérale d'une grande variété d'actes médicaux comportant des risques. Selon eux :

À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à l'assujettissement de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la définition même du fédéralisme. [par. 256]

[74] Ce n'est pas l'importance du risque qui fait relever un acte médical du par. 91(27), mais le véritable objet de droit criminel, qu'il prenne appui sur la morale, un mal pour la santé publique ou la sécurité. Jouer les « apprentis sorciers » par la manipulation du matériel génétique fait intervenir des questions morales que ne met pas en jeu l'intervention périlleuse qu'est le pontage cardiaque et dont font mention mes collègues à titre d'exemple. Différentes expériences et thérapies médicales suscitent différentes interrogations. Rares sont celles qui soulèvent des questions « morales » d'une importance comparable à celles qui sont inhérentes aux techniques de procréation. Les dispositions criminelles fédérales contestées en l'espèce ne menacent pas « l'équilibre fédératif ».

[75] Je ne conviens pas non plus avec mes collègues que les aspects bénéfiques de la procréation assistée rendent impossible l'existence d'un véritable objet de droit criminel. À quelques reprises dans leurs motifs, ils soulignent les bienfaits de la procréation assistée. Ils paraissent laisser entendre qu'une chose aussi bénéfique ne saurait faire l'objet de dispositions de droit criminel :

... la preuve révèle également que les mêmes autorités reconnaissaient que plusieurs techniques de procréation assistée présentent des avantages pour la société et, de ce fait, doivent être soutenues, mais également encadrées. [par. 211]

Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the [Act], brings benefits to many Canadians. [para. 251]

[76] As I explained earlier, I do not share the view that the Act can be characterized as legislation in relation to the positive aspects of assisted reproduction. However, my colleagues' argument on this point raises a more fundamental issue. Their reasoning, with respect, substitutes a judicial view of what is good and what is bad for the wisdom of Parliament. Similar arguments have been rejected in other contexts. In *Malmo-Levine*, for example, it was argued that use of marijuana benefits many Canadians and not just those in medical need. My colleagues break new ground in enlarging the judiciary's role in assessing valid criminal law objectives. It is ground on which I respectfully decline to tread.

[77] For the foregoing reasons, I cannot subscribe to the picture of Canadian federalism painted by my colleagues, where the federal criminal law power would be circumscribed by provincial competencies. I share their view that the criminal law cannot be used to eviscerate the provincial power to regulate health. Our Constitution prevents this from occurring, however, by requiring that criminal laws further a valid criminal law objective, and that they adopt the form of a prohibition. These requirements allow for the nationwide criminal norms that the Constitution intended, while ensuring adequate space for provincial regulation.

B. *Do the Prohibitions in Sections 8 to 13 of the Act Constitute Valid Criminal Law?*

[78] The federalism analysis does not end merely because it has been determined that a law, viewed

La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la [Loi], comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes. [par. 251]

[76] Non seulement, je le répète, je ne crois pas que le caractère de la Loi puisse être déterminé en fonction des aspects bénéfiques de la procréation assistée, mais j'estime aussi que la thèse de mes collègues sur ce point est entachée d'une faille plus fondamentale. En toute déférence, leur raisonnement équivaut à substituer à la sagesse du législateur fédéral l'opinion des tribunaux sur ce qui est bien et ce qui est mal. Semblable argumentation a été rejetée dans d'autres contextes. Dans l'affaire *Malmo-Levine*, par exemple, on prétendait que la consommation de marijuana bénéficiait à de nombreux Canadiens, et pas seulement à ceux qui en avaient besoin sur le plan médical. Mes collègues innoveraient en accroissant le rôle des tribunaux lorsqu'il s'agit de déterminer si une disposition comporte un véritable objet de droit criminel. Je refuse cependant de les suivre dans cette voie.

[77] Pour les motifs qui précèdent, je ne peux être d'accord avec le tableau que mes collègues brossent du fédéralisme canadien, un tableau où le pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel est circonscrit en fonction des compétences provinciales. Je conviens que le droit criminel ne saurait servir à vider de son contenu le pouvoir des provinces de réglementer le domaine de la santé. Or, notre Constitution fait obstacle à une telle dérive en exigeant qu'une loi criminelle poursuive un objectif légitime du droit criminel et qu'elle revête la forme d'une interdiction. Ces exigences permettent l'application de normes criminelles à l'échelon national conformément à la Constitution, tout en ménageant un espace suffisant pour l'exercice des compétences provinciales.

B. *Les interdictions prévues aux art. 8 à 13 de la Loi constituent-elles des règles de droit criminel valides?*

[78] L'analyse axée sur le fédéralisme ne prend pas fin seulement parce qu'il a été déterminé

as a whole, is valid criminal legislation. Even if a law is in pith and substance criminal legislation, it may nevertheless contain provisions which are neither valid criminal prohibitions, nor ancillary to valid criminal prohibitions. An invalid legislative provision is not rendered valid merely because it is included in a legislative scheme that, viewed globally, is valid: *General Motors*. In each case, the question is whether the provision, considered in the context of the larger scheme of the Act, is valid criminal legislation, in terms of prohibition, penalty and criminal law purpose.

[79] The Attorney General of Quebec accepts that ss. 5 to 7 are valid criminal law, reflecting pressing moral concerns. These sections ban a variety of conduct, including cloning human beings, creating an embryo from genetic material taken from another embryo or a foetus, maintaining an embryo outside the body of a woman more than 14 days after fertilization (ectogenesis), creating a chimera, paying consideration to surrogate mothers, and purchasing sperm or ova.

[80] The challenged prohibitions in ss. 8 to 13 generally engage the same morality, health, and security issues as the prohibitions in ss. 5 to 7, as discussed more fully below. Sections 10 and 11 amplify the scope of the prohibitions in s. 5, and s. 12 addresses the pecuniary issues that arise in ss. 6 and 7. The Attorney General of Quebec's main challenge to these provisions is based on the form they take. The Attorney General of Quebec places great emphasis on the fact that some of the prohibitions in ss. 8 to 13 are subject to exceptions, and many of them operate against the backdrop of regulations and a licensing scheme, which remain to be fully articulated. The Attorney General of Quebec contends that the "controlled activities" prohibitions in ss. 10 to 13 promulgate a scheme to regulate medicine and research in the area of assisted reproduction. It takes a similar view of the prohibitions in ss. 8 and 9. Consequently, the Attorney General of Quebec argues that

qu'une loi, considérée dans son ensemble, est véritablement de nature criminelle. Une loi dont le caractère véritable est criminel peut néanmoins renfermer des dispositions qui ne sont ni des interdictions relevant du droit criminel ni des dispositions accessoires à de telles interdictions. Une disposition législative invalide n'est pas rendue valide par le seul fait qu'elle figure dans un régime législatif qui, considéré globalement, est valide : *General Motors*. Il faut se demander dans chaque cas si, eu égard au contexte général de la loi, la disposition ressortit véritablement au droit criminel au regard des éléments que sont l'interdiction, la sanction et l'objet de droit criminel.

[79] Le procureur général du Québec reconnaît que les art. 5 à 7 constituent des règles de droit criminel valides qui répondent à des préoccupations morales pressantes. Les interdictions qui y sont prévues frappent différentes activités, dont le clonage d'un être humain, la création d'un embryon à partir de matériel génétique provenant d'un autre embryon ou d'un fœtus, la conservation d'un embryon en dehors du corps d'une femme plus de 14 jours après la fécondation (ectogénèse), la création d'une chimère, la rétribution d'une mère porteuse et l'achat de spermatozoïdes ou d'ovules.

[80] Les interdictions contestées créées aux art. 8 à 13 mettent généralement en cause les mêmes considérations liées à la morale, à la santé et à la sécurité que les interdictions faites aux art. 5 à 7. J'y reviendrai plus en détail. Les articles 10 et 11 accroissent la portée des interdictions prévues à l'art. 5, tandis que l'art. 12 porte sur les questions pécuniaires découlant des art. 6 et 7. Le procureur général du Québec reproche principalement à ces dispositions la forme qu'elles revêtent. Il insiste beaucoup sur le fait que certaines des interdictions prévues aux art. 8 à 13 comportent des exceptions et que bon nombre d'entre elles s'appliquent en fonction d'un régime de réglementation et d'autorisation aux contours non encore définis. Il soutient que les art. 10 à 13 prévoyant des interdictions à l'égard d'« activités réglementées » créent un régime qui réglemente la médecine et la recherche dans le domaine de la procréation assistée. Sa prétention est semblable concernant les art. 8 et 9

none of these provisions are valid criminal law.

[81] As discussed earlier in connection with the legislative scheme viewed as a whole, the cases establish that criminal prohibitions may permit exceptions, and that the exceptions may take the form of a regulatory scheme. Thus, the form of ss. 8 to 13 is itself insufficient to remove these sections from the scope of the federal criminal law power.

[82] The Attorney General of Quebec's argument appears to be that the *extent* of the regulation and the *unpublished nature of the regulations* distinguishes this case from cases like *RJR-MacDonald* and the *Firearms Reference*, where regulatory schemes were upheld as valid criminal law.

[83] I turn first to the fact that the regulations have not yet been published. It is difficult to see how the unpublished nature of the regulations could take an otherwise valid criminal regulatory scheme outside the federal criminal law power. The suggestion is that the regulations, when published, will effectively hijack provincial competencies with respect to hospitals and the medical profession.

[84] However, the issue in the present appeal is the validity of the Act, not the regulations. In a case where regulations have been passed, it may be appropriate to scrutinize them to ascertain the true intent of the legislature (see, e.g., *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at para. 35, *per* Deschamps J.). In the absence of regulations, however, the only question is whether the "controlled activities" provisions are a valid exercise of Parliament's legislative authority. Any regulations passed under the enabling statute will be valid only insofar as they further valid criminal law goals, and they will be subject to challenge to the extent that they do not.

et les interdictions qu'ils prévoient. Il plaide donc qu'aucune de ces dispositions n'est une règle de droit criminel valide.

[81] Comme je le mentionne précédemment en liaison avec le régime législatif considéré dans son ensemble, la jurisprudence établit qu'une interdiction criminelle peut comporter des exceptions et que celles-ci peuvent prendre la forme d'un régime de réglementation. Par conséquent, la forme qu'ils revêtent ne suffit pas à elle seule à soustraire les art. 8 à 13 à la compétence législative fédérale en matière de droit criminel.

[82] Le procureur général du Québec paraît prétendre que l'*ampleur* de la réglementation et sa *non-publication* distinguent la présente espèce d'affaires comme *RJR-MacDonald* et *Renvoi sur les armes à feu* dans lesquelles le régime de réglementation en cause a été validé au regard du droit criminel.

[83] Je me penche d'abord sur le fait que les règlements n'ont pas encore été publiés. Je vois mal comment cette lacune pourrait soustraire un régime par ailleurs valide au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. On laisse entendre qu'une fois publiés, les règlements dépouilleront la province de sa compétence à l'égard des hôpitaux et de la profession médicale.

[84] Or, le présent pourvoi porte sur la validité de la Loi, et non des règlements. Lorsque des dispositions réglementaires ont été adoptées, il peut être opportun de s'assurer qu'elles respectent la véritable intention du législateur (voir, p. ex., *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 35, la juge Deschamps). Cependant, à défaut de règlements, la seule question à trancher est celle de savoir si les dispositions sur les « activités réglementées » résultent d'un exercice légitime de la compétence législative du Parlement. Tout règlement pris en vertu de la loi habilitante n'est valide que s'il contribue à la réalisation d'un objectif légitime du droit criminel et il peut être contesté lorsque ce n'est pas le cas.

[85] This brings us to the extent of the regulatory scheme. The first point is that the extent or comprehensiveness of a criminal law regulatory scheme does not affect its constitutionality. Provided a regulatory scheme reflects and furthers proper criminal law goals, it remains securely anchored in the federal criminal law power. Extensive and comprehensive regulatory schemes were found to be valid criminal law in *RJR-MacDonald* and the *Firearms Reference*.

[86] The Attorney General of Quebec's real point appears to be that the regulatory scheme imposed by ss. 8 to 13 is of such magnitude that medical and research regulation becomes the dominant character, or pith and substance, of these provisions, notwithstanding the criminal prohibitions they purport to create.

[87] This argument, to the extent it gains any traction, requires that the prohibitions in ss. 8 to 13 be viewed in isolation from the rest of the Act (and it ignores the fact that s. 9 is truly an absolute prohibition like ss. 5 to 7, without any accompanying regulations). The Attorney General of Quebec sees these prohibitions as a stand-alone regulatory scheme divorced from ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal laws. I agree with the Attorney General of Quebec that the proper approach is to rigorously scrutinize what each provision says and does. But it must be scrutiny in context, which takes into account the relationship between the absolute and selective prohibitions, as well as the other provisions of the Act.

[88] Viewed in the context of the legislative scheme as a whole, the dominant character of the prohibitions in ss. 5 to 7 is to criminalize conduct that Parliament has found to be fundamentally immoral, a public health evil, a threat to personal security, or some combination of these factors. A detailed examination of ss. 8 to 13 supports the conclusion that, like ss. 5 to 7, these provisions contain a prohibition, backed by a penalty, and are

[85] Passons maintenant à l'ampleur du régime de réglementation. Premièrement, l'ampleur ou l'exhaustivité d'un régime de réglementation de nature criminelle n'a aucune incidence sur sa constitutionnalité. Pourvu qu'il ait des objectifs légitimes en droit criminel et qu'il les promeuve, il demeure fermement arrimé au pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel. Des régimes de réglementation détaillés et exhaustifs ont été jugés valides au regard du droit criminel dans *RJR-MacDonald* et *Renvoi sur les armes à feu*.

[86] Le procureur général du Québec paraît en fait soutenir que le régime de réglementation établi aux art. 8 à 13 a une telle ampleur que réglementer la médecine et la recherche devient le caractère principal ou véritable de ces dispositions, malgré les interdictions qu'elles créent et qui ressortissent au droit criminel.

[87] Cet argument, dans la mesure où il emporte quelque adhésion, exige que l'on considère les interdictions faites aux art. 8 à 13 isolément du reste de la Loi (et il fait abstraction de ce que l'art. 9 constitue véritablement une interdiction absolue à l'instar des art. 5 à 7 et qu'il ne s'accompagne d'aucun règlement). Le procureur général du Québec assimile ces interdictions à un régime de réglementation indépendant dissocié des art. 5 à 7, dont il reconnaît qu'ils constituent des règles de droit criminel valides. Je conviens avec lui que la démarche appropriée consiste à examiner minutieusement le libellé et l'effet de chacune des dispositions. Or, cet examen doit se faire dans un contexte qui tient compte de l'interaction entre les interdictions absolues et sélectives, ainsi que des autres dispositions de la Loi.

[88] À la lumière du régime législatif dans son ensemble, le caractère principal des interdictions prévues aux art. 5 à 7 réside dans la criminalisation d'activités qui sont tenues pour foncièrement immorales, qui constituent un mal pour la santé publique ou qui compromettent la sécurité des personnes, ou encore, qui satisfont à plusieurs de ces conditions. L'examen approfondi des art. 8 à 13 permet de conclure que, tout comme les art. 5 à 7,

directed in pith and substance to valid criminal law goals. I consider each section in turn.

(1) Section 8

[89] Section 8 prohibits the use of reproductive material for the artificial creation of embryos, unless the donor has consented in accordance with the regulations: *Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations*, SOR/2007-137 (June 14, 2007). It is backed by penalties, specified in s. 60 of the Act.

[90] Section 8 is grounded in valid criminal law purposes. As the Baird Report put it, “gamete donors . . . have a unique moral interest in the use of their genetic material” (p. 639). This morality interest stems from the danger that reproductive material may be used against a donor’s will to create a human being, as well as from the possibility that an embryo, donated with the intent of creating a human being, could be used for different purposes, such as research. At the heart of s. 8 lies the fundamental importance that we ascribe to human autonomy. The combination of the embryo’s moral status and the individual’s interest in his or her own genetic material justify the incursion of the criminal law into the field of consent. There is a consensus in society that the consensual use of reproductive material implicates fundamental notions of morality. This confirms that s. 8 is valid criminal law.

(2) Section 9

[91] Section 9 prohibits a person from obtaining sperm or ova from donors under 18 years of age, except for the purpose of preserving the sperm or ovum or for the purpose of creating a human being that the person reasonably believes will be raised by the donor. This is an absolute prohibition, and it takes the same form as the prohibitions in ss. 5 to 7, which are conceded to be valid criminal law. Like s. 8, it is backed by penalties set out in s. 60. The only question is whether it is grounded in a valid criminal law purpose.

ils renferment une interdiction, appuyée par une sanction, et qu’ils sont véritablement axés sur la réalisation d’objectifs légitimes du droit criminel. J’examine successivement chacun des articles.

(1) L’article 8

[89] L’article 8 interdit l’utilisation de matériel reproductif pour créer artificiellement un embryon, sauf lorsque le donneur y consent conformément aux règlements : *Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137 (14 juin 2007). Son non-respect expose le contrevenant aux peines prévues à l’art. 60 de la Loi.

[90] L’article 8 a pour fondement de véritables objets de droit criminel. Comme le dit le Rapport Baird, les « donneurs de gamètes [. . .] ont un intérêt moral unique dans l’utilisation de leur matériel génétique » (p. 721). Cet intérêt moral tient au risque que le matériel reproductif soit utilisé contre le gré du donneur pour créer un être humain, ainsi qu’à la possibilité qu’un embryon donné aux fins de créer un être humain serve à autre chose, notamment à la recherche. Fondcièrement, l’art. 8 traduit l’importance fondamentale que nous accordons à l’autonomie de la personne. Ensemble, la valeur morale de l’embryon et le droit de chacun sur son propre matériel génétique justifient l’immixtion du droit criminel dans la sphère du consentement. La société convient que l’emploi consensuel de matériel reproductif fait intervenir des notions morales fondamentales, ce qui confirme la validité de l’art. 8 au regard du droit criminel.

(2) L’article 9

[91] L’article 9 interdit l’obtention d’un ovule ou d’un spermatozoïde d’une personne de moins de 18 ans, sauf pour le conserver ou pour créer un être humain dont on est fondé à croire qu’il sera élevé par le donneur. L’interdiction est absolue et revêt la même forme que celles figurant aux art. 5 à 7, dont il est reconnu qu’elles constituent des règles de droit criminel valides. Comme pour l’art. 8, le contrevenant s’expose aux peines prévues à l’art. 60. Il faut seulement déterminer si la disposition prend appui ou non sur un véritable objet de droit criminel.

[92] The Attorney General of Canada argues that the purpose of s. 9 is to protect vulnerable youth from exploitation and undue pressure to donate reproductive material for the benefit of third parties. The protection of vulnerable groups is a long-standing concern of the criminal law: *Malmo-Levine*, at para. 76; *Morgentaler v. The Queen*. Coupled with the moral interest in controlling the use of one's genetic material, this places the s. 9 prohibition securely within the scope of the criminal law.

(3) Section 10

[93] Section 10 prohibits altering, manipulating, treating, obtaining, storing, transferring, destroying, importing or exporting human reproductive material or *in vitro* embryos for certain purposes, unless these activities are performed in accordance with the regulations and a licence. The prohibition is backed by penalties set out in s. 61. In essence, s. 10 prohibits dealing with human reproductive material without a licence.

[94] The Attorney General of Quebec's first objection to s. 10 is that it sets up a scheme supported by yet-to-be-pronounced regulations. It argues that when the regulations are eventually promulgated, they will seize control of areas falling under provincial jurisdiction, namely, hospitals and the medical profession.

[95] The Attorney General of Quebec's concern is understandable in light of the broad wording of the section. Section 10 of the Act is the most problematic of the impugned provisions. By prohibiting all the listed medical procedures unless they are performed by a licence holder in compliance with regulations, this section allows for federal oversight of research and medical practice. The ultimate impact of the provision will be determined by the future regulations. If the federal government were to implement regulations enacting a complete code of conduct for doctors, and regulating every component of the delivery of fertility services, the regulations would be *ultra vires*. However, as noted above, a finding that s. 10 is *intra vires*

[92] Le procureur général du Canada prétend que la raison d'être de l'art. 9 est de protéger les mineurs vulnérables contre l'exploitation et l'incitation pressante à faire don de matériel reproductif au bénéfice de tiers. La protection de personnes vulnérables est un souci de longue date du droit criminel : arrêts *Malmo-Levine*, par. 76, et *Morgentaler c. La Reine*. Si on y ajoute l'intérêt moral qu'il y a à réglementer l'utilisation du matériel génétique d'une personne, l'interdiction faite à l'art. 9 se situe parfaitement à l'intérieur des limites du droit criminel.

(3) L'article 10

[93] L'article 10 interdit la modification, la manipulation, le traitement, l'obtention, la conservation, la cession, l'élimination, l'importation et l'exportation de matériel reproductif humain ou d'un embryon *in vitro* à certaines fins, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. Le contrevenant s'expose aux peines prévues à l'art. 61. La disposition interdit essentiellement toute activité liée au matériel reproductif humain, sauf autorisation préalable.

[94] Le procureur général du Québec conteste en premier lieu l'art. 10 au motif qu'il établit un régime prenant appui sur des règlements non encore adoptés. Il fait valoir que le jour où ils seront promulgués, les règlements régiront des domaines de compétence provinciale, à savoir la gestion des hôpitaux et l'exercice de la médecine.

[95] On comprend l'inquiétude du procureur général du Québec au vu du libellé général employé. L'article 10 est la disposition qui pose le plus problème parmi celles contestées. Comme il interdit les actes médicaux énumérés sauf s'ils sont accomplis par le titulaire d'une autorisation conformément aux règlements, il confère au fédéral un droit de regard sur la recherche et la pratique médicales. Ce sont les règlements ultérieurs qui détermineront son incidence ultime. Si leur adoption équivaut à codifier exhaustivement l'exercice de la médecine et à réglementer chacun des aspects de la prestation de services d'aide à la procréation, les règlements seront *ultra vires*. Toutefois, je le rappelle, si l'art. 10 est jugé *intra vires*, les règlements

would not mean that the future regulations promulgated under this section will necessarily be valid as well. Should future regulations go too far, they will be *ultra vires*. The only question before us now is whether s. 10 itself falls under the criminal law power.

[96] The Attorney General of Quebec's second objection to s. 10 is that its dominant purpose, or pith and substance, is the regulation of hospitals and medical practice and research, which come within the province's jurisdiction over health. Against this, the Attorney General of Canada argues that the criminal law purpose underlying s. 10 is "a mix of concerns about health protection, morality and ethics" (Factum, at para. 88), and thus serves valid criminal law purposes. The Attorney General of Canada contends that licensing is the only means of identifying where suspect practices are performed, and by whom. In turn, the regulations introduced under s. 10 provide a flexible means with which to carve out those aspects of genetic manipulation that are unacceptable from the perspective of morality, health, or security. Working together, licensing and regulation provide for enforceable, tailored prohibitions, which leave the provinces free to regulate the beneficial aspects of genetic manipulation.

[97] The Attorney General of Canada identifies a number of health risks that it seeks to target with s. 10. Sperm and ova from infected donors pose grave risks to the health of both the women who receive them and the resulting offspring. Retrieval of ova may cause serious health problems for women, as the process uses drugs that can induce ovarian hyperstimulation syndrome, a potentially dangerous condition. Multiple pregnancies, a common outcome of assisted reproduction, may pose health risks to women (high blood pressure, kidney trouble and difficult delivery) and to resulting offspring (cerebral palsy, poor eyesight and breathing problems). Additionally, the Baird Commission found that alterations to the genetic material of embryos, either for therapeutic reasons or to enhance certain

pris ultérieurement sous son régime ne le seront pas eux aussi pour autant : s'ils vont trop loin, ils seront *ultra vires*. La seule question qu'il nous faut aujourd'hui trancher est celle de savoir si l'art. 10 relève du pouvoir de légiférer en droit criminel.

[96] En second lieu, le procureur général du Québec conteste l'art. 10 au motif que son principal objet ou sa caractéristique véritable est la réglementation des hôpitaux ainsi que de la pratique et de la recherche médicales, ce qui empiète sur la compétence de la province en matière de santé. Le procureur général du Canada rétorque que l'objet de droit criminel qui sous-tend l'art. 10 est « un amalgame de préoccupations liées à la protection de la santé, à la moralité et à l'éthique » (mémoire, par. 88), de sorte que la disposition a des objectifs légitimes en droit criminel. Il fait valoir que l'autorisation est le seul moyen permettant de déterminer le lieu où se déroulent des pratiques suspectes et l'identité de leurs auteurs. Pour leur part, les règlements visés à l'art. 10 offrent un moyen souple d'écarter les facettes de la manipulation génétique qui sont inacceptables du point de vue de la morale, de la santé ou de la sécurité. Ensemble, autorisation et réglementation circonscrivent le régime d'interdiction et le rendent susceptible d'application, ce qui laisse aux provinces le loisir de régler les aspects bénéfiques de la manipulation génétique.

[97] Le procureur général du Canada relève un certain nombre de risques sanitaires que vise à contrer l'art. 10. Les spermatozoïdes et les ovules de donneurs contaminés présentent des risques graves pour la santé des femmes qui les reçoivent et des enfants conçus. Le prélèvement d'un ovule peut compromettre gravement la santé de la femme, car on emploie alors des médicaments susceptibles de provoquer le syndrome d'hyperstimulation ovarienne, une complication potentiellement dangereuse. Les grossesses multiples, auxquelles donne souvent lieu la procréation assistée, peuvent aussi compromettre la santé des femmes (hypertension artérielle, problèmes rénaux et accouchement difficile) et celle des enfants conçus (paralysie cérébrale, troubles de la vue et problèmes

physical characteristics, puts offspring at an elevated risk of developing deformities, functional disturbances, and cancer (Baird Report, at p. 943). Conduct that creates a serious risk of these problems arguably rises to the level of a public health evil, and Parliament is entitled to criminalize it.

[98] The health aspects of s. 10 are buttressed by morality concerns. The Attorney General of Canada argues that the alteration, manipulation and treatment of human reproductive material is a quintessential moral concern capable of grounding criminal law, as attested by the historic treatment of contraception and abortion (see, e.g., *Criminal Code*, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 179, 271 and 272; *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, and *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 207, 303 and 306; *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, ss. 150 and 237). Social mores have changed over time on these issues, but that is not the point. The point is simply that s. 10 touches on important moral concerns that have long been held to fall within the s. 91(27) criminal law power. These concerns have not disappeared. If anything, the new reproductive technologies have complicated and magnified them, underscoring the moral concern that Parliament apprehended.

[99] Conception no longer occurs by necessity within a woman's body, but may, through *in vitro* fertilization technologies, take place outside of it. Life, traditionally "created" by sexual reproduction, may now be created by the asexual replication technique of cloning. The genetic make-up of offspring, once determined by the natural process of DNA recombination, may now be artificially altered through genetic manipulation and germ cell line intervention. And the sex of a child may be determined at early stages of development, creating attendant moral concerns (see, e.g., M. Somerville, "Reprogenetics: Unprecedented Challenges to

respiratoires). En outre, la Commission Baird conclut que la modification génétique d'embryons, dans un but thérapeutique ou d'amélioration de caractéristiques physiques, expose l'enfant à naître à un grand risque de difformités, de troubles fonctionnels et de cancer (Rapport Baird, p. 1068). On peut soutenir que l'activité qui risque sérieusement de causer de tels préjudices constitue un mal pour la santé publique et que le Parlement peut la criminaliser.

[98] Le volet sanitaire de l'art. 10 prend appui sur des préoccupations d'ordre moral. Le procureur général du Canada soutient que la modification, la manipulation et le traitement du matériel reproductif humain suscitent des inquiétudes morales parfaitement susceptibles de fonder une règle de droit criminel, comme le confirme le sort réservé historiquement à la contraception et à l'avortement (voir, p. ex., *Code criminel*, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 179, 271 et 272; *Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, et *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 207, 303 et 306; *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 150 et 237). Les mœurs ont certes évolué en la matière, mais là n'est pas la question. L'article 10 touche simplement à des préoccupations morales importantes dont on estime depuis longtemps qu'elles ressortissent au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel conféré au par. 91(27). Ces préoccupations existent toujours. Il se peut même que les nouvelles techniques de procréation les aient compliquées et amplifiées, ajoutant aux inquiétudes morales pressenties par le Parlement.

[99] La conception ne se produit plus nécessairement à l'intérieur du corps de la femme, mais peut, grâce aux techniques de fécondation *in vitro*, intervenir en dehors du corps féminin. Longtemps « créée » par la reproduction sexuée, la vie peut aujourd'hui être le fruit de la technique de reproduction asexuée qu'est le clonage. La constitution génétique de l'enfant, longtemps déterminée par le processus naturel de recombinaison de l'ADN, peut désormais être modifiée artificiellement par voie de manipulation génétique et d'intervention sur les cellules germinales. Le sexe de l'enfant peut en outre être déterminé dès les premières étapes

Respect for Human Life” (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1).

[100] These developments raise the prospect of novel harms to society, as the Baird Report amply documents. The “commodification of women and children” (p. 718); sex-selective abortions (p. 896); cross-species hybrids; ectogenesis with the potential to “dehumanize motherhood”; “baby farms” (p. 637); saviour siblings (a child whose primary purpose is to cure another child suffering from a genetic disorder); devaluation of persons with disabilities; discrimination based on ethnicity or genetic status (p. 28); and exploitation of the vulnerable — these are but some of the moral concerns raised in the Report. While the ethical acceptability of these techniques is, of course, debatable (see, e.g., S. Sheldon and S. Wilkinson, “Should selecting saviour siblings be banned?” (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533), it cannot be seriously questioned that Parliament is able to prohibit or regulate them.

[101] Had Parliament wished to prohibit absolutely the practices targeted in s. 10 — the altering, manipulation and treatment of human reproductive material — it could have done so (see, e.g., *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination* (1960), in which the Scottish Home Department concluded against criminalization, but only for practical reasons: paras. 259-63). The imposition of a selective, rather than an absolute prohibition reflects the fact that some uses of human reproductive material may be beneficial. Acting under s. 10, the executive may prohibit reprehensible conduct, while leaving the positive aspects of assisted reproduction untouched. This does not mean that s. 10 of the Act may be characterized as a law in relation to these exceptions. Rather, the main thrust of s. 10 is to separate the moral and beneficial from the immoral and harmful, and to prohibit the latter.

du développement, ce qui suscite d’autres inquiétudes sur le plan moral (voir, p. ex., M. Somerville, « Reprogenetics : Unprecedented Challenges to Respect for Human Life » (2005), 38 *Law/Tech. J.* 1).

[100] Ces avancées font craindre des préjudices sociaux nouveaux, ce qu’étaye amplement le Rapport Baird. La « chosification » des femmes et des enfants (p. 810), l’avortement sélectif selon le sexe (p. 1015), la formation d’hybrides interspécifiques, l’ectogénèse susceptible de « déshumanis[er] la maternité », les « usines à bébés » (p. 719), les enfants-donneurs (dont la principale raison d’être est de guérir un autre enfant atteint d’une maladie génétique), la dévalorisation des personnes atteintes de déficience, la discrimination fondée sur l’origine ethnique ou le bagage génétique (p. 33) et l’exploitation des personnes vulnérables ne sont que quelques-uns des éléments de préoccupation morale mentionnés dans le rapport. Bien que l’acceptabilité éthique des techniques soit évidemment discutable (voir, p. ex., S. Sheldon et S. Wilkinson, « Should selecting saviour siblings be banned? » (2004), 30 *J. Med. Ethics* 533), on ne peut sérieusement mettre en doute la faculté du Parlement de les interdire ou de les réglementer.

[101] S’il l’avait voulu, le Parlement aurait pu frapper d’interdiction absolue les pratiques visées à l’art. 10 — la modification, la manipulation et le traitement du matériel reproductif humain (voir, p. ex., *Report of the Departmental Committee on Human Artificial Insemination* (1960), dans lequel le ministère écossais responsable se prononce contre la criminalisation, mais seulement pour des raisons d’ordre pratique : par. 259-263). Le recours à une interdiction sélective plutôt qu’absolue tient au fait que certaines utilisations du matériel reproductif humain peuvent être bénéfiques. L’article 10 permet à l’exécutif d’interdire l’activité répréhensible tout en préservant les avantages de la procréation assistée. On ne saurait pour autant y voir une règle de droit régissant ces exceptions. Au contraire, la disposition vise essentiellement à distinguer ce qui est moral et bénéfique de ce qui est immoral et préjudiciable, et à interdire le second.

[102] Section 10 must also be read in light of s. 68 of the Act, which lifts the application of the federal law in any province “if the Minister and the government of that province agree in writing that there are law [*sic*] of the province in force that are equivalent to those sections and the corresponding provisions of the regulations”. This provision suggests that Parliament’s object when enacting s. 10 was to establish “minimum federal safety and ethical standards” for fertility services, while leaving the provinces in charge of regulating and monitoring the medical profession (Expert Report by F. Baylis (August 2006), A.R., at p. 7000). Parliament has adopted a form of legislation akin to the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C. 1985, c. 16 (4th Supp.), upheld in *Hydro-Québec*: it established the licensing and regulation scheme itself, but also established an arrangement whereby similar or identical provincial regulations could govern (s. 68 of the *Assisted Human Reproduction Act* and s. 34(6) of the *Canadian Environmental Protection Act*). As stated by La Forest J. when reviewing the *Canadian Environmental Protection Act* in *Hydro-Québec*, “in enacting the legislation in issue here, Parliament was alive to the need for cooperation and coordination between the federal and provincial authorities. . . . In particular, . . . Parliament has made it clear that the provisions of this Part are not to apply where a matter is otherwise regulated under other equivalent federal or provincial legislation” (para. 153).

[103] The Attorney General of Quebec submits that, rather than establishing the regulations itself and allowing equivalent provincial rules to govern, Parliament should have prohibited all fertility treatments [TRANSLATION] “unless they were regulated properly, and specifically, by the provinces” (transcript, at p. 39). The Attorney General of Quebec approves of the approach used in the criminal regulation of lotteries, which prohibits lotteries unless they are conducted in accordance with provincial regulations (s. 207(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46; *Furtney*; *Siemens v. Manitoba*

[102] L’article 10 doit aussi être interprété à la lumière de l’art. 68 de la Loi, qui rend la loi fédérale inapplicable dans une province « lorsque le ministre et le gouvernement provincial sont convenus par écrit qu’il existe, dans la législation provinciale en vigueur, des dispositions équivalentes à celles [des] articles et [des] règlements [fédéraux] ». Le texte de la disposition donne à penser que l’adoption de l’art. 10 visait à assujettir les services d’aide à la procréation à [TRADUCTION] « des normes fédérales de sûreté et d’éthique minimales » et à laisser aux provinces le soin de réglementer et de contrôler l’exercice de la médecine (rapport d’expert, F. Baylis, août 2006, d.a., p. 7000). Le type de loi retenu par le Parlement s’apparente à celui de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. 1985, ch. 16 (4^e suppl.) — jugée valide dans l’arrêt *Hydro-Québec* —, qui établit elle-même le régime d’autorisation et de réglementation, mais qui prévoit l’application possible d’une réglementation provinciale équivalente (art. 68 de la *Loi sur la procréation assistée* et par. 34(6) de la *Loi canadienne sur la protection de l’environnement*). Comme le dit le juge La Forest au sujet de cette dernière loi dans l’arrêt *Hydro-Québec*, « en adoptant la loi en question dans la présente affaire, le Parlement était conscient du besoin de coopération et de coordination entre les autorités fédérales et provinciales. [. . .] Plus particulièrement, [. . .] le Parlement a précisé que les dispositions de cette partie ne doivent pas s’appliquer lorsqu’une matière est, par ailleurs, réglementée en vertu d’une autre loi fédérale ou provinciale équivalente » (par. 153).

[103] Le procureur général du Québec prétend qu’au lieu d’établir la réglementation lui-même et de permettre que des règles provinciales équivalentes s’appliquent, le Parlement aurait dû interdire tout traitement contre la stérilité « sauf si encadré comme il faut et spécifiquement par les provinces » (transcription, p. 39). Il approuve le mode de réglementation pénale des loteries, à savoir leur interdiction sauf respect des règlements provinciaux (al. 207(1)a) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46; *Furtney*; *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 35).

(Attorney General), 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 35). Parliament establishes certain requirements for these provincial lottery schemes, but does not enforce the regulations itself. As noted by the Attorney General of Quebec, adopting this form of legislation in the *Assisted Human Reproduction Act* would result in a prohibition of fertility services in the provinces that have not enacted the minimum standards required by Parliament. It would also result in temporary prohibitions every time the federal government identifies a new concern requiring new regulations.

[104] I cannot accept that if Parliament wishes to prevent the problematic outcomes of otherwise beneficial medical treatments, it must prohibit the treatment until the provinces are able to act. Parliament came to the conclusion that it would be inappropriate to prohibit all fertility treatments in a province that had not yet adopted sufficient oversight. It was willing to do so in the case of gambling, but in the context of medical treatments, such an absolute ban would have imposed major hardships on individuals. Further, the form of legislation adopted in this case reflects the fact that assisted reproduction is a developing field, and that Parliament may need to enact further regulations to meet newly discovered criminal concerns. This is not the case for gambling. By regulating fertility services itself, in conjunction with s. 68, Parliament allows the enjoyment of the beneficial aspects of fertility treatments in the interim between the promulgation of new federal regulations and the adoption of similar rules by the provinces. Section 68 is only relevant to my analysis because it confirms that Parliament had a valid criminal law purpose for enacting s. 10. Equivalency provisions would not save federal laws that are *ultra vires*.

[105] I conclude that s. 10 is valid criminal legislation.

Le Parlement soumet à certaines exigences les loteries provinciales, mais il ne fait pas respecter lui-même la réglementation. Le procureur général du Québec signale qu'adopter pareille démarche dans la *Loi sur la procréation assistée* reviendrait à interdire les services d'aide à la procréation dans les provinces qui n'ont pas établi les normes minimales prescrites par le Parlement. Il en résulterait également une interdiction temporaire chaque fois que le gouvernement fédéral estime qu'une inquiétude justifie une nouvelle mesure réglementaire.

[104] Je ne peux convenir que pour faire obstacle aux conséquences néfastes de traitements médicaux par ailleurs bénéfiques, le Parlement doive interdire les traitements jusqu'à ce que les provinces soient en mesure de les réglementer. Le Parlement est arrivé à la conclusion qu'il n'était pas souhaitable d'interdire tout traitement contre la stérilité dans une province qui n'est pas encore dotée d'un mécanisme de surveillance adéquat. Il était disposé à recourir à l'interdiction totale pour le jeu, mais dans le cas de traitements médicaux, elle aurait causé aux individus des difficultés considérables. En outre, le type de loi adoptée en l'occurrence tient compte du fait que la procréation assistée est un domaine en plein essor et que le Parlement pourrait devoir prendre d'autres règlements pour répondre à de nouvelles inquiétudes ressortissant au droit criminel. Ces considérations n'existent pas dans le cas du jeu. La réglementation fédérale des services d'aide à la procréation, de pair avec l'art. 68 de la Loi, permet de profiter des aspects bénéfiques des traitements contre la stérilité entre la promulgation des nouveaux règlements fédéraux et l'adoption des règles provinciales équivalentes. Mon analyse renvoie à l'art. 68 seulement pour confirmer qu'en adoptant l'art. 10, le Parlement avait un objectif légitime en droit criminel. Les dispositions sur les accords d'équivalence ne sauraient sauvegarder des dispositions fédérales *ultra vires*.

[105] J'arrive à la conclusion que l'art. 10 est une règle de droit criminel valide.

(4) Section 11

[106] Section 11 prohibits a person from combining the human genome with the genomes of other species — transgenic engineering — unless permitted by regulations and licence. Like s. 10, it is a prohibition backed by penalties, set out in s. 61.

[107] Again, the question is whether the prohibition is grounded in a valid criminal law purpose. The Attorney General of Canada argues that transgenic science “could result in a combination of genes that would make it possible to create an entity with both human and animal characteristics” (Factum, at para. 73). This, it argues, has “profound ethical and moral implications . . . for our idea of what a human being is and the integrity of intrinsic human characteristics” (*ibid.*). Transgenic science has been associated with other harmful techniques of assisted reproduction, such as human cloning and the commodification of reproductive materials (see, e.g., A. Campbell, “Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies” (2002), 11 *Health L. Rev.* 26). These risks support the use of the criminal law to control transgenic research.

[108] In essence, s. 11 uses a selective prohibition to broaden the absolute prohibitions in s. 5(1)(h), (i) and (j) on the creation of chimeras and hybrid entities. Section 11 recognizes that mixing human and non-human genetic material can raise moral concerns long before such experiments result in the creation of a new life form. The Attorney General of Quebec accepts that Parliament has a valid moral interest in banning the harms caught by s. 5(1)(h), (i) and (j). It is difficult to argue that s. 11’s broader focus on transgenic manipulation does not invoke the same moral concerns.

[109] I conclude that s. 11 is valid criminal law.

(4) L’article 11

[106] L’article 11 interdit de combiner le génome humain avec celui d’une autre espèce — la transgénèse —, sauf en conformité avec les règlements et avec une autorisation. Comme pour l’art. 10, le contrevenant est passible des peines prévues à l’art. 61.

[107] À nouveau, il faut se demander si l’interdiction a pour fondement un véritable objet de droit criminel. Le procureur général du Canada soutient qu’« il demeure possible [que la science transgénique] débouche sur une combinaison de gènes qui permettrait d’envisager la création d’une entité présentant des traits à la fois humains et animaux » (mémoire, par. 73), ce qui, ajoute-t-il, pourrait avoir de « profondes implications éthiques et morales liées [. . .] à l’idée que nous nous faisons de l’être humain et à l’intégrité de ses caractéristiques intrinsèques » (*ibid.*). La science transgénique a été associée à d’autres techniques préjudiciables de procréation assistée, comme le clonage humain et la chosification du matériel reproductif (voir, p. ex., A. Campbell, « Defining a Policy Rationale for the Criminal Regulation of Reproductive Technologies » (2002), 11 *Health L. Rev.* 26). Ces risques justifient le recours au droit criminel pour encadrer la recherche transgénique.

[108] Essentiellement, l’art. 11 recourt à une interdiction sélective afin d’accroître la portée des interdictions absolues que prévoient les al. 5(1)(h), (i) et (j) et qui frappent la création de chimères et d’hybrides. Il reconnaît que la combinaison de matériel génétique humain et non humain peut susciter des préoccupations morales bien avant qu’une telle expérience aboutisse à la création d’une nouvelle forme de vie. Le procureur général du Québec concède que le Parlement a un intérêt moral légitime dans l’interdiction des actes visés aux al. 5(1)(h), (i) et (j) eu égard aux préjudices susceptibles d’en découler. On peut difficilement soutenir que la manipulation transgénique, visée plus généralement à l’art. 11, ne fait pas intervenir les mêmes préoccupations morales.

[109] Je conclus que l’art. 11 constitue une règle de droit criminel valide.

(5) Section 12

[110] Section 12 prohibits reimbursing donors for expenditures incurred in the course of donating sperm or ova, for the maintenance or transport of an *in vitro* embryo, or for expenditures incurred by a surrogate mother — except in accordance with the regulations and a licence. The section also prohibits reimbursement for expenditures without receipts, and the reimbursement of surrogate mothers for the loss of work-related income without medical certification that work may pose a risk to her health or that of the embryo. The prohibitions in s. 12 are backed by the penalties in s. 61.

[111] The question is whether s. 12 has a criminal law purpose. Section 12 is complementary to ss. 6 and 7, which are conceded to be valid criminal law. Sections 6 and 7 prohibit the commercialization of reproduction. These prohibitions are based on the Baird Report, which stated: “To allow commercial exchanges of this type [buying and selling embryos, use of financial incentives, etc.] would undermine respect for human life and dignity and lead to the commodification of women and children” (p. 718). Section 12 addresses the related issue of permitted expenses. It seeks to ensure that credited expenses are confined to actual outlays, and do not cross the line into commercialized reproductive activities. This is the line that prohibits that which is considered inappropriate commodification, and permits that which is considered acceptable reimbursement. The act of drawing this line raises fundamental moral questions. Though there are differing views on where the line should be drawn, it is difficult to argue that the criminal law power does not permit Parliament to prohibit that which falls on the wrong side of it.

[112] I conclude that s. 12 is rooted in the same concerns as ss. 6 and 7 and is valid criminal law.

(5) L'article 12

[110] L'article 12 interdit, sauf conformité aux règlements et obtention d'une autorisation, de défrayer un donneur pour le don d'un ovule ou d'un spermatozoïde, de rembourser les frais d'entretien ou de transport d'un embryon *in vitro* ou de rembourser les frais supportés par une mère porteuse. Il interdit également le remboursement de frais qui ne font pas l'objet d'un reçu, ainsi que le dédommagement d'une mère porteuse pour la perte de revenu de travail qu'elle subit, sauf attestation d'un médecin que le travail de l'intéressée constitue un risque pour sa santé ou celle de l'embryon. Le contrevenant s'expose aux peines prévues à l'art. 61.

[111] La question qui se pose est celle de l'existence d'un véritable objet de droit criminel. L'article 12 complète les art. 6 et 7, dont il est admis qu'ils constituent des règles de droit criminel valides. Les articles 6 et 7 interdisent la commercialisation de la procréation. Les interdictions qu'ils prévoient s'appuient sur le Rapport Baird, selon lequel « [a]utoriser des échanges commerciaux de ce genre [l'achat et la vente d'embryons, le recours à des mesures d'incitation financière, etc.] saperait [. . .] le respect de la vie et de la dignité humaines, et mènerait à la chosification des femmes et des enfants » (p. 810). L'article 12 porte sur le sujet connexe des dépenses autorisées et il vise à faire en sorte que seules les dépenses réelles soient remboursées et que les activités de procréation ne soient pas commercialisées. Là se situe la limite au-delà de laquelle le Parlement juge qu'il y a chosification inacceptable et en deçà de laquelle il tient le défraiement pour acceptable. L'emplacement de cette limite soulève des questions morales fondamentales et peut susciter des divergences d'opinions, mais on peut difficilement soutenir que le pouvoir de légiférer en droit criminel ne permet pas au Parlement d'interdire les activités qui se trouvent du mauvais côté de la ligne ainsi tracée.

[112] Je conclus que l'art. 12 se fonde sur les mêmes préoccupations que celles qui sous-tendent les art. 6 et 7 et qu'il constitue une règle de droit criminel valide.

(6) Section 13

[113] Section 13 is an absolute prohibition on the performance of licensed activities in unlicensed premises, backed by a penalty set out in s. 61. The only issue is whether it is grounded in a valid criminal law purpose.

[114] The purpose of s. 13 is to confine activities relating to the artificial production of human life to places which have been licensed to perform such activities. It imposes controls not on what is done, but on where it is done. The mechanism used is licensing, on the basis of yet-to-be-adopted regulations.

[115] On one hand, the Attorney General of Quebec argues that it is for the provinces, not the federal government, to regulate the facilities in which medical procedures are performed. In its view, the establishment of standards for assisted reproduction facilities comes within provincial jurisdiction.

[116] On the other hand, the Attorney General of Canada contends that it is essential to restrict the places in which the practice of assisted reproduction takes place. The Attorney General of Canada explains that s. 13 is aimed at preventing the artificial creation of human life in clandestine laboratories, on shoddy operating tables, and in shuttered basements, where human reproductive material might be imperilled, unhampered by regulatory supervision. It prohibits this and imposes a penalty.

[117] The location where assisted reproduction takes place is important. The facilities must be equipped and staffed to properly care for donors, donees, and delicate life forms produced by artificial means. The suitability of assisted reproduction facilities is vital to avoiding harms related to morality and health. In turn, these facilities must be identified so that they can be subject to inspection and control. As with ss. 10 to 12, licensing provides the only practical means of enacting a prohibition on substandard facilities.

(6) L'article 13

[113] L'article 13 frappe d'une interdiction absolue l'exercice d'une activité autorisée dans un établissement non autorisé. Son non-respect rend passible des peines prévues à l'art. 61. Il faut seulement déterminer s'il a pour assise un véritable objet de droit criminel.

[114] L'article 13 vise à faire en sorte que l'activité liée à la création artificielle de vie humaine ne soit exercée que dans un lieu autorisé. Il réglemente non pas l'activité, mais l'endroit où elle est exercée. Il recourt au mécanisme de l'autorisation, et ce, en fonction de règlements qui seront adoptés.

[115] Le procureur général du Québec prétend que c'est aux provinces, et non au gouvernement fédéral, qu'il appartient de réglementer les établissements dans lesquels sont accomplis des actes médicaux. À son avis, assujettir un établissement de procréation assistée à des normes relève de la compétence provinciale.

[116] Pour sa part, le procureur général du Canada soutient qu'il est essentiel de limiter les lieux dans lesquels on peut recourir aux techniques de procréation assistée. Il explique que l'art. 13 vise à empêcher la création artificielle de la vie humaine dans un laboratoire clandestin, sur une table d'opération improvisée ou dans un sous-sol barricadé, le matériel reproductif humain pouvant y être compromis faute d'encadrement réglementaire. Il l'interdit sous peine de sanction.

[117] Le lieu où se déroule la procréation assistée importe. L'établissement doit être doté d'un matériel et d'un personnel qui permettent de prendre bien soin des donneurs, des receveurs et des formes de vie fragiles créées de manière artificielle. Son caractère approprié est indispensable pour éviter le préjudice moral ou sanitaire. Il faut dès lors l'identifier pour pouvoir y effectuer une inspection ou un contrôle. Comme pour les art. 10 à 12, le régime d'autorisation offre le seul moyen pratique de frapper d'interdiction un établissement inadéquat.

[118] The production of human life in clandestine facilities may well constitute a public health evil. The conduct involved can pose serious health risks to those involved. Inadequate equipment, unsterilized facilities, unqualified staff, inappropriate emergency protocols — all of these factors and more may pose grave risks to the health of donors, mothers, and the future human beings who are the object of the exercise.

[119] These health-related objectives overlap with the moral concern of ensuring that assisted reproduction facilities are subject to supervision. The Baird Report concluded that human reproductive material attracts special moral concerns. These concerns come to the fore in the creation and preservation of life by artificial means. Parliament is entitled to prohibit the performance of assisted reproduction procedures in secret, lest human reproductive material be manipulated and put to purposes that are considered immoral. Parliament is also entitled to prohibit the performance of assisted reproduction procedures in facilities that are unable to appropriately support human life. For example, it would cheapen human life to permit artificially created newborns to die simply because a facility was not equipped to meet their special needs. These prohibitions speak to our fundamental notions of humanity. Consequently, the morality interest validates the use of criminal sanctions to prevent assisted reproduction from being practised in unsuitable venues. In turn, this objective is actualized by way of licensing.

[120] The prohibition on unlicensed facilities does not oust the ability of the provinces to designate the facilities in which assisted reproduction procedures are performed. Section 13 does not confine these activities to any specific facilities. The hospitals and research centres where these procedures take place will be subject to concurrent provincial licensing. Section 13 does not displace this provincial oversight, but merely requires a supplementary federal licence certifying that assisted reproduction processes can be carried out in the

[118] Créer une forme de vie humaine dans un local clandestin peut également constituer un mal pour la santé publique. L'activité en cause peut présenter un risque sanitaire important pour les intéressés. Du matériel inadéquat, des installations non stérilisées, du personnel non compétent, un protocole d'urgence inadéquat et d'autres lacunes peuvent compromettre gravement la santé des donneurs, des mères et des êtres humains qui naîtront.

[119] Ces objectifs liés à la santé chevauchent le souci moral de faire en sorte que les établissements de procréation assistée fassent l'objet d'un encadrement. Le Rapport Baird conclut que des considérations morales particulières s'attachent au matériel reproductif humain. Ces considérations sont au premier plan dans la création et la préservation de la vie par des moyens artificiels. Le Parlement a le pouvoir d'interdire le recours clandestin aux techniques de procréation assistée, de crainte que le matériel reproductif humain soit manipulé et serve à des fins jugées immorales. Il lui est également loisible d'interdire la procréation assistée dans un établissement qui n'est pas conçu pour maintenir convenablement la vie humaine. Par exemple, on dévaloriserait celle-ci en permettant qu'un nouveau-né conçu artificiellement meure pour la seule raison que l'établissement n'est pas doté du matériel nécessaire pour répondre à ses besoins spéciaux. Les interdictions établies à ce chapitre traduisent simplement nos valeurs humaines fondamentales. En conséquence, l'intérêt moral valide le recours aux sanctions pénales pour empêcher le déroulement de la procréation assistée dans des lieux inadéquats, un objectif atteint par la délivrance d'autorisations.

[120] L'interdiction qui frappe les établissements non autorisés n'empêche pas les provinces de désigner les établissements dans lesquels se dérouleront les activités de procréation assistée. En effet, l'art. 13 n'exige pas que celles-ci se déroulent dans un type d'établissement précis. Les hôpitaux et les centres de recherche où elles ont lieu seront soumis à un régime provincial concurrent d'autorisation. L'article 13 n'écarte pas cet encadrement provincial, mais exige seulement une autorisation fédérale supplémentaire attestant que les activités

laboratory or hospital in question. Further, if the province and the federal government reach an equivalency agreement under s. 68, the province alone would issue and enforce licences under s. 13. This prohibition does not seek to usurp the provinces' role in regulating hospitals and research centres, but rather to prevent specific practices from being carried out in unsuitable facilities.

[121] I conclude that s. 13 addresses serious harms both to society and the individuals involved in assisted reproduction procedures. It is valid criminal law.

(7) Summary

[122] I conclude that, in pith and substance, the prohibitions in ss. 8 to 13 come within the scope of the federal criminal law power and are valid criminal law. Together with ss. 5 to 7, these provisions form a valid prohibition regime that is consistent with the general pith and substance of the *Assisted Human Reproduction Act* as a whole.

[123] I turn now to the validity of the administration and enforcement provisions in the remainder of the Act.

C. *Are the Administrative Provisions of the Act (Sections 14 to 61 and 65 to 68) Ancillary to the Prohibition Regime in Sections 5 to 13?*

[124] The criminal prohibitions in ss. 5 to 13 are followed by a number of sections that provide for their administration and enforcement. Sections 14 to 19 set up a system of information management. Sections 20 to 39 of the Act establish the Assisted Human Reproduction Agency of Canada. Sections 40 to 59 charge the Agency with administering and enforcing the Act and regulations, and authorize it to issue licences for certain activities related to assisted reproduction. Finally, ss. 60 and 61 provide for penalties, ss. 65 to 67

de procréation assistée peuvent y être exercées. De plus, si la province et le gouvernement fédéral arrivent à un accord d'équivalence sous le régime de l'art. 68, seule la province délivrera des autorisations et les fera respecter en application de l'art. 13. L'interdiction ne vise pas à usurper le rôle des provinces dans la réglementation des hôpitaux et des centres de recherche, mais bien à empêcher que certaines activités se déroulent dans un établissement inadéquat.

[121] J'arrive à la conclusion que l'art. 13 s'attaque à des préjudices importants susceptibles d'être infligés tant à la société qu'aux personnes qui recourent à la procréation assistée ou qui en sont issues. Il s'agit d'une règle de droit criminel valide.

(7) Résumé

[122] J'estime que, par leur caractère véritable, les interdictions prévues aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel et qu'il s'agit de règles de droit criminel valides. Avec les art. 5 à 7, ces dispositions constituent un régime d'interdiction valide qui est en adéquation avec le caractère véritable général de la *Loi sur la procréation assistée* dans son ensemble.

[123] J'examine maintenant la validité des dispositions de mise en œuvre et de contrôle d'application que renferme par ailleurs la Loi.

C. *Les dispositions d'application de la Loi (art. 14 à 61 et 65 à 68) sont-elles accessoires au régime d'interdiction (art. 5 à 13)?*

[124] Les interdictions criminelles prévues aux art. 5 à 13 de la Loi sont suivies d'un certain nombre de dispositions de mise en œuvre et de contrôle d'application. Les articles 14 à 19 établissent un système de gestion de l'information. Les articles 20 à 39 créent l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée. Les articles 40 à 59 confient à l'Agence la mise en œuvre de la Loi et des règlements et le contrôle de leur application, et ils lui confèrent le pouvoir d'autoriser certaines activités liées à la procréation assistée. Enfin, les

authorize the promulgation of regulations, and s. 68 addresses the equivalency agreements with the provinces.

[125] In pith and substance, many of these provisions do not come within Parliament's criminal law power. However, the Attorney General of Canada argues that these provisions (the "ancillary provisions") support the criminal law prohibitions in ss. 5 to 13 of the Act and are valid under the doctrine of ancillary powers (also known as the ancillary doctrine: see *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 45).

[126] The ancillary powers doctrine holds that legislative provisions which, in pith and substance, fall outside the jurisdiction of the government that enacted them, may be upheld on the basis of their connection to a valid legislative scheme. This doctrine addresses the reality in federal states that one level of government will often be unable to legislate effectively on matters within its jurisdiction without trenching on subjects that belong to the other level of government. At the same time, however, the doctrine of ancillary powers seeks to maintain the basic division of federal and provincial powers established by the *Constitution Act, 1867*.

[127] The Court has developed a rational, functional test to describe the required connection, with the caveat that a test of necessity will apply where the encroachment on the jurisdiction of the other level of government is substantial: *General Motors*, at pp. 667-70; *Reference re Goods and Services Tax*, [1992] 2 S.C.R. 445, at pp. 469-70; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* The idea of proportionality underlies the idea of a rational and functional standard for some cases and standard of necessity for others. The more an ancillary provision intrudes on the competency of the other level of government, the higher the threshold for upholding it on the basis of the ancillary powers doctrine. Though this test has been criticized as too dependent on a subjective classification of the severity of the intrusion (see Hogg, at p. 15-43), for

art. 60 et 61 prévoient les peines, les art. 65 à 67 autorisent l'adoption de règlements et l'art. 68 régît les accords d'équivalence avec les provinces.

[125] Par leur caractère véritable, bon nombre de ces dispositions ne relèvent pas de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Cependant, le procureur général du Canada fait valoir que ces dispositions (les « dispositions accessoires ») consolident les interdictions criminelles figurant aux art. 5 à 13 de la Loi et sont valides au regard de la doctrine des pouvoirs accessoires (voir *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 45).

[126] La doctrine des pouvoirs accessoires tient pour valide la disposition législative qui, par son caractère véritable, échappe à la compétence du gouvernement qui l'a adoptée, mais qui a un lien avec un régime législatif valide. Elle tient compte de la réalité d'un État fédéral où il est souvent impossible à un ordre de gouvernement de légiférer efficacement dans un domaine relevant de sa compétence sans empiéter sur un domaine ressortissant à la compétence de l'autre ordre de gouvernement. Toutefois, elle vise simultanément à préserver la répartition fondamentale des compétences entre le fédéral et les provinces issue de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[127] Notre Cour a établi un critère de rationalité et de fonctionnalité pour définir le lien requis, sous réserve de l'application d'un critère de nécessité lorsque l'empiètement sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement est substantiel : *General Motors*, p. 667-670; *Renvoi relatif à la taxe sur les produits et services*, [1992] 2 R.C.S. 445, p. 469-470; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.* La notion de proportionnalité sous-tend, dans certains cas, l'application d'une norme rationnelle et fonctionnelle, et dans d'autres, celle d'une norme de nécessité. Plus une disposition accessoire empiète sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement, plus le critère à satisfaire est strict pour qu'elle puisse être validée sur le fondement de la doctrine des pouvoirs accessoires. D'aucuns estiment que l'application du critère tient indûment à une évaluation

the purposes of this decision it need not be revisited.

[128] In *General Motors*, Dickson C.J. noted a number of factors that would determine the severity of an extrajurisdictional incursion. These factors may be summarized as follows.

[129] The first factor concerns the *scope of the heads of power in play* — whether they are broad or narrow. Dickson C.J. focussed on the head of power that validates the scheme in which the impugned provision appears. Broad heads of power lend themselves to jurisdictional overlap, and are “therefore less likely to give rise to highly intrusive provisions” (*General Motors*, at p. 671). This stands in contrast to narrow heads of power, which are “quite susceptible to having provisions ‘tacked-on’ to legislation which is validated under them” (*ibid.*). Dickson C.J. thus concluded that the intrusion on the powers of the other level of government will usually be less serious where the impugned provision appears in a legislative scheme that is validated under a broad head of power. This logic suggests that it is also important to consider the head of power that the impugned provision is said to infringe. If it intrudes upon a broad head of power, the intrusion will generally be less serious because it does not overwhelm the jurisdiction of the other level of government. Conversely, an intrusion on a narrow legislative competency will be more serious because it threatens to obliterate that head of power.

[130] The second factor concerns *the nature of the impugned provision*. In *General Motors*, Dickson C.J. considered the intrusion on provincial powers less serious because the nature of the impugned provision in that case was remedial. The provision was designed “to help enforce the substantive aspects of the Act, but it [was] not in itself a substantive part of the Act” (p. 673). Dickson C.J. also noted that the incursion on the jurisdiction of the other level of government would be less

subjective de l’importance de l’empiétement (voir Hogg, p. 15-43), mais pour les besoins du pourvoi, point n’est besoin de le soumettre à un réexamen.

[128] Dans l’arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson relève un certain nombre de considérations permettant de déterminer la gravité de l’empiétement sur la compétence de l’autre ressort. En voici le résumé.

[129] La première considération est la *portée des chefs de compétence en jeu*, à savoir si elle est grande ou non. Le juge en chef Dickson met l’accent sur le chef de compétence qui a pour effet de valider le régime dont fait partie la disposition contestée. Les chefs de compétence de grande portée se prêtent au chevauchement et sont « donc peu susceptibles de donner lieu à des dispositions très envahissantes » (*General Motors*, p. 671). À l’opposé, les chefs de compétence dont la portée est limitée sont « très susceptibles de comporter des dispositions qu’on ajoute après coup à la loi pour la valider » (*ibid.*). Le juge en chef Dickson conclut donc que l’empiétement sur les pouvoirs de l’autre ordre de gouvernement est habituellement moins grave lorsque la disposition contestée figure dans un régime législatif qui est validé au regard d’un chef de compétence de grande portée. Ce raisonnement permet de conclure qu’il importe aussi de tenir compte du chef de compétence sur lequel empiéterait la disposition contestée. Lorsqu’il vise une compétence étendue, l’empiétement est généralement moins grave parce qu’il ne balaie pas le pouvoir de l’autre palier de gouvernement. À l’inverse, l’empiétement sur une compétence législative limitée est plus grave en ce qu’il risque de supprimer celle-ci.

[130] La deuxième considération correspond à *la nature de la disposition contestée*. Dans l’arrêt *General Motors*, le juge en chef Dickson estime que l’empiétement sur les pouvoirs provinciaux est rendu moins grave par la nature réparatrice de la disposition contestée. L’objet de la disposition était « de faciliter l’exécution des aspects fondamentaux de la Loi, tout en ne constituant pas en soi une partie fondamentale de la Loi » (p. 673). Le juge en chef Dickson signale par ailleurs que l’empiétement

serious where the impugned provision was limited in scope, and did not create general rights. Another relevant aspect of the nature of the impugned provision is whether it is intended to replace legislation introduced by the other level of government, or merely supplement it. An intrusion will be less serious when the impugned provision is meant to coexist with legislation enacted by the other level of government.

[131] Finally, Dickson C.J. considered whether the impugned provision's enacting body had a *history of legislating on the matter in question*. A history of legislation in the area supports the legitimacy of the impugned provisions and suggests they will not prove unduly intrusive on the other level of government. Thus the enacting body is "not constitutionally precluded" from enacting similar legislation "where such measures may be shown to be warranted" (p. 673). In *General Motors*, it sufficed that Parliament had a history of intruding on provincial jurisdiction by creating rights of civil action. This track record demonstrated that the inclusion of such a right was "not constitutionally fatal" (p. 674).

[132] Dickson C.J.'s list of factors did not purport to be exhaustive, and the assessment of the seriousness of an intrusion must ultimately be grounded in the facts of each case. However, the *General Motors* factors align well with the facts of the present appeal.

[133] Before turning to the question of how seriously the ancillary provisions intrude on provincial jurisdiction, it is useful to describe the nature of the intrusions. Some of the ancillary provisions are criminal in nature and do not significantly intrude on provincial powers. The provisions for enforcement (ss. 45 to 59), promulgation of regulations (ss. 65 to 67), and imposition of penalties (ss. 60 and 61) are essentially part of the criminal prohibitions in ss. 5 to 13. Indeed, many of them are rough analogues to provisions in the *Criminal Code*. The organizational provisions in ss. 20 to 39 are similar in nature. However, other provisions intrude

sur la compétence de l'autre ordre de gouvernement est moins grave lorsque la disposition contestée a une portée restreinte et qu'elle ne crée pas de droits généraux. La nature de la disposition contestée s'entend également de l'intention de remplacer une disposition adoptée par l'autre ordre de gouvernement ou de seulement la compléter. L'empiétement est moins grave lorsque la disposition contestée est censée cohabiter avec la disposition adoptée par l'autre ordre de gouvernement.

[131] Enfin, le juge en chef Dickson se demande si l'autorité législative à l'origine de la disposition contestée a *déjà légiféré dans le domaine en cause*. Dans l'affirmative, la disposition paraît d'autant plus légitime et n'empiéterait pas indûment sur les pouvoirs de l'autre autorité législative. Ainsi, la Constitution « n'empêche pas » l'autorité législative d'adopter des dispositions apparentées « lorsque l'on peut démontrer que ces mesures sont justifiées » (p. 673). Dans l'affaire *General Motors*, il a suffi que le Parlement ait déjà empiété sur la compétence provinciale en créant des droits d'action de nature civile pour que la Cour conclue que la création d'un tel droit n'était « pas fatale sur le plan constitutionnel » (p. 674).

[132] Les considérations énumérées par le juge en chef Dickson ne se voulaient pas exhaustives, et la gravité de l'empiétement doit finalement être déterminée en fonction des faits de chaque espèce. Toutefois, les éléments considérés dans l'arrêt *General Motors* concordent bien avec les faits du présent dossier.

[133] Avant de déterminer à quel point les dispositions accessoires empiètent sur la compétence provinciale, il convient de préciser la nature des empiétements. Certaines des dispositions accessoires sont foncièrement pénales et n'empiètent pas beaucoup sur les pouvoirs provinciaux. Les dispositions sur le contrôle d'application (art. 45 à 59), l'adoption de règlements (art. 65 à 67) et l'imposition de peines (art. 60 et 61) font essentiellement partie des interdictions de nature criminelle prévues aux art. 5 à 13. En effet, bon nombre d'entre elles reprennent à peu de chose près des dispositions du *Code criminel*. Les dispositions à vocation

directly on provincial powers. Of particular significance are the information management provisions in ss. 14 to 19, which define standards of consent and privacy, charge the Agency with managing personal health information, and establish rules for the medical profession. Additionally, the administrative provisions in ss. 40 to 44 endow the Agency with broad powers to grant licences that affect the who, where, when, and how of assisted reproduction.

[134] The question is whether these provisions, taken as a whole, represent a minor incursion on provincial powers, or a substantial one. The first consideration is the scope of the provincial head of power in play. In the present appeal, the ancillary provisions generally fall under the provincial powers over property and civil rights (s. 92(13)) and matters of a merely local or private nature (s. 92(16)). Both of these heads of power are very broad, and they are often seen as sources of residual jurisdiction: see Hogg, at pp. 17-2 and 17-3. The breadth of these heads of power renders the intrusion less serious.

[135] This brings us to the second factor, the nature of the ancillary provisions. None of these provisions purport to create a substantive right. Rather, as explained below, they function merely to assist in enforcing the Act. Without the prohibition regime in ss. 5 to 13, these provisions would serve no purpose; they would establish an agency with nothing to enforce. Consent is obtained, information flows, and privacy is protected — all to ensure the smooth functioning of the criminal prohibitions. Moreover, the ancillary provisions are tailored to a small corner of the vast topography of the provincial power over health: namely, the harmful aspects of assisted human reproduction, insofar as they are specifically targeted by the Act and regulations. The impact of the law on provincial powers is

organisationnelle correspondant aux art. 20 à 39 sont du même acabit. Cependant, d'autres dispositions empiètent directement sur les compétences provinciales. Mentionnons particulièrement celles relatives à la gestion de l'information — les art. 14 à 19 — qui définissent les exigences applicables au consentement et à la protection des renseignements personnels, qui confient à l'Agence la gestion des renseignements personnels médicaux et qui assujettissent à des règles la profession médicale. En outre, les dispositions de mise en œuvre — les art. 40 à 44 — confèrent à l'Agence de larges pouvoirs d'autorisation qui ont une incidence sur les personnes et les lieux en cause dans la procréation assistée, ainsi que les conditions et les modalités de celle-ci.

[134] Il faut se demander si, considérées dans leur ensemble, les dispositions empiètent peu ou beaucoup sur les pouvoirs des provinces. Le premier élément à considérer est la portée des chefs de compétence provinciale en jeu. Dans la présente affaire, les dispositions accessoires ressortissent généralement aux pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur les matières d'une nature purement locale ou privée (par. 92(16)). Il s'agit de deux chefs de compétence très vastes, et on estime souvent qu'ils sont à l'origine d'une compétence résiduelle : voir Hogg, p. 17-2 et 17-3. L'étendue de ces chefs de compétence atténue l'empiètement.

[135] Je passe maintenant au deuxième élément : la nature des dispositions accessoires. Aucune de ces dispositions ne crée un droit substantiel. En fait, comme je l'explique ci-après, elles contribuent seulement à l'application de la Loi. Sans le régime d'interdiction des art. 5 à 13, ces dispositions seraient sans objet, car elles mettraient sur pied une agence qui n'aurait rien à faire respecter. L'obtention du consentement, la communication de l'information et la protection des renseignements personnels assurent la bonne application du régime d'interdiction criminelle. Qui plus est, les dispositions accessoires ne visent qu'une infime partie du vaste territoire de la compétence provinciale en matière de santé, à savoir les aspects préjudiciables de la procréation assistée, dans la mesure où

real, but it is confined in a manner consistent with the purpose of the Act. Furthermore, the ancillary provisions are designed to supplement, rather than exclude, provincial legislation. The Act imposes federal rules on the practice of assisted reproduction, but it does not prevent the provinces from regulating this field, especially for the promotion of its beneficial aspects. This conclusion is underscored by the equivalency provision in s. 68, which provides that the Governor in Council may consent to suspending certain portions of the Act and regulations in favour of equivalent provincial laws. The nature of the ancillary provisions points in the direction of a minor intrusion on provincial powers.

[136] Finally, I turn to Parliament's history of legislating in the field occupied by the ancillary provisions. Parliament has long sought to address issues of morality, health, and security. As discussed above, it has also invoked the criminal law power to uphold regulatory schemes. Of particular relevance is Parliament's history of administering and enforcing these statutes, often by way of licensing bodies like the Agency: see *Firearms Reference*; *Hydro-Québec*. These historical comparisons suggest that the ancillary provisions constitute only a minor intrusion on provincial powers.

[137] In light of these factors, I conclude that the ancillary provisions constitute a minor incursion on provincial jurisdiction. Accordingly, the rational and functional connection test should be applied in this case.

[138] The rational and functional connection test assesses the relationship between the ancillary provisions and the otherwise valid legislative scheme in which they appear. The ancillary provisions must support the scheme in a way that is rational in purpose and functional in effect. This means that they must "complement rather than supplement"

ils sont expressément ciblés par la Loi et les règlements. L'incidence de la règle de droit sur les pouvoirs provinciaux est réelle, mais elle est délimitée de manière compatible avec son objet. Au surplus, les dispositions accessoires sont conçues pour compléter la législation provinciale, et non pour l'écartier. La Loi fait en sorte que des règles fédérales régissent les techniques de procréation assistée, mais elle n'empêche pas les provinces de réglementer le domaine, en particulier pour promouvoir ses aspects bénéfiques. L'article 68 sur les accords d'équivalence prévoit d'ailleurs que le gouverneur en conseil peut accepter de suspendre l'application de certaines parties de la Loi et des règlements au bénéfice de dispositions provinciales équivalentes. Il appert de la nature des dispositions accessoires que l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux est minime.

[136] Enfin, je me penche sur l'activité législative antérieure du Parlement dans le champ de compétence correspondant aux dispositions accessoires. Ce n'est pas d'hier que le Parlement s'attaque aux domaines de la morale, de la santé et de la sécurité. Il convient de rappeler qu'il a aussi invoqué son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour faire valider des régimes de réglementation et, plus particulièrement, qu'il a mis en œuvre et contrôlé l'application de telles lois, souvent au moyen d'organismes d'autorisation apparentés à l'Agence : voir *Renvoi sur les armes à feu* et *Hydro-Québec*. On peut donc conclure que les dispositions accessoires n'empiètent que peu sur les pouvoirs provinciaux.

[137] Au vu de ces éléments, j'estime que les dispositions accessoires constituent un empiètement minime sur la compétence provinciale. Dès lors, il convient d'appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel.

[138] Appliquer le critère du lien rationnel et fonctionnel consiste à déterminer la nature de la relation entre les dispositions accessoires et le régime législatif par ailleurs valide qui les renferme. Les dispositions accessoires doivent appuyer le régime d'une manière rationnelle quant à l'objet et fonctionnelle quant à l'effet, en sorte qu'elles doivent

the legislative scheme: *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), at p. 336. It also means they must be appropriately tailored to fill “gaps” in the legislative scheme that might otherwise lead to inconsistency, uncertainty, or ineffectiveness: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* It need not be shown that the scheme would fail without the ancillary provisions; that would be a test of necessity. Rather, the ancillary provisions must themselves perform a function that complements the other provisions in the scheme, and they cannot have been tacked on merely as a matter of convenience.

[139] The rational, functional connection test recognizes the need to protect the supremacy of each level of government in the areas of jurisdiction assigned to it by the *Constitution Act, 1867*. However, it also recognizes that these heads of power are no longer watertight. The complexity of modern legislation will often render it impossible for one level of government to fulfill its constitutional mandate without trespassing on the jurisdiction of the other level. The Court’s endorsement of a flexible, cooperative approach to federalism suggests that this kind of pragmatic lawmaking should be encouraged: see Dickson C.J. in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at p. 18; *Canadian Western Bank v. Alberta*, at para. 42.

[140] The final question is whether the ancillary provisions are rationally and functionally connected to the valid criminal law provisions in ss. 5 to 13 of the Act.

(1) Sections 14 to 19

[141] The first set of ancillary provisions are ss. 14 to 19, which address access to information. These provisions harness the flow of information, first to deal appropriately with consent and related privacy issues, and second to facilitate compliance with the Act. Both these goals are rationally connected to the scheme in ss. 5 to 13. The only purpose of these information management provisions

[TRADUCTION] « compléter [le régime législatif], et non y ajouter » : *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.), p. 336. Elles doivent aussi être conçues de manière à combler les « lacunes » du régime législatif qui, sinon, pourraient donner lieu à de l’incohérence, de l’incertitude ou de l’inefficacité : *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.* Il n’est pas nécessaire d’établir que, sans les dispositions accessoires, le régime serait voué à l’échec, car il s’agirait alors du critère de la nécessité. Les dispositions accessoires doivent plutôt jouer, comme telles, un rôle de complément aux autres dispositions du régime, et elles ne peuvent avoir été insérées seulement par souci de commodité.

[139] Le critère du lien rationnel et fonctionnel reconnaît la nécessité de préserver la souveraineté de chacun des ordres de gouvernement dans les domaines de compétence qui lui sont attribués dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il reconnaît toutefois par ailleurs que ces chefs de compétence ne sont plus hermétiques. De nos jours, la complexité de l’activité législative empêche souvent un ordre de gouvernement de s’acquitter de son rôle constitutionnel sans empiéter sur la compétence de l’autre ordre. L’adhésion de notre Cour à une conception du fédéralisme à la fois souple et axée sur la coopération permet de conclure qu’il y a lieu d’encourager ce genre d’activité législative pragmatique : voir le juge en chef Dickson dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 18; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, par. 42.

[140] La dernière question à trancher est celle de savoir si les dispositions accessoires ont un lien rationnel et fonctionnel avec les règles de droit criminel valides que sont les art. 5 à 13 de la Loi.

(1) Les articles 14 à 19

[141] La première série de dispositions accessoires correspond aux art. 14 à 19 et porte sur l’accès à l’information. Ces dispositions encadrent la communication de renseignements, d’abord pour régler convenablement la question du consentement et les questions connexes touchant à la protection des renseignements personnels, puis pour faciliter le respect de la Loi. Ces deux objectifs ont un lien

is to further the scheme. Functionally, they fill gaps that would otherwise undermine the operation of the prohibition regime.

[142] Consent is central to the scheme established by the Act. Section 2(d) declares that “the principle of free and informed consent must be promoted and applied as a fundamental condition of the use of human reproductive technologies”. This concern is reflected in the consent provisions of s. 8, which bar the use of human reproductive material to create an embryo, or the use of an *in vitro* embryo, unless the donor consents. The importance of consent is intimately tied to moral concerns, as discussed earlier.

[143] Sections 14 to 19 contain a number of provisions to ensure that participants give consent, have sufficient information to make this consent meaningful, and that their privacy is protected throughout. These provisions ensure that donors are aware of the requirements and protections of the Act and have adequate counselling services so as to give full and informed consent (s. 14(2)). Additionally, they provide for disclosure of relevant health information to participants in, and offspring of the processes (s. 18(3), (4) and (7)) so that they, too, will have the necessary information to manage their own reproductive lives. Furthermore, the information management provisions provide for the withdrawal of consent, requiring the destruction of personal information and reproductive material (s. 16(2) and (3)). Finally, these provisions also protect privacy interests, so that the laudable ends of informed consent do not unduly compromise human dignity (ss. 15(1) and 18(2)).

[144] Compliance is also central to the operation of the Act, because a prohibition regime would be useless if it did not have a mechanism to ensure

rationnel avec le régime établi aux art. 5 à 13. Les dispositions visent seulement à favoriser l’application du régime. Sur le plan fonctionnel, elles comblent les lacunes qui, sinon, compromettraient l’efficacité du régime d’interdiction.

[142] Le consentement est au cœur du régime créé par la Loi. L’alinéa 2d) dispose qu’« il faut encourager et mettre en pratique le principe selon lequel l’utilisation de ces techniques est subordonnée au consentement libre et éclairé de la personne qui y a recours ». Ce souci se retrouve à l’art. 8, qui interdit l’utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, ou l’utilisation d’un embryon *in vitro*, sans le consentement du donneur. L’importance du consentement est étroitement liée aux préoccupations morales mentionnées précédemment.

[143] Les articles 14 à 19 renferment un certain nombre de dispositions qui font en sorte que les personnes qui recourent aux techniques soient suffisamment renseignées pour donner un consentement valable et que les renseignements personnels les concernant soient toujours protégés. Ces dispositions veillent à ce que le donneur soit informé des exigences et des protections de la Loi et à ce que des services de consultation adéquats soient mis à sa disposition pour que son consentement soit à la fois complet et éclairé (par. 14(2)). Elles prévoient en outre la communication de renseignements médicaux pertinents aux personnes qui ont recours aux techniques et à celles qui en sont issues (par. 18(3), (4) et (7)) afin qu’elles disposent elles aussi des données nécessaires pour décider de leur propre vie reproductive. De plus, les dispositions sur la gestion de l’information permettent le retrait du consentement, auquel cas les renseignements personnels et le matériel reproductif doivent être détruits (par. 16(2) et (3)). Enfin, elles protègent aussi le droit à la vie privée, de sorte que les objectifs louables du consentement éclairé ne compromettent pas indûment la dignité humaine (par. 15(1) et 18(2)).

[144] L’observation de ces dispositions est également vitale à l’application de la Loi, car un régime d’interdiction est inutile s’il ne s’accompagne pas

that its provisions are respected. Sections 14 to 19 achieve this end by coordinating information sharing between the relevant actors: donors, practitioners, the Agency, and the public. With regard to donors, s. 14(2) provides that they will be informed of the prohibitions and protections of the Act, ensuring that they have sufficient information to comply with the Act and demand compliance of practitioners. As for practitioners and other licensees, s. 14(1) provides that they will have sufficient information about donors to avoid contravening the prohibitions in the Act (e.g., by accepting a donation of reproductive material from an underage donor, in contravention of s. 9). Sections 15 and 16 cover the disclosure of personal information to the Agency, the courts and insurers, while s. 17 charges the Agency with maintaining a personal health information registry to assist in administering and enforcing the Act (see also s. 18(1)). Finally, s. 19 gives the public a right to access certain information about the Agency's activities, thereby promoting compliance by subjecting enforcement of the Act to public scrutiny.

[145] It is not difficult to see how the collection of information will help to ensure that the Act's prohibitions are respected and, if defied, that such conduct will be effectively prosecuted.

[146] I conclude that ss. 14 to 19 are closely tied to the valid criminal prohibitions in ss. 5 to 13. These prohibitions fill a gap by addressing the practical considerations inherent in the functioning of the legislative scheme. Because they do so in a tailored manner, they constitute a proper exercise of ancillary powers.

(2) Sections 20 to 59 and 65 to 67

[147] The organizational provisions in ss. 20 to 39, the administrative provisions in ss. 40 to 44, the enforcement provisions in ss. 45 to 59, and the regulatory provisions in ss. 65 to 67 are clearly

d'un mécanisme assurant son respect. Les articles 14 à 19 jouent ce rôle en coordonnant l'échange de renseignements entre les intéressés, à savoir les donneurs, les praticiens, l'Agence et le public. En ce qui concerne les donneurs, le par. 14(2) prévoit qu'ils sont informés des interdictions et des protections découlant de la Loi, de sorte qu'ils aient suffisamment de données pour se conformer à la Loi et exiger des praticiens qu'ils l'observent également. Pour ce qui est des praticiens et autres titulaires d'autorisations, le par. 14(1) fait en sorte qu'ils disposent de suffisamment de renseignements sur les donneurs pour ne pas accomplir d'actes interdits par la Loi (p. ex., accepter le don de matériel reproductif d'un donneur trop jeune, contrairement à l'art. 9). Les articles 15 et 16 portent sur la communication de renseignements personnels à l'Agence, aux tribunaux et aux assureurs, alors que l'art. 17 prévoit que l'Agence tient un registre de renseignements personnels médicaux afin de faciliter la mise en œuvre de la Loi et à son contrôle d'application (voir également le par. 18(1)). Enfin, l'art. 19 met à la disposition du public certains renseignements sur les activités de l'Agence et favorise ainsi l'observation de la Loi en soumettant le contrôle de son application à l'examen public.

[145] On conçoit aisément que la collecte de renseignements contribue à faire obstacle aux actes interdits par la Loi et permette la poursuite des contrevenants.

[146] J'arrive à la conclusion que les art. 14 à 19 sont étroitement liés aux interdictions prévues aux art. 5 à 13, qui constituent des règles de droit criminel valides. Ces interdictions sont utiles en ce qu'elles comblent une lacune en réglant les problèmes pratiques inhérents au fonctionnement du régime législatif. Parce qu'elles le font de manière circonscrite, elles résultent d'un exercice légitime de pouvoirs accessoires.

(2) Les articles 20 à 59 et 65 à 67

[147] Les dispositions organisationnelles des art. 20 à 39, les dispositions de mise en œuvre des art. 40 à 44, les dispositions de contrôle d'application des art. 45 à 59 et les dispositions sur les

ancillary to the criminal prohibition regime in ss. 5 to 13, furthering it in both purpose and functional effect. All of these provisions present the necessary rational connection to the valid criminal law prohibitions in the Act. I consider each set of provisions in turn.

[148] The organizational provisions in ss. 20 to 39 merely establish the Agency to administer and enforce the federal Act, and, as such, the constitutionality of this portion of the legislation is entirely subsidiary to the constitutionality of the prohibitions in ss. 5 to 13. Indeed, the Attorney General of Quebec does not claim that these provisions are unconstitutional.

[149] The administrative provisions in ss. 40 to 44 are concerned with the issuance of licences for controlled activities (s. 40). This is directly related, as discussed above, to prohibiting harmful and immoral conduct, while excepting beneficial activity. Licensing helps to ensure that selective prohibition targets morally reprehensible conduct, and does so in a flexible manner that can adapt to changing circumstances. It does so by restricting and supervising the use of technologies associated with the artificial creation of human life. In this situation, licensing is about separating good from bad, not about promoting or encouraging the positive aspects of assisted reproduction. Sections 41 to 44 are collateral to this purpose.

[150] The provisions relating to inspection and enforcement of the Act found in ss. 45 to 59 also constitute a valid exercise of ancillary powers. They are part and parcel of the scheme by which Parliament prohibits immoral and potentially harmful uses of human reproductive material, while permitting beneficial uses to continue. Without inspection and enforcement provisions, the prohibitions of ss. 5 to 13 would be ineffective. The manipulation of human reproductive material happens in

règlements des art. 65 à 67 sont clairement accessoires au régime d'interdiction de nature pénale établi aux art. 5 à 13, concourant à la fois à la réalisation de son objet et à l'efficacité de son application. Toutes ces dispositions ont le lien rationnel nécessaire avec les interdictions criminelles que prévoit la Loi. J'examine successivement chacun de ces ensembles de dispositions.

[148] Les dispositions organisationnelles des art. 20 à 39 ont seulement pour effet de mettre sur pied l'Agence et de lui confier le mandat de mettre en œuvre la loi fédérale et de contrôler son application, en sorte que la constitutionnalité de cette partie de la Loi dépend entièrement de celle des interdictions prévues aux art. 5 à 13. D'ailleurs, le procureur général du Québec ne prétend pas que ces dispositions sont inconstitutionnelles.

[149] Les dispositions de mise en œuvre correspondant aux art. 40 à 44 ont pour objet la délivrance d'autorisations pour l'exercice d'activités réglementées (art. 40), ce qui est directement lié, rappelons-le, au fait d'interdire l'activité préjudiciable et immorale et de prévoir une exception pour l'activité bénéfique. Le régime d'autorisation contribue à faire en sorte que l'interdiction sélective vise l'activité moralement répréhensible, et ce, d'une manière suffisamment souple pour permettre l'adaptation à de nouvelles circonstances. Il y parvient en limitant et en encadrant le recours aux techniques associées à la reproduction artificielle de la vie humaine. Dans ce contexte, autoriser une activité ou non revient à distinguer le bien du mal, et non à promouvoir ou à favoriser les aspects bénéfiques de la procréation assistée. Les articles 41 à 44 sont accessoires eu égard à cet objet.

[150] Les dispositions relatives à l'inspection et au contrôle d'application de la Loi (les art. 45 à 59) résultent également d'un exercice légitime de pouvoirs accessoires. Elles font partie du régime que le Parlement établit pour interdire l'utilisation immorale et potentiellement préjudiciable du matériel reproductif humain et permettre la bénéfique. Sans les dispositions sur l'inspection et le contrôle d'application, les interdictions faites aux art. 5 à 13 seraient sans effet. Comme la manipulation

the privacy of laboratories, requiring special rules for inspection and enforcement. In essence, these provisions are analogous to the search and seizure powers in the *Criminal Code*, narrowly tailored to the special exigencies of enforcing the *Assisted Human Reproduction Act*.

[151] Finally, the regulatory provisions in ss. 65 to 67 permit adaptations as required by changing circumstances in the rapidly evolving field of assisted reproduction. Section 65 lists a number of topics on which the Governor in Council may enact specific rules to more precisely tailor the prohibition regime to the particular demands of the moment. This regulatory power is merely the mechanism by which a set of selective prohibitions addresses an ever-changing subject. The Attorney General of Quebec does not seek to have these provisions declared unconstitutional.

(3) Equivalency Provisions

[152] Section 68 of the Act permits the Governor in Council to declare provisions of the Act inapplicable in a province where a provincial law contains similar provisions, pursuant to an agreement with that province. This provision recognizes the fact that assisted human reproduction is an area of overlapping jurisdiction, and it provides for harmonization and the avoidance of duplication where provincial laws cover the same matters as the Act. Section 68 provides a flexible approach to federal-provincial cooperation, which is appropriate to modern federalism, where matters will frequently attract concurrent legislative authority.

[153] This provision is not seriously attacked, although the Attorney General of Quebec argues that its presence is indicative of the predominantly regulatory nature of the legislation. This is an old argument, and it has been soundly rejected in the jurisprudence. The mere fact that a matter comes within provincial jurisdiction does not preclude

du matériel reproductif humain se produit dans le secret d'un laboratoire, des règles spéciales d'inspection et de contrôle d'application s'imposent. Ces dispositions s'apparentent essentiellement à celles du *Code criminel* en matière de fouilles, de perquisitions et de saisies, et elles sont strictement établies pour satisfaire aux exigences particulières de l'application de la *Loi sur la procréation assistée*.

[151] Enfin, les art. 65 à 67 conférant le pouvoir de prendre des règlements permettent l'adaptation à l'évolution de ce domaine en effervescence qu'est la procréation assistée. L'article 65 énumère un certain nombre de sujets sur lesquels le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour adapter davantage le régime d'interdiction aux exigences particulières du moment. Ce pouvoir de réglementation n'est que le mécanisme faisant en sorte qu'un ensemble d'interdictions sélectives demeure applicable dans un domaine qui évolue sans cesse. Le procureur général du Québec ne demande pas à notre Cour de déclarer ces dispositions inconstitutionnelles.

(3) Les dispositions sur les accords d'équivalence

[152] L'article 68 de la Loi permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions de la Loi inapplicables dans une province dotée de dispositions équivalentes, moyennant un accord avec la province. Le Parlement reconnaît que la procréation assistée est un domaine où les compétences se chevauchent. L'article 68 assure l'harmonisation et évite le double emploi lorsqu'une loi provinciale s'applique à une même matière. Il favorise la coopération entre le fédéral et les provinces à l'intérieur d'un cadre souple adapté au fédéralisme moderne, puisque, de nos jours, une même matière relève souvent d'autorités législatives concurrentes.

[153] Cette disposition n'est pas vraiment contestée, même si le procureur général du Québec voit dans son existence la confirmation de la nature principalement réglementaire du régime législatif. L'argument n'est pas nouveau, et les tribunaux l'ont écarté à juste titre. Le seul fait qu'un sujet ressortit à la compétence provinciale ne l'empêche pas de

it from coming under federal jurisdiction as well. As noted above, this Court has upheld as constitutional provisions that allow the provinces to limit the scope of federal legislation under cooperative schemes: *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497, *Furtney* and *Hydro-Québec*.

[154] I conclude that s. 68 is constitutional.

(4) Sections 60 and 61

[155] These provisions are not seriously attacked. They simply provide the penal sanctions that are necessary for criminal law provisions. Like the penal provisions of the *Criminal Code* of Canada, they are valid.

V. Conclusion

[156] I conclude that the impugned sections of the Act are valid. The prohibitions in ss. 8 to 13 fall within the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. The remaining sections are ancillary to this criminal law scheme. Consequently, I would allow the appeal and answer the constitutional question as follows:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

English version of the reasons of LeBel, Deschamps, Abella and Rothstein JJ. delivered by

[157] LEBEL AND DESCHAMPS JJ. — In 2001, Health Canada estimated that every 100th baby in the industrialized world was being conceived through the application of some kind of assisted human reproduction technology (*Proposals for Legislation Governing Assisted Human Reproduction: An Overview* (May 2001)). The popularity of assisted human reproduction was

relever aussi du pouvoir fédéral. Comme je le dis précédemment, notre Cour a jugé constitutionnelles des dispositions permettant aux provinces de restreindre la portée de dispositions fédérales dans un contexte de coopération : *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497, *Furtney* et *Hydro-Québec*.

[154] Je conclus à la constitutionnalité de l'art. 68.

(4) Les articles 60 et 61

[155] Ces dispositions ne sont pas sérieusement contestées. Elles prévoient seulement les sanctions pénales nécessaires à l'application de règles de droit criminel. À l'instar des dispositions pénales du *Code criminel* du Canada, elles sont valides.

V. Conclusion

[156] Je conclus que les dispositions contestées de la Loi sont valides. Les interdictions figurant aux art. 8 à 13 relèvent du pouvoir fédéral de légiférer en matière de droit criminel conféré au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les autres dispositions sont accessoires à ce régime de droit criminel. Conséquemment, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre comme suit à la question constitutionnelle :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

Les motifs des juges LeBel, Deschamps, Abella et Rothstein ont été rendus par

[157] LES JUGES LEBEL ET DESCHAMPS — Déjà en 2001, Santé Canada estimait qu'un bébé sur 100 était conçu grâce à une forme d'assistance à la procréation dans les pays industrialisés (*Propositions relatives au projet de loi régissant l'assistance à la procréation : Aperçu* (mai 2001)). La popularité de la procréation assistée ne pouvait qu'augmenter, car elle correspondait à un besoin. En 2009, le

bound to increase, as it corresponded to a need. The same department reported in 2009 that one in eight Canadian couples experienced problems related to infertility. This appeal does not concern the appropriateness or wisdom of the decision to regulate assisted human reproduction, or even the validity of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2 (“*AHR Act*”), as a whole. Rather, the dispute relates to the connection between certain provisions of the *AHR Act* and the federal criminal law power. The Attorney General of Canada is appealing as of right from an opinion of the Quebec Court of Appeal on a reference under the *Court of Appeal Reference Act*, R.S.Q., c. R-23. The following constitutional question was stated:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

[158] For the reasons that follow, we would answer this question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. The provisions of the *AHR Act* concerning controlled activities, namely those involving assistance for human reproduction and related research activities, do not fall under the criminal law power, but belong to the jurisdiction of the provinces over hospitals, civil rights and local matters. We would therefore dismiss the appeal.

I. Introduction

[159] Connecting the impugned provisions with the heads of power relied on by the parties — criminal law, on the one hand, and property and civil rights, education, hospitals and local matters, on the other — is a particularly delicate exercise because the scopes of certain of these powers are not clearly defined. As we will see, however, even though defining the scopes of certain powers may seem difficult, the powers in question do have real limits and the courts retain a role in reviewing compliance with those limits. To determine whether the government that enacted the impugned provisions has complied with the limits, we will need to

même ministère rapportait qu’un couple canadien sur huit connaissait des problèmes d’infertilité. Le présent pourvoi ne porte pas sur l’opportunité ou la sagesse de la décision d’encadrer la procréation assistée ni même sur la validité de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2 (« *LPA* »), dans son ensemble. La contestation porte plutôt sur le rattachement de certaines dispositions de la *LPA* à la compétence fédérale en matière de droit criminel. Le procureur général du Canada en appelle de plein droit d’un avis de la Cour d’appel du Québec portant sur une demande présentée en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d’appel*, L.R.Q., ch. R-23. La question constitutionnelle est formulée comme suit :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[158] Pour les motifs exprimés ci-dessous, nous sommes d’avis de répondre affirmativement à cette question, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Les dispositions de la *LPA* qui concernent les activités réglementées, c’est-à-dire l’assistance à la procréation et les activités de recherche connexes, ne relèvent pas du droit criminel, mais plutôt de la compétence des provinces sur les hôpitaux, les droits civils et les matières locales. Nous rejeterions donc l’appel.

I. Introduction

[159] La tâche de rattacher les dispositions contestées aux champs de compétence invoqués par les parties — d’une part le droit criminel, d’autre part la propriété, les droits civils, l’éducation, les hôpitaux et les matières locales — se révèle particulièrement délicate en raison de l’absence de délimitation claire de l’étendue de certains de ces champs de compétence. Cependant, même s’il paraît difficile de définir la portée de certains chefs, nous verrons qu’il existe des limites réelles à ces compétences et que les tribunaux conservent un rôle dans l’examen du respect de ces limites. Pour déterminer si ces limites ont été respectées par l’ordre de

review the history of the *AHR Act* and the doctrines of Canadian constitutional law.

II. History of the *Assisted Human Reproduction Act*

[160] In 1989, the federal government, which was already concerned about the stakes of genetic manipulation, struck the Royal Commission on New Reproductive Technologies (the “Baird Commission”) to inquire into the existing situation and foreseeable scientific and medical advances in the area of new reproductive technologies. The Baird Commission was mandated to inquire both into the impact of these technologies on health and research and into their ethical, social, economic and legal implications and their impact on the general public. In November 1993, it tabled its final report entitled *Proceed With Care: Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* (the “Baird Report”). The Baird Commission made two key recommendations in its report:

- 1 - that legislation be enacted to prohibit, with criminal sanctions, certain aspects of new reproductive technologies; and
- 2 - that a national regulatory body for reproductive technologies be established. (See Executive Summary, at p. xxxii.)

[161] After the Baird Report was tabled, the federal government initiated a process to implement its recommendations. This process would prove to be particularly long and arduous. Several bills were introduced before the *AHR Act*. They can be divided into two groups. The scope of the first group of bills was limited to the prohibition of certain activities: Bill C-47, *An Act respecting human reproductive technologies and commercial transactions relating to human reproduction*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996; Bill C-247, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess., 36th Parl., 1997; Bill C-336, *An Act to amend the Criminal Code (genetic manipulation)*, 1st Sess.,

gouvernement qui a adopté les dispositions contestées, il sera nécessaire de décrire le contexte de la *LPA* et de nous reporter aux doctrines qui régissent l’environnement constitutionnel canadien.

II. Historique de la *Loi sur la procréation assistée*

[160] En 1989, déjà préoccupé par les enjeux des manipulations génétiques, le gouvernement fédéral crée la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction (la « Commission Baird ») pour faire enquête sur l’état et les développements prévisibles de la science et de la médecine en matière de nouvelles techniques de reproduction. L’enquête doit porter tant sur leurs répercussions sur la santé et la recherche que sur leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques et sur leur incidence pour le grand public. En novembre 1993, la Commission Baird dépose son rapport final intitulé *Un virage à prendre en douceur : rapport final de la Commission royale sur les nouvelles techniques de reproduction* (le « Rapport Baird »). Le Rapport Baird formule deux grandes recommandations :

- 1 - l’adoption de lois assorties de sanctions pénales interdisant certains aspects des nouvelles techniques de reproduction;
- 2 - la création d’un organisme national chargé de réglementer les techniques de reproduction. (Voir Résumé, p. xxxiv-xxxv.)

[161] À la suite du dépôt du Rapport Baird, le gouvernement fédéral amorce la mise en application de ses recommandations. Ses efforts se révéleront singulièrement longs et laborieux. Plusieurs projets de loi précèdent la *LPA*. Ils peuvent être divisés en deux groupes. Le premier groupe de projets ne vise que l’interdiction de certaines activités : Projet de loi C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2^e sess., 35^e lég., 1996; Projet de loi C-247, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1^{re} sess., 36^e lég., 1997; Projet de loi C-336, *Loi modifiant le Code criminel (manipulation génétique)*, 1^{re} sess.,

37th Parl., 2001. The second group of bills purported to regulate certain activities associated with assisted human reproduction and to create an agency that was to be responsible for administering the Act. The purpose of each of the bills in the second group was to implement both the recommendations of the Baird Report: Bill C-56, *An Act respecting assisted human reproduction*, 1st Sess., 37th Parl., 2001-2002; Bill C-13, *An Act respecting assisted human reproduction*, 2nd Sess., 37th Parl., 2002.

[162] All five of these bills died on the Order Paper at the end of the sessions of Parliament in which they were introduced.

[163] Finally, Bill C-6, *An Act respecting assisted human reproduction and related research*, 3rd Sess., 37th Parl., the source of the current legislation, was introduced on February 11, 2004. It passed through every stage of parliamentary scrutiny and received Royal Assent on March 29, 2004. To this date, the only regulations that have been made pursuant to this Act are the *Assisted Human Reproduction (Section 8 Consent) Regulations*, SOR/2007-137.

III. Structure and Content of the Assisted Human Reproduction Act

[164] The *AHR Act* is formally divided into 17 parts of varying importance. We will focus on the parts of the Act that will enable us to determine the objectives Parliament was pursuing in enacting it. To this end, it will be helpful to reproduce s. 2 of the *AHR Act*, in which Parliament stated the principles that guided it:

2. [Declaration] The Parliament of Canada recognizes and declares that

(a) the health and well-being of children born through the application of assisted human reproductive technologies must be given priority in all decisions respecting their use;

(b) the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health,

37^e lég., 2001. Le deuxième groupe de projets vise quant à lui tant la réglementation de certaines activités liées à la procréation assistée que la création d'une agence chargée de l'administration du régime. Chacun des projets de loi du deuxième groupe tend à la mise en œuvre des deux recommandations du Rapport Baird : Projet de loi C-56, *Loi concernant la procréation assistée*, 1^{re} sess., 37^e lég., 2001-2002; Projet de loi C-13, *Loi concernant la procréation assistée*, 2^e sess., 37^e lég., 2002.

[162] Aucun de ces cinq projets ne survit à la fin des sessions parlementaires au cours desquelles ils sont présentés.

[163] Finalement, le Projet de loi C-6, *Loi concernant la procréation assistée et la recherche connexe*, 3^e sess., 37^e lég., à l'origine de la loi actuelle, est déposé le 11 février 2004. Il franchit toutes les étapes de l'examen parlementaire et reçoit la sanction royale le 29 mars 2004. À ce jour, un seul règlement a été pris sous le régime de cette loi : le *Règlement sur la procréation assistée (article 8 de la Loi)*, DORS/2007-137.

III. Structure et contenu de la Loi sur la procréation assistée

[164] La *LPA* compte formellement 17 titres dont les contenus varient en importance. Nous nous attacherons aux parties de la *LPA* qui permettent de discerner les objectifs que visait le Parlement en adoptant cette loi. À cet effet, il convient de reproduire l'art. 2 de la *LPA*, qui constitue un énoncé par le Parlement des principes qu'il dit le guider :

2. [Déclaration du Parlement] Le Parlement du Canada reconnaît et déclare ce qui suit :

a) la santé et le bien-être des enfants issus des techniques de procréation assistée doivent prévaloir dans les décisions concernant l'usage de celles-ci;

b) la prise de mesures visant à la protection et à la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains constitue le moyen le plus efficace de garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en

safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research;

(c) while all persons are affected by these technologies, women more than men are directly and significantly affected by their application and the health and well-being of women must be protected in the application of these technologies;

(d) the principle of free and informed consent must be promoted and applied as a fundamental condition of the use of human reproductive technologies;

(e) persons who seek to undergo assisted reproduction procedures must not be discriminated against, including on the basis of their sexual orientation or marital status;

(f) trade in the reproductive capabilities of women and men and the exploitation of children, women and men for commercial ends raise health and ethical concerns that justify their prohibition; and

(g) human individuality and diversity, and the integrity of the human genome, must be preserved and protected.

[165] After this statement of principles, the Act contains a series of definitions, which are followed by a number of provisions divided into two classes: Prohibited Activities and Controlled Activities. The parts under these headings represent two distinct branches of activities related to genetic manipulation.

[166] Sections 5 to 9 list the prohibited activities. The Baird Commission stated that most of these activities or technologies were considered to be unacceptable, mainly for ethical or moral reasons, but also in some cases because of a lack of knowledge of the health risks they might entail (Baird Report, at p. 108). A voluntary moratorium on nine of these activities and technologies had been announced in 1995, after the Baird Report was tabled (Health Canada, News Release 1995-57). The prohibited activities are: cloning human embryos (s. 5(1)(a)); creating *in vitro* embryos for any purpose other than creating a human being or conducting research (s. 5(1)(b)); manipulating embryos to create children whose parents

général la procréation assistée et la recherche dans ce domaine;

c) si ces techniques concernent l'ensemble de notre société, elles visent davantage les femmes que les hommes, et la santé et le bien-être des femmes doivent être protégés lors de l'application de ces techniques;

d) il faut encourager et mettre en pratique le principe selon lequel l'utilisation de ces techniques est subordonnée au consentement libre et éclairé de la personne qui y a recours;

e) les personnes cherchant à avoir recours aux techniques de procréation assistée ne doivent pas faire l'objet de discrimination, notamment sur la base de leur orientation sexuelle ou de leur statut matrimonial;

f) la commercialisation des fonctions reproductives de la femme et de l'homme ainsi que l'exploitation des femmes, des hommes et des enfants à des fins commerciales soulèvent des questions de santé et d'éthique qui en justifient l'interdiction;

g) il importe de préserver et de protéger l'individualité et la diversité humaines et l'intégrité du génome humain.

[165] Cet énoncé de principes est suivi d'une série de définitions, puis d'une classification dichotomique : actes interdits et activités réglementées. Ces titres représentent deux volets distincts des activités liées aux manipulations génétiques.

[166] Les articles 5 à 9 énumèrent les actes interdits. La Commission Baird affirme au sujet de la plupart de ces actes ou techniques qu'ils étaient jugés inacceptables principalement pour des raisons d'ordre éthique ou moral, mais aussi parfois en raison de l'absence de connaissance de leurs risques pour la santé (Rapport Baird, p. 124). En 1995, à la suite du Rapport Baird, neuf de ces actes et techniques avaient fait l'objet d'une demande de moratoire volontaire (Santé Canada, Communiqué 1995-57). Les actes interdits sont : le clonage d'embryons humains (al. 5(1)a)), la création d'embryons *in vitro* à des fins autres que la création d'un être humain ou pour la recherche (al. 5(1)b)), la manipulation d'embryons pour créer des enfants dont

never existed genetically (s. 5(1)(c)); maintaining embryos outside a woman's body after the 14th day following fertilization (s. 5(1)(d)); engaging in sex selection for non-medical reasons (s. 5(1)(e)); altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f)); creating animal-human chimeras or hybrids (s. 5(1)(g), (h), (i) and (j)); entering into pre-conception or surrogacy arrangements for a fee (s. 6); and purchasing or selling ova, sperm and/or embryos (s. 7). Removal and use of human reproductive material without consent (s. 8) are also dealt with in the part on prohibited activities. However, unlike most of the other activities listed in this part, which the Act prohibits completely, the removal and use of such material are permitted if consent is given in the form prescribed by regulations. As well, obtaining any sperm or ovum from a minor is prohibited by s. 9, except to enable the minor to become a parent. The constitutionality of the absolute prohibitions, that is, of those provided for in ss. 5 to 7, is not in issue here, but the validity of the prohibitions in ss. 8 and 9 is being challenged.

[167] The controlled activities are set out in ss. 10 to 13 of the *AHR Act*. These provisions are being challenged. They concern both assisted human reproduction and related research.

[168] When it decided to regulate what are called "controlled" activities, Parliament clearly took into account the concerns expressed about the ethical and moral aspects and the safety of assisted reproductive activities. And in so doing it clearly intended to implement the Baird Report's second recommendation in order to ensure that Canadians could have access to assisted reproduction services. In Chapter 4 of the report, the Commission had stated that,

- if safe, ethical, and effective means are available to help Canadians achieve the goal of having a healthy child, then as a caring society we should consider how to devote our collective resources to doing so;

les parents n'ont jamais génétiquement existé (al. 5(1)c)), la conservation d'embryons en dehors du corps d'une femme après le 14^e jour suivant la fécondation (al. 5(1)d)), le choix du sexe en fonction de critères non médicaux (al. 5(1)e)), la modification du génome d'une cellule de façon à rendre le changement transmissible aux descendants (al. 5(1)f)), la formation de chimères ou hybrides animal-humain (al. 5(1)g, h, i et j)), la conclusion à titre onéreux de contrats ou d'accords de maternité de substitution (art. 6) et l'achat ou la vente d'ovules, de spermatozoïdes ou d'embryons (art. 7). Le prélèvement et l'utilisation du matériel reproductif humain sans consentement (art. 8) sont traités sous le titre des actes interdits. Cependant, il faut noter qu'à la différence de la majorité des autres actes de cette rubrique que la loi prohibe sans réserve, ce prélèvement et cette utilisation sont permis si un consentement est donné suivant une forme prévue à un règlement. De même, l'obtention d'un ovule ou d'un spermatozoïde d'un mineur est interdite par l'art. 9, mais une exception est faite pour permettre à ce mineur de devenir parent. La validité constitutionnelle des interdictions absolues, soit celles prévues par les art. 5 à 7, n'est pas contestée. Par contre, la constitutionnalité des prohibitions prévues aux art. 8 et 9 est attaquée.

[167] Les activités réglementées sont précisées aux art. 10 à 13 de la *LPA*. Ces dispositions sont contestées. Elles visent tant la procréation assistée que la recherche connexe.

[168] Il est clair qu'en encadrant les activités dites réglementées, le Parlement a tenu compte des préoccupations éthiques, morales et de sécurité exprimées relativement à la procréation assistée et qu'il a entendu donner suite à la deuxième recommandation du Rapport Baird afin que les Canadiens et Canadiennes puissent avoir accès à des services d'assistance à la procréation. En effet, au chapitre 4 du Rapport, la Commission estimait que :

- s'il existe des moyens sûrs, moralement acceptables et efficaces d'aider les Canadiens et Canadiennes à réaliser leur rêve d'avoir des enfants sains, nous devons, en tant que société qui se respecte, envisager des moyens d'user de nos ressources collectives pour les rendre accessibles;

- if procedures have been demonstrated to be safe and effective, and if we have determined as a society that they should be available, then we must be prepared to commit public resources to their provision through the health care system; to do otherwise would be to ignore Canadians' values with respect to non-commercialization of reproduction and equity and fairness in access to treatment, and, as we will show in subsequent chapters, to undermine the publicly funded health care system by imposing uncontrollable burdens on it; and
- if a procedure is to be provided through the public health system, access to it must be determined by medical criteria and in accordance with the principles established in the *Canada Health Act*, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and human rights legislation. [Emphasis added; p. 86.]

At the end of its work, the Commission had noted a near-total consensus on certain activities:

- *in vitro* fertilization and assisted insemination are legitimate medical responses to infertility; internationally, the trend has been to institutionalize this response through some form of national accreditation or licensing and record keeping for assisted conception research and treatment; [and]
-
- internationally, there is general agreement that the use of donated gametes or zygotes is permissible [Emphasis added; p. 140.]

[169] It can thus be seen that the Commission was of the opinion that assisted reproductive activities and related research should be permitted. This means that it considered them morally and socially acceptable (Baird Report, at p. 109).

[170] Section 10 concerns obtaining, storing, transferring, destroying, importing or exporting embryos or human reproductive material for the purpose of creating an embryo (s. 10(3)); creating embryos (s. 10(1)); and using, altering or manipulating *in vitro* embryos (s. 10(2)).

[171] Section 11 requires compliance with regulations on transgenic research. Section 65(1)(d)

- si la sécurité et l'efficacité de techniques ou méthodes ont été démontrées, et si nous considérons, en tant que société, qu'elles devraient être disponibles, nous devons alors être prêts à financer publiquement leur utilisation dans tout le système de santé, pour ne pas faire fi des valeurs canadiennes qui s'opposent à la commercialisation des techniques de reproduction, et qui préconisent l'équité et la justice dans l'accès aux traitements ni, comme nous le montrerons dans les chapitres subséquents, miner le système public de santé en lui imposant des surcharges incontrôlables;
- si un type de traitement est offert dans le cadre du système de santé public, l'accès à ce traitement doit être déterminé à partir de critères médicaux et conformément aux principes établis dans la *Loi canadienne sur la santé*, la *Charte canadienne des droits et libertés* et la législation sur les droits de la personne. [Nous soulignons; p. 99.]

Au terme de ses travaux, la Commission notait un consensus presque complet sur certaines activités :

- La fécondation *in vitro* et l'insémination assistée sont des traitements médicaux légitimes de l'infertilité; à l'échelle internationale, on tend à les institutionnaliser par une forme d'agrément national ou de permis, et par la tenue de dossiers sur les activités de recherche et de traitement.
-
- À l'échelle internationale, on s'entend généralement pour dire que l'utilisation de zygotes ou de gamètes provenant de donneurs devrait être permise. [Nous soulignons; p. 158-159.]

[169] Il appert donc que, selon la Commission, les activités liées à l'assistance à la procréation et la recherche connexe doivent être permises. Elle les considérait donc comme moralement et socialement acceptables (Rapport Baird, p. 125).

[170] L'article 10 concerne l'obtention, la conservation, la cession, l'élimination, l'importation ou l'exportation d'embryons ou de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon (par. 10(3)), la création d'embryons (par. 10(1)) et l'utilisation, la modification ou la manipulation d'embryons *in vitro* (par. 10(2)).

[171] L'article 11 institue l'obligation de se conformer aux règlements sur la recherche transgénique.

establishes a power to specify parts or proportions of the human genome that may be used in conjunction with all or parts of the genome of another species.

[172] Section 12 regulates the reimbursement of expenditures related to the donation, maintenance and transport of reproductive material and to the pregnancy of surrogate mothers. Its provisions shed light on the real purpose of the prohibitions set out in ss. 6 and 7, as it prohibits only the commercialization of the provision of genetic material or of surrogacy.

[173] Section 13 regulates the use of any premises for a controlled activity.

[174] A separate part of the Act deals with the collection and disclosure of personal information and the provision of counselling services (ss. 14 to 19).

[175] Sections 20 to 39 define the responsibilities of the Minister of Health and establish the structure of the Assisted Human Reproduction Agency of Canada (the “Federal Agency”). Sections 40 to 59 concern the Federal Agency’s powers of enforcement and administration. These powers relate primarily to the controlled activities (see, e.g., s. 40(1)). Sections 60 and 61 provide for penal sanctions for violating the Act, and ss. 62 to 64 address certain procedural issues. The power to make regulations is granted in ss. 65 to 67. Sections 68 and 69 provide for the making (and termination) of equivalency agreements between the Minister and provincial governments pursuant to which the Governor in Council may declare that ss. 10 to 16, 46 to 53 and 61 do not apply. In this regard, it should be mentioned that ss. 40 to 53, 60, 61 and 68 are being challenged. However, although ss. 60 and 61 are being challenged as a whole, they should not be declared unconstitutional in their entirety even if the position of the Attorney General of Quebec is accepted, because the offences they establish relate not only to the impugned provisions, but also to the provisions that are not being challenged. In such a case, they

L’alinéa 65(1)d) établit le pouvoir de désigner la partie ou proportion du génome humain qu’on pourra utiliser en conjonction avec la partie ou le génome d’une autre espèce.

[172] L’article 12 régleme le remboursement des frais liés au don, à l’entretien et au transport de matériel reproductif, et ceux liés à la grossesse d’une mère porteuse. Ses dispositions mettent en lumière l’objet réel des prohibitions contenues aux art. 6 et 7. En effet, seules la commercialisation de la fourniture de matériel génétique ou de la fonction de mère porteuse se trouvent interdites.

[173] L’article 13 assujettit à la réglementation tout établissement où se pratique une activité réglementée.

[174] Un titre particulier de la loi est consacré à l’obtention et à la communication de renseignements personnels et à la fourniture de services de consultations (art. 14 à 19).

[175] Les articles 20 à 39 délimitent les responsabilités du ministre de la Santé et établissent la structure de l’Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée (l’« Agence fédérale »). Les articles 40 à 59 traitent des pouvoirs de contrôle et de mise en œuvre exercés par l’Agence fédérale. Ces pouvoirs concernent principalement les activités réglementées (voir, p. ex., par. 40(1)). Les articles 60 et 61 prescrivent les peines applicables en cas de contravention à la loi, et les art. 62 à 64 certaines modalités procédurales. Les articles 65 à 67 précisent la compétence réglementaire. Les articles 68 et 69 prévoient la conclusion (et la résiliation) par le ministre et les gouvernements provinciaux d’accords d’équivalence qui permettent au gouverneur en conseil d’écarter l’application des art. 10 à 16, 46 à 53 et 61. À cet égard, signalons que les art. 40 à 53, 60, 61 et 68 sont contestés. Toutefois, bien que les art. 60 et 61 soient contestés dans leur ensemble, si le point de vue du procureur général du Québec était retenu, ces dispositions ne devraient pas être déclarées inconstitutionnelles dans leur totalité parce qu’elles visent non seulement les infractions liées aux dispositions contestées, mais aussi celles qui ne le sont pas. Elles feraient donc l’objet d’une

should therefore be read down rather than being simply declared invalid.

[176] We will return to the different parts of the *AHR Act* below. For now, we will simply note that substantive and formal distinctions are drawn between prohibited activities and controlled activities. The dichotomy between dangerous activities and activities that benefit society appears clearly from Parliament's statement of principles in s. 2 and from the titles used in the Act itself. Furthermore, whereas the category of controlled activities concerns services that are available to persons in need of assistance because of an inability to reproduce and that are used by professionals who provide the required help, the activities that are prohibited completely do not involve techniques used in assisted human reproduction.

[177] In sum, the substantive and formal distinctions between controlled activities and activities that are prohibited completely stem from the legislative history, from the nature of the activities and from how they are presented in the *AHR Act*. The Chief Justice interprets the *AHR Act* very differently. She disregards its legislative history, even criticizing us for attaching importance to the Baird Report. She takes no account of the distinction the Commission drew in its report between prohibited activities and controlled activities. In this regard, she asserts that the fact that the Commission recognized the positive aspects of assisted human reproduction does not mean that Parliament shared the Commission's concerns. We can only emphasize that there is no factual basis whatsoever for the Chief Justice's interpretation. Her approach is contrary to the usual approach to constitutional analysis. In conducting such analyses, this Court gives considerable weight to the legislative facts. Moreover, in an affidavit filed in evidence during the hearing in the Court of Appeal, Francine Manseau, Senior Strategic Policy Advisor, Assisted Human Reproduction Implementation Office, Department of Health Canada, clearly stated that the mandate received from the Minister had been [TRANSLATION] "to analyse the *Baird Report* and develop policy statements consistent with its recommendations and findings" (A.R., at p. 6961). We

interprétation atténuée plutôt que d'une déclaration de nullité pure et simple.

[176] Nous reviendrons plus loin sur les composantes de la *LPA*. Pour l'instant, il suffit de constater que des distinctions matérielles et formelles sont faites entre les actes interdits et les activités réglementées. La dichotomie — actes dangereux, activités présentant des avantages pour la société — ressort de l'énoncé de principes du Parlement à l'art. 2 et des titres employés dans la loi elle-même. De plus, alors que les activités réglementées visent des services dont peuvent bénéficier les personnes qui ont besoin d'assistance en raison de leur incapacité à procréer et auxquels ont recours les professionnels qui fournissent l'aide requise, les actes interdits totalement ne sont pas des techniques utilisées pour la procréation assistée.

[177] En somme, les distinctions matérielles et formelles entre les activités réglementées et les actes prohibés totalement ressortent de l'historique législatif, de la nature de ces actes et activités et de la présentation de ceux-ci dans la *LPA*. La Juge en chef adopte une interprétation toute différente de la *LPA*. Elle met de côté l'historique législatif, nous reprochant même d'accorder de l'importance au Rapport Baird. Elle ne tient aucun compte de la distinction que la Commission fait dans son rapport entre les actes prohibés et les activités réglementées. À ce propos, elle affirme que le fait que la Commission a reconnu les aspects positifs de la procréation assistée ne signifie pas que le Parlement a partagé les mêmes préoccupations que la Commission. Nous ne pouvons que constater l'absence de tout fondement factuel justifiant l'interprétation de la Juge en chef. Son approche est contraire à celle adoptée habituellement au cours d'une analyse constitutionnelle. En effet, notre Cour attache une importance considérable aux faits législatifs dans l'analyse constitutionnelle. D'ailleurs, dans sa déclaration sous serment déposée en preuve lors de l'audience en Cour d'appel, M^{me} Francine Manseau, conseillère principale en planification stratégique au Bureau de la mise en œuvre de la législation sur la procréation assistée du Ministère de la santé du Canada précise bien que le mandat reçu de la ministre consistait à « analyser

therefore prefer to keep the legislative history and the distinctions between prohibited and controlled activities in mind. We will now review the parties' positions on the issues.

IV. Positions of the Parties

[178] The Attorney General of Canada describes assisted human reproduction as a “novel” reality, as a technique of “artificial creation of human life”. He views it as a single set of activities, which means that a comprehensive approach must be taken in determining whether the Act is constitutional and that the provisions of the Act can in this way be linked to the criminal law. The purpose of the scheme is to protect morality, safety and public health in the “novel” context of the artificial creation of human life. The adoption of prohibitions with exemptions and conditions makes it possible to take a systematic and integrated approach to the problems raised by the various aspects of assisted human reproduction, and to the complexity of the issues it raises. The Attorney General of Canada submits that the *AHR Act* does not encroach on the field of medical practice because its provisions have little or nothing to do with the practice of medicine. On the other hand, it cannot be denied that they have a connection with the protection of public health, which is a legitimate purpose of the criminal law power.

[179] The Attorney General of Quebec does not question the action taken by Parliament with respect to the activities prohibited by ss. 5 to 7. As regards the provisions on consent and on the controlled activities, however, he considers that Parliament is regulating the entire field of medicine connected with assisted human reproduction and related research. In his view, the pith and substance of the provisions is the regulation of the practice of medicine in the field of medically assisted human reproduction. He points out that the activities in question are neither harmful nor morally reprehensible; on the contrary, they are desirable from

le rapport *Baird* et d'élaborer des énoncés de politiques conformes aux recommandations et conclusions du rapport » (d.a., p. 6961). Par conséquent, nous préférons nous en tenir à l'historique législatif et garder en mémoire les distinctions entre les actes interdits et les activités réglementées. Nous rappellerons maintenant la position des parties sur les questions en litige.

IV. Thèses des parties

[178] Le procureur général du Canada décrit la procréation assistée comme une réalité « nouvelle et inédite », une technique de « création artificielle de la vie humaine ». Il y voit un ensemble unique d'activités. Dès lors, une approche globale s'impose pour statuer sur la constitutionnalité de la loi, et on peut ainsi relier les dispositions de la loi au droit criminel. Le régime a pour objet la protection de la morale, de la sécurité et de la santé publique dans le contexte « inédit » de la création artificielle de la vie. Le recours à des interdictions, assorties d'exceptions et de conditions, permet de répondre de façon systématique et intégrée aux problèmes soulevés par les divers aspects de la procréation assistée et à la complexité de ses enjeux. De l'avis du procureur général du Canada, la *LPA* n'empiète pas sur le domaine de la pratique médicale parce que ses dispositions ont peu, sinon rien, à voir avec la pratique de la médecine. Par contre, ses dispositions ont incontestablement un lien avec la protection de la santé publique, qui constitue un objectif légitime du pouvoir de légiférer en droit criminel.

[179] Le procureur général du Québec ne conteste pas l'intervention du Parlement en ce qui concerne les actes interdits par les art. 5 à 7. Il estime cependant que, pour ce qui est des dispositions relatives au consentement et aux activités réglementées, le Parlement réglemente tout le champ de la pratique de la médecine lié à la procréation assistée et à la recherche connexe. Selon lui, le caractère véritable des dispositions réside dans l'encadrement de la pratique médicale dans le domaine de la procréation médicalement assistée. Il souligne que les activités en cause ne sont ni nuisibles ni moralement condamnables, mais au contraire souhaitables pour

a health standpoint. He submits that the practice of medicine in the field of assisted human reproduction does not differ from the practice of medicine in any other area in regard to the professional qualifications of the practitioners, to the respect they must show patients and to compliance with the ethical, disciplinary and administrative rules governing the practice of medicine in general. Subjecting this field of medical practice to the control and oversight of a national agency represents, in this case, a major overflow of the exercise of federal legislative jurisdiction into matters within the provinces' authority. The Attorney General of Quebec does not deal with the *AHR Act* as a whole. Rather, he submits that the impugned provisions cannot be based on the federal criminal law power, because their purpose is not to suppress or prevent an evil, while a statutory provision cannot be criminal in nature without having that as its purpose. To hold these provisions to be constitutional would be to distort the principles of Canadian federalism.

V. Opinion of the Quebec Court of Appeal, 2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712

[180] The Attorney General of Quebec referred a question to the Quebec Court of Appeal under the *Court of Appeal Reference Act* in order to obtain its opinion on the constitutionality of the impugned provisions. In its decision, the Court of Appeal expressed the opinion that the *AHR Act* [TRANSLATION] “reveals the legislative intent to cover the entire field of assisted reproduction, with respect to both clinical practice and research” (para. 122). It noted that in this regard the *AHR Act* [TRANSLATION] “may be characterized as comprehensive and exhaustive legislation on the subject, just as the Baird Commission wished” (*ibid.*). The Court of Appeal held that the impugned provisions could not be considered to be criminal law legislation (at paras. 137 and 138):

[TRANSLATION] However valid these intentions [namely the setting of national standards] are, they do not have the effect of conferring a criminal law purpose

la santé. Il soutient que la pratique médicale dans le domaine de la procréation assistée ne diffère en rien de l'exercice de la médecine dans les autres domaines sur le plan de la qualification des professionnels concernés, du respect qu'ils portent à leurs patients ou de leur adhésion aux règles éthiques, déontologiques et administratives qui gouvernent la pratique de la médecine en général. L'assujettissement de ce champ de la pratique médicale au pouvoir de contrôle et de surveillance d'une agence nationale constitue en l'espèce un débordement majeur de la compétence législative fédérale sur des matières qui relèvent du pouvoir de légiférer des provinces. Le procureur général du Québec ne s'en prend pas à l'ensemble de la *LPA*. Il soutient plutôt que les dispositions contestées ne peuvent se fonder sur la compétence fédérale en droit criminel parce qu'elles ne visent pas à réprimer ou à prévenir un mal, la répression ou la prévention d'un mal constituant un critère essentiel pour attribuer à une disposition législative un caractère criminel. La reconnaissance de la validité constitutionnelle de ces dispositions ferait violence aux principes du fédéralisme canadien.

V. Avis de la Cour d'appel du Québec, 2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551

[180] Le procureur général du Québec a saisi la Cour d'appel du Québec en vertu de la *Loi sur les renvois à la Cour d'appel* d'une demande d'avis sur la constitutionnalité des dispositions attaquées. Dans son arrêt, la Cour d'appel du Québec estime que la *LPA* « fait voir la volonté législative de couvrir tout le champ de la procréation assistée tant en ce qui a trait à la pratique clinique qu'à la recherche » (par. 122). Elle note qu'à cet égard, la *LPA* « peut être qualifiée de législation globale et exhaustive sur le sujet, comme l'avait voulu la Commission Baird » (*ibid.*). La Cour d'appel conclut que les dispositions contestées ne peuvent être considérées comme des mesures législatives relatives au droit criminel (par. 137 et 138) :

Quelque valables que soient ces intentions [l'établissement de normes nationales], cela n'a pas pour effet de conférer à la réglementation de la procréation assistée

on the control of assisted reproductive activities. The question is not whether the Act is good or bad, or whether it achieves its objectives or not, but whether its purpose is criminal in nature. In the present case, with the exception of the outright prohibitions, the record reveals no “evil” that needs to be repressed. Rather, it establishes the intent to control the clinical and research aspects of a medical activity in order to create a uniformity that is considered to be desirable. The appropriateness of a single piece of legislation applying to Canada as a whole and regulating a permitted and recognized activity is not a purpose that confers criminal law jurisdiction.

To sum up, the fundamental and dominant purpose of the impugned part of the Act is the safeguarding of health and not the elimination of an “evil”.

[181] The Court of Appeal did not discuss the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. It simply concluded that the impugned provisions lay beyond the scope of Parliament’s criminal law power and did not discuss the ancillary powers doctrine.

VI. Applicable Constitutional Principles and Doctrines

[182] Before discussing the legislative powers relied on in this case, we must emphasize the existence and the scope of certain constitutional principles that shape Canadian federalism. The Court considered these principles in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. It identified four principles that underlie our Constitution as a whole, and its evolution: constitutionalism and the rule of law, democracy, the protection of minorities, and federalism (paras. 48-82). Of particular interest to us in the case at bar is federalism. According to this principle, the powers of the different levels of government in a federation are co-ordinate, not subordinate, powers. Federalism implies that a government does not encroach on the powers of the other level of government (para. 56).

[183] In that reference, the Court also commented that the proper operation of Canadian federalism sometimes requires the application of a principle

un objet de nature criminelle. La question n’est pas celle de savoir si la loi est la meilleure ou la pire, si elle atteint ses objectifs ou non, mais si elle vise un objet de droit criminel. Or, en l’espèce, sauf pour les actes totalement interdits, le dossier ne révèle aucun « mal » à réprimer. Il établit plutôt une volonté de contrôler une activité médicale, tant dans son aspect clinique que dans le cadre de la recherche parce que cela favoriserait une uniformité jugée souhaitable. La pertinence d’une législation unique pour tout le Canada en vue de réglementer une activité admise et reconnue n’est pas un objectif attributif de compétence en droit criminel.

En résumé, l’objet fondamental et dominant de la partie contestée de la loi est la protection de la santé et non pas l’élimination d’un « mal ».

[181] La Cour d’appel ne se penche pas sur le lien entre les dispositions de la loi qui sont contestées et celles qui ne le sont pas. Elle conclut simplement que les dispositions attaquées outrepassent la compétence du Parlement en droit criminel, sans étudier la doctrine de la compétence accessoire.

VI. Principes et doctrines constitutionnels applicables

[182] Avant d’examiner le contenu des compétences législatives invoquées en l’espèce, il importe de rappeler l’existence et la portée de principes constitutionnels qui encadrent le fonctionnement du fédéralisme canadien. À l’occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, la Cour s’est penchée sur ces principes. Elle en a dégagé quatre qui sous-tendent l’ensemble de notre Constitution et son évolution : le constitutionnalisme et la primauté du droit; la démocratie; le respect des minorités; le fédéralisme (par. 48-82). Celui qui nous intéresse plus particulièrement dans la présente affaire est le fédéralisme. Suivant ce principe, les sphères de compétences des ordres de gouvernement au sein d’une fédération sont des pouvoirs coordonnés, et non subordonnés. En effet, le fédéralisme implique le respect des compétences respectives des deux niveaux de gouvernement (par. 56).

[183] Dans ce renvoi, notre Cour a aussi rappelé que le fonctionnement du fédéralisme canadien invitait parfois à l’application d’un principe

of subsidiarity in the arrangement of relationships between the legislative powers of the two levels of government. According to this principle, legislative action is to be taken by the government that is closest to the citizen and is thus considered to be in the best position to respond to the citizen's concerns (on the application of this principle in public law, see *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3). In *Reference re Secession of Quebec*, the Court expressed the opinion that "[t]he federal structure of our country also facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective having regard to this diversity" (para. 58). In taking this position, the Court recognized the possibility inherent in a federal system of applying the principle of subsidiarity, thereby enhancing its democratic dimension and democratic value added. Moreover, in *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, the majority warned against the asymmetrical effect of the doctrine of inter-jurisdictional immunity, observing that this doctrine could be seen as undermining the principle of subsidiarity (para. 45). In their view, the powers assigned in the *Constitution Act, 1867* to the provinces on the one hand and the central government on the other are largely consistent with the principle of subsidiarity. According to Professor Hogg, the broad interpretation that the Privy Council and this Court generally gave the provincial jurisdiction over property and civil rights is explained by their acceptance of the principle of subsidiarity (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 5-13). This principle is therefore an important component of Canadian federalism.

[184] In performing their function as interpreters of the law in the context of Canada's federal system, the Canadian courts have developed a number of doctrines based on constitutional principles, two of which could apply in the instant case: the double aspect doctrine and the ancillary powers doctrine. Because it can be difficult to legislate effectively within a rigid, formal framework, these two doctrines introduce a measure of flexibility

de subsidiarité dans l'aménagement des rapports entre les compétences législatives des deux ordres de gouvernement. Ce principe veut que l'intervention législative provienne de l'ordre de gouvernement qui est le plus proche du citoyen et qui est ainsi jugé le plus à même de répondre aux préoccupations de ce citoyen (sur l'application de ce principe en droit public, voir *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3). À l'occasion du *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, la Cour a en effet exprimé l'opinion que « [l]a structure fédérale de notre pays facilite aussi la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l'on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné dans le contexte de cette diversité » (par. 58). Cette position reconnaît cette capacité propre à un régime de type fédéral à mettre en œuvre le principe de subsidiarité, ce qui accentue sa dimension et sa plus-value démocratiques. De plus, dans *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, la majorité s'est mise en garde contre l'effet asymétrique de la doctrine de la protection des compétences, notant que cette doctrine peut être considérée comme une menace au principe de subsidiarité (par. 45). La nature des compétences attribuées aux provinces d'une part et à l'autorité centrale d'autre part dans la *Loi constitutionnelle de 1867* serait largement conforme au principe de subsidiarité. Selon le Professeur Hogg, l'interprétation généreuse qu'ont généralement donnée le Conseil privé et notre Cour à la compétence provinciale en matière de propriété et droits civils s'explique par leur acceptation du principe de subsidiarité (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 5-13). Ce principe constitue donc une composante importante du fédéralisme canadien.

[184] Dans leur rôle d'interprètes du droit, à l'occasion de la mise en œuvre du régime fédéral du Canada, les tribunaux canadiens ont élaboré un certain nombre de doctrines fondées sur les principes constitutionnels. Deux d'entre elles sont susceptibles de s'appliquer en l'espèce : le double aspect et la compétence accessoire. Parce qu'il est souvent difficile de légiférer efficacement dans un cadre formel rigide, ces deux doctrines

that enables governments at different levels to cooperate in pursuing their legislative mandates. The constitutional analysis required by these two doctrines involves identifying the *pith and substance* of the impugned statute or provisions. The identification of the pith and substance focusses on the rule applicable to the facts or conduct. The pith and substance is identified by considering both the rule's purpose and its effects: *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146, at paras. 53-54. Several expressions have been used to describe the purpose of a rule: "dominant purpose" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 29), "leading feature or true character" (*R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at pp. 481-82), and "dominant or most important characteristic" (*Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, at pp. 62-63). We will use the expression "dominant purpose", which incorporates all the necessary nuances.

[185] Activities, acts or conduct can sometimes be viewed from different normative perspectives, one relating to a federal power and the other to a provincial power. Where this is the case, the double aspect doctrine is engaged: *Siemens v. Manitoba (Attorney General)*, 2003 SCC 3, [2003] 1 S.C.R. 6, at para. 22; *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *Law Society of British Columbia v. Mangat*, 2001 SCC 67, [2001] 3 S.C.R. 113; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, at p. 1074; *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753; *Attorney-General for Ontario v. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] S.C.R. 570; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (P.C.); *Attorney-General of Ontario v. Attorney-General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.);

introduisent un élément de souplesse qui permet aux ordres de gouvernement de poursuivre leur mission législative respective dans un esprit de coopération. L'analyse constitutionnelle que commandent ces deux doctrines se fonde sur la détermination du *caractère véritable* de la loi ou des dispositions contestées. On détermine le caractère véritable en examinant la norme qui régit les faits ou les conduites. Ce caractère est déterminé par l'examen de l'objet de la norme et de ses effets : *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146, par. 53-54. Plusieurs expressions sont utilisées pour décrire l'objet de la norme : « objet principal » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 29), « idée maîtresse » (*R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 481-482), ou encore, « caractéristique principale ou la plus importante » (*Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, p. 62-63). Nous utiliserons l'expression « objet principal », qui capte toutes les nuances requises.

[185] Des activités, actes ou comportements peuvent parfois être appréhendés suivant des perspectives normatives différentes, l'une relevant d'une compétence fédérale, l'autre d'une compétence provinciale, auquel cas, la doctrine du double aspect entre en jeu : *Siemens c. Manitoba (Procureur général)*, 2003 CSC 3, [2003] 1 R.C.S. 6, par. 22; *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *Law Society of British Columbia c. Mangat*, 2001 CSC 67, [2001] 3 R.C.S. 113; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, p. 1074; *Robinson c. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 753; *Attorney-General for Ontario c. Barfried Enterprises Ltd.*, [1963] R.C.S. 570; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for the Dominion*, [1896] A.C. 348 (C.P.); *Attorney-General of*

Hodge v. The Queen (1883), 9 App. Cas. 117 (P.C.); *Papp v. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

[186] Where the pith and substance of a rule set out in a statute considered as a whole is connected with an exclusive power of the other level of government, the statute is necessarily invalid.

[187] Where the connection with a power is challenged in respect of only one or more provisions of the statute, the court must inquire into whether another doctrine — the ancillary powers doctrine — applies. The analytical approach to applying this doctrine has been well established in Canadian law since *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, in which Dickson C.J. proposed and justified the approach in the following words:

The steps in the analysis may be summarized as follows: First, the court must determine whether the impugned provision can be viewed as intruding on provincial powers, and if so to what extent (if it does not intrude, then the only possible issue is the validity of the act). Second, the court must establish whether the act (or a severable part of it) is valid; in cases under the second branch of s. 91(2) this will normally involve finding the presence of a regulatory scheme and then ascertaining whether that scheme meets the requirements articulated in *Vapor Canada, supra*, and in *Canadian National Transportation, supra*. If the scheme is not valid, that is the end of the inquiry. If the scheme of regulation is declared valid, the court must then determine whether the impugned provision is sufficiently integrated with the scheme that it can be upheld by virtue of that relationship. This requires considering the seriousness of the encroachment on provincial powers, in order to decide on the proper standard for such a relationship. If the provision passes this integration test, it is *intra vires* Parliament as an exercise of the general trade and commerce power. If the provision is not sufficiently integrated into the scheme of regulation, it cannot be sustained under the second branch of s. 91(2). I note that in certain cases it may be possible to dispense with some of the aforementioned steps if a clear answer to one of them will be dispositive of the issue. For example, if the provision in question has no relation to the regulatory scheme then the question of its validity may be quickly answered on that ground

Ontario c. Attorney-General for the Dominion of Canada, [1894] A.C. 189 (C.P.); *Hodge c. The Queen* (1883), 9 App. Cas. 117 (C.P.); *Papp c. Papp*, [1970] 1 O.R. 331 (C.A.).

[186] Lorsque le caractère véritable de la norme énoncée dans la loi, considérée dans son ensemble, se rattache à une compétence exclusive de l'autre ordre de gouvernement, cette loi est forcément invalide.

[187] Si le rattachement à une compétence n'est contesté qu'à l'égard d'une ou plusieurs dispositions de la loi, il faut se demander si une autre doctrine — celle de la compétence accessoire — s'applique. La méthode d'analyse suivie pour l'application de cette doctrine est établie dans notre droit depuis l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, où le juge en chef Dickson l'énonce et la justifie comme suit :

Les étapes de l'analyse peuvent être résumées de la façon suivante : premièrement, la cour doit déterminer si la disposition contestée peut être considérée comme empiétant sur les pouvoirs provinciaux et, dans l'affirmative, dans quelle mesure (si elle ne constitue pas un empiètement, la seule question possible est alors celle de la validité de la loi). Deuxièmement, la cour doit établir si la loi (ou une partie séparable de celle-ci) est valide; dans les cas visés par le deuxième aspect du par. 91(2), cela comportera normalement l'identification d'un système de réglementation et la vérification de sa conformité aux conditions formulées dans les arrêts *Vapor Canada* et *Transports Nationaux du Canada*, précités. Si le système est invalide, l'examen prend fin ici. Si on conclut à la validité du système, la cour doit alors déterminer si la disposition contestée est suffisamment intégrée au système pour pouvoir être maintenue en raison de ce rapport. Cela exige de la cour qu'elle examine la gravité de l'empiètement sur les pouvoirs provinciaux pour décider du critère qu'il convient d'appliquer à un tel rapport. Si la disposition respecte ce critère d'intégration, elle est conforme à la compétence du Parlement en tant qu'exercice de son pouvoir général en matière d'échanges et de commerce. Si la disposition n'est pas suffisamment intégrée au système de réglementation, elle ne peut être maintenue en vertu du deuxième aspect du par. 91(2). Je souligne que, dans certains cas, il est possible de passer outre à certaines étapes déjà mentionnées si une réponse claire à l'une d'entre elles décide du litige. Par exemple, si la disposition en question n'a

alone. The approach taken in a number of past cases is more easily understood if this possibility is recognized. [pp. 671-72]

This test was restated in *Kitkatla Band*, at para. 58, and in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302, at para. 21.

[188] As a result of some clarifications made in *Canadian Western Bank*, at para. 32, regarding the doctrine of interjurisdictional immunity, we now prefer — rather than speaking of an “encroachment”, as in *General Motors*, *Kirkbi* and *Kitkatla Band* — to use the word “overflow” when discussing the ancillary powers doctrine. As this Court noted in *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, laws may validly overflow from the jurisdiction of the government that enacted them so long as the overflow remains ancillary. Because the word “encroachment” evokes the effects of a statute or of provisions on a purpose falling within the core of a power of the other level of government, it is more appropriately linked with the doctrine of interjurisdictional immunity, which concerns the applicability of laws, not their validity.

[189] According to the approach adopted in *General Motors*, the first step is to identify the pith and substance (purpose and effects) of the impugned provisions. If the pith and substance falls within the jurisdiction of the other level of government, the extent of the overflow must be assessed. It must then be determined whether the provisions that overflow from the jurisdiction of the government that enacted them form part of an otherwise valid statute. Finally, the impugned provisions must be considered in the context of the entire statute in order to determine whether they are sufficiently integrated with the other provisions of the otherwise valid statute.

[190] It is important to identify the pith and substance of the impugned provisions as precisely as possible. A vague or general characterization of

aucun rapport avec le système de réglementation, il est alors possible de décider rapidement de sa validité en fonction de ce seul moyen. La méthode retenue dans un certain nombre de décisions antérieures se comprend plus facilement si cette possibilité est admise. [p. 671-672]

L'analyse a été reprise dans *Bande Kitkatla*, par. 58, et dans *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302, par. 21.

[188] À la suite des précisions apportées dans *Banque canadienne de l'Ouest*, au par. 32, au sujet de la doctrine de la protection des compétences, au lieu d'employer le terme « empiètement », comme dans *General Motors*, *Kirkbi* et *Bande Kitkatla*, nous préférons plutôt retenir le mot « débordement » lors de l'étude de la doctrine de la compétence accessoire. En effet, comme l'a reconnu notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.S.C. 783, une loi peut valablement déborder le champ de compétence de l'ordre qui l'adopte si ce débordement conserve un caractère accessoire. Parce qu'il évoque les effets d'une loi ou de dispositions sur un objet relevant du cœur de la compétence d'un autre ordre, le terme « empiètement » convient plutôt à la doctrine de la protection des compétences exclusives, doctrine qui concerne l'applicabilité des lois, et non leur validité.

[189] Selon la démarche établie dans *General Motors*, il faut d'abord déterminer le caractère véritable (objet et effets) des dispositions contestées. S'il relève de l'autre ordre de gouvernement, il faut évaluer l'étendue du débordement. Il faut ensuite vérifier si les dispositions qui débordent de la compétence de l'ordre qui les a adoptées s'insèrent dans une loi par ailleurs valide. Finalement, on doit considérer les dispositions attaquées dans le contexte de l'ensemble de la loi pour déterminer si elles sont suffisamment intégrées aux autres dispositions de la loi par ailleurs valides.

[190] Il importe de déterminer avec le plus de précision possible le caractère véritable des dispositions contestées. Une formulation floue ou

the pith and substance could have perverse effects on more than one level: first on the connection with an exclusive power and then on the extent of the overflow. For example, a finding that a provision is in pith and substance in relation to health or to the environment would be problematic. Those subjects are so vast and have so many aspects that, depending on the angle from which they are approached, they can support the exercise of legislative powers of either level of government. It is therefore necessary to take the analysis further and determine what aspect of the field in question is being addressed. Logically, except in cases of highly specific powers, the pith and substance of a provision or a statute will be less general than that of the power itself. If the characterization of the pith and substance of a provision is too general, there is a danger of its being superficially connected with a power of the other level of government. Moreover, in such a case, because of the numerous aspects of the more general subject matters, the extent of the overflow will also necessarily be exaggerated. The identification of the pith and substance of a provision or a statute is therefore subject to the same requirement of precision as the identification of the purpose of a provision establishing a limit in the context of the infringement of a right in an analysis under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In both cases, properly identifying the purpose forms the cornerstone of the analysis (see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 21). If vague characterizations of the pith and substance of provisions were accepted, this could lead not only to the dilution of and confusion with respect to the constitutional doctrines that have been developed over the years, but also to an erosion of the scope of provincial powers as a result of the federal paramountcy doctrine.

[191] In sum, the need for precision in characterizing the pith and substance of a statute or a provision assumes greater importance where a connection must be made with a power whose limits are imprecise. In the event of uncertainty, it becomes

générale du caractère véritable pourrait avoir des conséquences perverses à plusieurs niveaux : d'abord sur le rattachement à une compétence exclusive, ensuite sur la portée du débordement. Par exemple, la conclusion que le caractère véritable d'une disposition la rattache à la santé ou à l'environnement serait problématique. En effet, ces sujets sont si vastes et comportent tellement d'aspects que, selon l'angle sous lequel ils sont abordés, ils peuvent justifier l'exercice des compétences législatives de l'un ou de l'autre des deux ordres de gouvernement. Il faut donc pousser l'analyse plus loin et vérifier quel aspect du domaine est visé. En toute logique, sauf pour les cas des compétences très particulières, le caractère véritable d'une disposition ou d'une loi se situe forcément à un niveau de généralité inférieur à celui de la compétence. De même, si l'on formule le caractère véritable d'une disposition de façon trop générale, l'on risque de rattacher superficiellement le caractère véritable de cette disposition à une compétence de l'autre ordre de gouvernement. De plus, dans un tel cas, en raison des nombreuses facettes que présentent les matières plus générales, l'importance du débordement ne peut être qu'également artificiellement gonflée. La détermination du caractère véritable d'une disposition ou d'une loi est donc soumise à la même exigence de précision que celle de l'objectif d'une mesure limitative dans le contexte de la justification d'une atteinte à un droit dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans les deux cas, la détermination adéquate de l'objectif constitue la pierre d'assise de l'analyse (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 21). L'acceptation d'une formulation floue du caractère véritable d'une disposition entraînerait un risque non seulement de dilution et de confusion des doctrines constitutionnelles élaborées au fil des ans, mais aussi d'érosion du champ d'action des compétences provinciales en raison de la doctrine de la prépondérance fédérale.

[191] En somme, la détermination précise du caractère véritable d'une loi ou d'une disposition revêt plus d'importance lorsque le rattachement doit se faire à une compétence aux contours imprécis. En cas d'incertitude, il faut alors s'en remettre

necessary to turn to the broader, unwritten rules that serve as the basis of and provide a framework for Canadian federalism, and the crucial role of which we have already noted.

[192] Despite its importance, the identification of the pith and substance remains only one part of the first step in applying the ancillary powers doctrine. It is also necessary to assess the extent of the overflow. This assessment becomes particularly important at the final step of the analysis because, if the provisions — considered in isolation — would be *ultra vires* the legislature that enacted them, the court must review the extent to which they are integrated into the otherwise valid statute of which they form a part. This review must make it possible to establish a relationship between the extent of the jurisdictional overflow and the importance of the provisions themselves within the statute of which they form a part. There are two applicable concepts: rationality — or simple functionality, to use the language from *General Motors* — and necessity.

[193] The need to maintain the balance resulting from the division of legislative powers provided for in the *Constitution Act, 1867* justifies the adoption of a variable test. In the words of Dickson C.J. in *General Motors*, “[a]s the seriousness of the [overflow into] provincial powers varies, so does the test required to ensure that an appropriate constitutional balance is maintained” (p. 671). Thus, although the fact that a provision is functionally integrated into valid legislation is enough for a finding of validity in the case of provisions that, viewed in isolation, overflow only slightly from the legislative authority of the government that enacted them, provisions that greatly exceed that authority would have to meet the test of necessity. In other words, the more necessary the provisions are to the effectiveness of the rules set out in the part of the statute that is not open to challenge, the greater the acceptable overflow will be.

[194] The Attorney General of Canada does not follow the approach established in *General Motors*, according to which the impugned provisions must

aux principes non écrits plus larges qui fondent et structurent l’ordre constitutionnel canadien et dont nous avons déjà rappelé le rôle capital.

[192] Malgré son importance, la détermination du caractère véritable ne constitue qu’un volet de la première étape de l’application de la doctrine de la compétence accessoire. Il faut aussi évaluer le débordement. Cette évaluation est particulièrement importante à la dernière étape de l’analyse, car dans le cas de dispositions qui, isolément, ne relèveraient pas de l’autorité législative qui les a adoptées, il faut étudier leur intégration à la loi par ailleurs valide dont elles font partie. L’examen doit permettre d’établir un rapport entre l’étendue du débordement de compétence et l’importance des dispositions elles-mêmes au sein de la loi dont elles font partie. Deux notions s’appliquent : rationalité — ou plutôt simple fonctionnalité, selon le vocabulaire utilisé dans *General Motors* — et nécessité.

[193] L’adoption d’un critère à géométrie variable est justifiée par la nécessité de maintenir l’équilibre établi par le partage des pouvoirs législatifs dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme l’écrit le juge en chef Dickson dans *General Motors* : « Puisque la gravité [du débordement] sur les pouvoirs provinciaux varie, il en va de même du critère requis pour maintenir un équilibre constitutionnel approprié » (p. 671). En conséquence, si l’existence d’un rapport fonctionnel avec un texte législatif valide suffit pour valider des dispositions qui, isolément, ne déborderaient que légèrement la compétence législative de l’ordre de gouvernement qui les a adoptées, le critère de nécessité s’applique aux dispositions qui excéderaient largement cette compétence. En d’autres termes, plus les dispositions seront nécessaires à l’efficacité des normes figurant dans la partie non contestable de la loi, plus la marge de tolérance du débordement sera grande.

[194] Au lieu de suivre la démarche établie dans *General Motors* qui commande d’examiner d’abord les dispositions contestées, le procureur général du

be considered first. Instead, he proposes beginning with an analysis of the legislation as a whole. He had proposed this same approach in *General Motors* (p. 666): to begin by reviewing the legislative framework established in the *Combines Investigation Act* and then to analyse the impugned provision itself. The Court rejected that approach (pp. 666-67). Nevertheless, the Chief Justice takes it in the case at bar. With all due respect, the approach in question does not make it possible to identify the pith and substance of the impugned provisions. In our view, the *General Motors* test is grounded in logic. As Dickson C.J. wrote, “in answering this initial question the court is considering the provision on its own and not assessing the act” (p. 667). The purpose of one provision may very well be to prohibit cloning whereas the purpose of another is the regulation of insemination. Since the purposes and effects of a statute’s many provisions can be different, it is important to consider the impugned provisions separately before considering their connection with the other provisions of the statute.

[195] The Chief Justice applies three criteria to justify the overflow from federal jurisdiction. In *General Motors*, Dickson C.J. did in fact identify three factors that justified the impugned overflow in that case: the provision was a remedial one, such overflows were not unprecedented, and the overflow in that case was limited. We do not believe that these factors can be applied automatically without reference to the context, however. Indeed, it would be surprising if a past overflow from the jurisdiction of one level of government could serve to justify subsequent overflows without eroding the heads of power concerned. It is necessary in every case to take into account the observable tangible effects of the impugned provisions on the relevant heads of power.

[196] In short, care must be taken to maintain the constitutional balance of powers at all stages of the constitutional analysis. Be it in identifying the pith and substance of a statute or a provision or in reviewing the limits of an assigned power or of the exercise of an ancillary power, the courts must

Canada propose de commencer par l’analyse de l’ensemble de la loi. C’est ce qu’il avait aussi proposé dans *General Motors* (p. 666) : étudier d’abord le cadre législatif établi dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* puis analyser la disposition contestée elle-même. Notre Cour a rejeté cette approche (p. 666-667). La Juge en chef la retient pourtant. Avec le respect que nous lui devons, cette approche ne permet pas de discerner le caractère véritable des dispositions contestées. À notre avis, la grille d’analyse appliquée dans *General Motors* est logique. Par conséquent, comme l’écrit le juge en chef Dickson, « en répondant à cette question initiale la cour examine la disposition en elle-même et non la loi » (p. 667). Une disposition peut très bien avoir pour objet la prohibition du clonage, alors qu’une autre régleme l’insémination. Puisque l’objet et l’effet des nombreuses dispositions d’une loi peuvent être différents, il importe d’étudier les dispositions contestées séparément, avant d’examiner le lien qu’elles entretiennent avec les autres dispositions de la loi.

[195] Par ailleurs, la Juge en chef recourt à trois critères pour justifier le débordement de la compétence fédérale. Dans *General Motors*, le juge en chef Dickson a bien identifié trois éléments qui, dans cette affaire, justifiaient le débordement contesté : la disposition avait un caractère réparateur, de tels débordements avaient déjà eu lieu dans le passé et le débordement dans cette affaire était limité. Or, nous ne croyons pas que ces éléments puissent s’appliquer d’emblée indépendamment du contexte. D’ailleurs, il serait étonnant que le débordement antérieur par un ordre de gouvernement puisse excuser un débordement ultérieur sans qu’il n’en résulte une érosion des chefs de compétence en cause. Il faut dans chaque espèce tenir compte des effets concrets et observables qu’ont les dispositions en cause sur les compétences législatives pertinentes.

[196] En somme, le souci du maintien de l’équilibre fédératif doit être présent à chacune des étapes de l’analyse constitutionnelle. Que ce soit à l’occasion de la détermination du caractère véritable d’une loi ou d’une disposition ou au moment de l’examen des limites d’une compétence attribuée

bear the importance of the unwritten constitutional principles in mind and must adhere to them.

[197] Having reviewed the constitutional principles that may apply in the instant case, we will now analyse the impugned provisions, which will require us to review the case law concerning the various heads of power being relied on by the parties.

VII. Analysis of the Impugned Provisions

[198] The constitutional question posed by the Attorney General of Quebec refers to ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *AHR Act*. At first glance, one might think that the Attorney General of Quebec has carved up the *AHR Act*. However, a closer examination of his submissions shows that the question he posed relates to the provisions that do not impose an absolute prohibition and the ones concerning the application of those provisions.

A. *Pith and Substance of the Impugned Provisions*

[199] In accordance with the principles discussed above, this step in the constitutional analysis involves identifying the pith and substance of the impugned provisions. The pith and substance can be drawn from the purpose and the effects of the provisions. But this is only the first step. If this initial step of the analysis raises doubts regarding the validity of the impugned provisions, the analysis must be taken further so as to consider the connection between the provisions that are being challenged and those that are not. The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec take diametrically opposed positions with respect to the pith and substance of the impugned provisions.

[200] It should be noted that, in the view of the Attorney General of Canada, all the provisions of the *AHR Act* pertain to “facets of the same novel reality, the artificial creation of human life”

ou de l'exercice d'une compétence accessoire, les tribunaux doivent se rappeler l'importance des principes constitutionnels non écrits et veiller à les respecter.

[197] Après avoir examiné les principes constitutionnels susceptibles de s'appliquer en l'espèce, nous passons maintenant à l'analyse des dispositions contestées, ce pour quoi il nous faut revoir les arrêts portant sur les différents chefs de compétence invoqués par les parties.

VII. Analyse des dispositions contestées

[198] La question constitutionnelle posée par le procureur général du Québec renvoie aux art. 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *LPA*. À première vue, on pourrait penser que le procureur général du Québec a procédé à un découpage de la *LPA*. Cependant, un examen plus attentif de ses moyens fait ressortir que la question qu'il pose vise les dispositions qui ne comportent pas d'interdiction totale ainsi que celles qui prévoient leur mise en application.

A. *Caractère véritable des dispositions contestées*

[199] Conformément aux principes décrits précédemment, cette étape de l'analyse constitutionnelle consiste à déterminer le caractère véritable des dispositions contestées. Ce caractère peut être dégagé de l'objet et des effets des dispositions. Toutefois, il ne s'agit que d'une première étape. Si la conclusion de cette première analyse suscite des doutes quant à la validité des dispositions contestées, il y a lieu de pousser l'analyse en considérant le rattachement des dispositions contestées à celles qui ne le sont pas. Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec défendent des thèses diamétralement opposées en ce qui concerne le caractère véritable des dispositions contestées.

[200] Rappelons que, pour le procureur général du Canada, toutes les dispositions de la *LPA* concernent « autant de facettes d'une même réalité, nouvelle et inédite, la création artificielle de la vie

(Factum, at para. 41). The *AHR Act* contemplates “a range of practices that are all related to that activity, and that all pose risks to the fundamental values of public morality and health underlying this mix of concerns” (para. 46). The context of the creation of life transcends the field of medical practice. According to the Attorney General of Canada, most of the provisions held by the Court of Appeal to be invalid have nothing to do with the practice of medicine, and none of them solely concern it.

[201] The Attorney General of Quebec states that what the Attorney General of Canada regards as an “exemption regime” amounts, on the contrary, to the regulation of an entire area of medicine and research in order to define its evolving framework and ensure safe, accessible health care. According to the Attorney General of Quebec, the impugned provisions affect the health-care services needed to treat infertility, the regulation of health-care specialists who provide those services, the doctor-patient relationship and the rights and obligations arising out of that relationship. In his opinion, all these matters fall indisputably within the provinces’ power to make laws in relation to hospitals, education, civil rights and matters of a local or private nature.

(1) Purpose of the Provisions

[202] The words of the statute itself can of course be of assistance in the identification of the purpose of impugned provisions. However, the context of the enactment of the statute often reveals as much as, if not more than, the words used. It is both appropriate and necessary to review the context as part of the statutory interpretation process, in constitutional as well as in other matters (*Reference re Firearms Act*, at para. 17). We must therefore go back to the Baird Commission’s studies and the extensive work that followed, as well as to the bills that preceded the enactment of the *AHR Act*. It should be borne in mind that the Baird Commission had a very broad mandate. It was asked to “report on current and potential medical and scientific developments related to new reproductive

humaine » (mémoire, par. 41). La *LPA* vise « un ensemble de pratiques, toutes liées à ce domaine d’activités et présentant toutes des risques de préjudice aux valeurs fondamentales de moralité et de santé publiques qui sous-tendent cet amalgame de préoccupations » (par. 46). Le contexte de la création de la vie déborde le cadre de la pratique médicale. De l’avis du procureur général du Canada, la plupart des dispositions jugées invalides par la Cour d’appel n’ont aucun lien avec la pratique de la médecine et aucune d’elles ne concerne uniquement cette question.

[201] Ce qui, pour le procureur général du Canada, constitue un régime d’exceptions représente au contraire, pour le procureur général du Québec, une réglementation d’un secteur complet de la médecine et de la recherche afin d’en définir le cadre évolutif et d’assurer des soins de santé sûrs et accessibles. Selon le procureur général du Québec, les dispositions contestées touchent à la prestation des soins de santé requis pour traiter l’infertilité, à la surveillance des spécialistes de la santé qui dispensent ces soins, à la relation médecin-patient ainsi qu’aux droits et aux obligations créés par cette relation. À son avis, tous ces sujets relèvent incontestablement de la compétence des provinces sur les hôpitaux, l’éducation, les droits civils et les matières d’une nature locale ou privée.

(1) Objet des dispositions

[202] Le texte de la loi est certes utile pour bien cerner l’objet de dispositions contestées. Cependant, le contexte de son adoption est souvent aussi révélateur, sinon davantage, que les mots utilisés. L’examen du contexte joue un rôle légitime et nécessaire dans l’interprétation législative, y compris en matière constitutionnelle (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 17). Il faut donc retourner aux études de la Commission Baird et aux nombreux travaux qui ont suivi, de même qu’aux projets de loi qui ont précédé l’adoption de la *LPA*. On se souviendra que la Commission Baird avait reçu un mandat très large. Elle devait « présenter un rapport sur les progrès actuels et prévisibles de la science et de la médecine en matière de techniques nouvelles de reproduction, sur le plan de

technologies, considering in particular their social, ethical, health, research, legal and economic implications and the public interest” (P.C. 1989-2150). To appreciate the scope of the subjects it addressed in its work, one need only name a few of the topics it discussed: the costs of new reproductive technologies, the appropriate allocation of resources, monitoring of the quality of care, research into risk factors and the prevention of infertility, and a study on adoption systems in Canada.

[203] The Baird Commission made recommendations that would require action by a large number of stakeholders, including the federal government, provincial and territorial governments and certain professional organizations. It first recommended that the federal government use its criminal law power to prohibit activities that are fundamentally incompatible with the values of Canadian society:

We have judged that certain activities conflict so sharply with the values espoused by Canadians and by this Commission, and are so potentially harmful to the interests of individuals and of society, that they must be prohibited by the federal government under threat of criminal sanction. [p. 1022]

[204] Regarding the controlled activities, the Baird Commission considered that national standards were required. It took the view that Parliament could rely on the peace, order and good government power to act in this regard (p. 19). It summarized its position as follows:

In summary, the significance of research, development, and use of new reproductive technologies for Canadian society as a whole; the national as well as international character of the issues involved; the inter-relatedness of their intra- and extraprovincial dimensions; and the potential effects of provincial failure to regulate the intraprovincial aspects of the subject, taken together, indicate the need for national uniformity in legislative treatment rather than provincial or regional diversity. To safeguard the individual and societal interests involved, we believe that regulation of new reproductive technologies must occur at the national level, although provincial and professional involvement will

leurs répercussions pour la santé et la recherche et de leurs conséquences morales, sociales, économiques et juridiques ainsi que pour le grand public » (C.P. 1989-2150). Pour saisir l’ampleur des sujets sur lesquels a porté son travail, il suffit de prendre connaissance de quelques-uns des thèmes abordés : coûts des nouvelles techniques de reproduction, utilisation judicieuse des ressources, contrôle de la qualité des soins, étude des facteurs de risque et des moyens de prévenir l’infertilité, et examen des régimes d’adoption au Canada, etc.

[203] La Commission Baird a adressé des recommandations à un grand nombre d’intéressés, dont le gouvernement fédéral, les gouvernements provinciaux et territoriaux et certains organismes professionnels. Dans un premier temps, elle a recommandé que le gouvernement fédéral utilise son pouvoir de légiférer en matière de droit criminel pour interdire des actes fondamentalement incompatibles avec les valeurs de la société canadienne :

Nous avons jugé que certaines activités sont tellement contraires aux valeurs chères à la population canadienne et à la Commission, et qu’elles peuvent nuire à un tel point aux intérêts des particuliers et de la société, qu’il est impérieux que le gouvernement fédéral prononce contre elles des interdictions assorties de peines au criminel. [p. 1159]

[204] Quant aux activités réglementées, la Commission Baird a estimé que leur assujettissement à des normes nationales s’imposait. Elle était d’avis que le Parlement pouvait intervenir en invoquant son pouvoir de légiférer pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement (p. 21). Elle a résumé ainsi sa position :

En résumé, l’importance de la recherche, du développement et de l’utilisation des nouvelles techniques de reproduction pour l’ensemble de la société canadienne, le caractère national aussi bien qu’international des questions en jeu, l’indissociabilité des dimensions intra et extraprovinciales et les conséquences éventuelles de l’absence de réglementation intraprovinciale pour les divers aspects des techniques de reproduction justifient l’adoption de mesures législatives uniformes au niveau national plutôt que des mesures provinciales ou régionales susceptibles de différer les unes des autres. Nous estimons que, pour sauvegarder les intérêts individuels et collectifs en cause, les nouvelles techniques de

be essential to the success of this endeavour. Only then will it be possible to overcome an increasing fragmentation of regulatory control and the difficulty of monitoring as practices and technologies expand and multiply.

The Commission therefore proposes that federal legislation be passed making some uses of the technologies illegal, thus establishing boundaries around what Canada considers acceptable use. [p. 22]

[205] The Baird Commission also recommended that the federal government set up a national body to oversee activities in the field of assisted human reproduction. According to its report, such a body would have to permit the creation and implementation of comprehensive and effective nationwide standards and monitoring devices. Such a system was considered preferable to a piecemeal federal reform carried out by individual departments. It would also be preferable to relying on individual responses by each province and territory, or on non-governmental or self-regulatory initiatives (pp. 112-13).

[206] It is clear that the Baird Commission wanted certain activities to be denounced and prohibited because, in its view, there was a consensus that they were reprehensible. But the Commission also wanted assisted human reproduction and related research activities to be regulated for the purpose of establishing uniform standards that would apply across Canada. Thus, it can be seen that the distinction drawn in the *AHR Act* between prohibited activities and controlled activities corresponds to the two distinct categories of activities for which the Baird Commission recommended two distinct approaches with different purposes.

[207] The concern the Baird Commission expressed about the prohibited activities reappeared at every stage of the process leading up to the enactment of the *AHR Act*. Thus, in 1995, Health Canada announced a moratorium on certain reproductive technologies and practices (News Release 1995-57). The moratorium applied to many of the activities that would subsequently be prohibited in the

reproduction doivent être réglementées au niveau national, bien qu'il demeure essentiel d'avoir le soutien des provinces et des organismes professionnels pour assurer le succès de cette réglementation. C'est la seule façon d'empêcher la désarticulation de la réglementation et de surmonter le problème du contrôle dans un domaine où les pratiques et les techniques ne cessent de se développer et de se multiplier.

La Commission propose par conséquent que le pouvoir fédéral légifère pour interdire certaines utilisations des techniques visées et, ce faisant, pour fixer les limites de ce que le Canada estime acceptable. [p. 24]

[205] La Commission Baird a recommandé par ailleurs au gouvernement fédéral d'établir un organisme national de contrôle des activités de procréation assistée. Selon son rapport, un tel organisme devait permettre d'établir et d'appliquer partout au pays des normes et des mesures de contrôle globales et efficaces. Un tel système était jugé préférable à une réforme fédérale ponctuelle mise en œuvre par des ministères. Cela valait mieux que de miser sur des mesures prises par chaque province et territoire, sur des initiatives non gouvernementales ou sur l'autoréglementation (p. 129).

[206] Il est clair que la Commission Baird visait, d'une part, à dénoncer et interdire certains actes parce que, selon elle, leur caractère répréhensible faisait consensus. D'autre part, elle souhaitait l'encadrement de l'aide à la procréation et de la recherche connexe afin d'établir des normes uniformes pour l'ensemble du Canada. On constate donc que la distinction établie dans la *LPA* entre actes interdits et activités réglementées correspond bien à ces deux catégories distinctes d'actes ou d'activités pour lesquels la Commission Baird recommandait autant d'approches différenciées visant des objectifs différents.

[207] La préoccupation de la Commission Baird concernant les actes interdits apparaît à toutes les étapes antérieures à l'adoption de la *LPA*. Ainsi, en 1995, Santé Canada a établi un moratoire sur certaines techniques et pratiques de reproduction (Communiqué 1995-57). Ce moratoire s'appliquait à une grande partie des actes qui ont ultérieurement été interdits dans la *LPA*. Par ailleurs, quelques

AHR Act. A few months after the announcement of the moratorium, a discussion group on embryo research that had been set up by the federal government submitted a report to Health Canada. This group recommended that the criminal law be used to prohibit certain activities, but that other activities simply be regulated. In its report, it gave the following justification for the alternative approach it was proposing for those other activities:

This form of legislative intervention is best suited to precise, yet flexible control of an activity where the objective is to set standards of activity (as distinguished from standards of behavior).

(*Research on Human Embryos in Canada* (1995), at p. 26)

[208] The first bill on assisted human reproduction was introduced in 1996 (C-47). It included the main prohibitory provisions now found in the *AHR Act*. For example, payment for surrogacy was prohibited, but there was no provision like the one that exists today to the effect that a surrogate mother could be reimbursed for her expenditures. As well, the use of genetic material without the donor's consent was prohibited, but the terms of consent were not regulated. The next two bills took the form of proposed amendments to the *Criminal Code* (C-247, C-336). Like the one that preceded them, these bills provided only for prohibitions.

[209] When considered in parallel with the adoption of a moratorium and the tabling of three successive bills that related to only certain of the prohibited activities, the statements by the Baird Commission and the 1995 discussion group that the objective in regulating assisted reproductive activities was to establish national standards confirms that the purpose of the current legislative provisions concerning the prohibited activities must be distinguished from that of the provisions concerning the controlled activities. The former concern what were considered to be reprehensible activities that fell within the ambit of the criminal law, while the latter concern activities that were not to

mois après l'annonce du moratoire, un groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons, mis sur pied par le gouvernement fédéral, a présenté son rapport à Santé Canada. Ce groupe a recommandé de recourir au droit criminel pour prohiber certains actes et d'établir un simple cadre réglementaire pour d'autres activités. Dans son rapport, le groupe justifiait comme suit l'approche différente proposée pour ces autres activités :

Cette forme d'intervention législative convient le mieux pour assurer un contrôle précis, quoique souple, d'une activité lorsque l'objectif visé est d'établir des standards pour celle-ci (à ne pas confondre avec les normes comportementales).

(*Recherche sur l'embryon humain au Canada* (1995), p. 29)

[208] Le premier projet de loi sur la procréation assistée a été déposé en 1996 (C-47). Il contenait les principales dispositions prohibitives que nous retrouvons à la *LPA*. Par exemple, la rétribution de la mère porteuse était interdite, mais aucune disposition ne prévoyait, comme maintenant, que cette dernière pourrait être remboursée des frais qu'elle a pu supporter. De plus, l'utilisation du matériel génétique sans le consentement du donneur était défendue sans que les modalités du consentement ne soient établies par règlement. Les deux projets de loi suivants ont pris la forme de projets de modification du *Code criminel* (C-247, C-336). Comme celui qui les a précédés, ces projets ne comportaient que des prohibitions.

[209] Les affirmations de la Commission et du groupe de discussion de 1995 que l'objectif de la réglementation des activités liées à la procréation assistée est l'établissement de normes nationales viennent confirmer, si on les examine en parallèle avec l'adoption d'un moratoire et le dépôt de trois projets de loi consécutifs ne portant que sur certains actes interdits, que l'objet des mesures législatives actuelles portant sur les actes interdits doit être distingué de celui des dispositions relatives aux activités réglementées. Les actes visés dans le premier cas sont présentés comme des actes répréhensibles qui tombent sous le coup du droit criminel. Par contre, les activités visées dans le second cas

be prohibited, since they were considered acceptable or even legitimate (Baird Report, at pp. 86, 109 and 140). However, these last activities were to be subject to national standards.

[210] The way the *AHR Act* is drafted makes it clear that the dichotomy between reprehensible activities and desirable ones is embodied in the coexistence of two distinct schemes and that Parliament therefore adopted the two recommendations of the Baird Commission unconditionally. From this perspective, there appears to be a perfect correspondence between the recommendations and the legislation. The principles that supposedly guided Parliament and that are set out in s. 2 include the formal statement that certain practices “raise health and ethical concerns that justify their prohibition” (para. (f)). Parliament also declared (at para. (b)) that

the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured by taking appropriate measures for the protection and promotion of human health, safety, dignity and rights in the use of these technologies and in related research;

[211] The Act contains, on the one hand, a list of prohibited activities. The evidence shows that Parliament could consider these activities unacceptable on the basis of the Baird Report, the discussion group’s comments on embryo research and the work of Health Canada. As we mentioned above, these activities include human cloning (s. 5(1)(a)) and creating an embryo for any purpose other than creating a human being (s. 5(1)(b)). Moreover, although both the prohibited and the controlled activities involve the manipulation of genetic material, most of the prohibited activities cannot be considered to be acts connected with assisted human reproduction. On the other hand, the evidence also shows that the same authorities recognized that some assisted reproductive technologies are beneficial to society and should accordingly be supported, although they also need to be regulated. Finally, some of these technologies, such as transplanting sperm into a woman’s body and *in vitro* fertilization, have been used for over 25 years.

ne doivent pas être interdites, car on les tient pour acceptables et même légitimes (Rapport Baird, p. 99, 125 et 158). Toutefois, on veut assujettir ces activités à des normes nationales.

[210] En fait, il devient évident à la lecture de la *LPA* que la dichotomie actes répréhensibles et activités souhaitables est consacrée par la coexistence de deux régimes distincts et que le Parlement a donc retenu sans réserve les deux recommandations de la Commission Baird. Sous cet angle, la correspondance entre les recommandations et la loi paraît totale. Les principes censés guider le Parlement et énoncés à l’art. 2 précisent formellement que certaines pratiques « soulèvent des questions de santé et d’éthique qui en justifient l’interdiction » (al. f)). Par ailleurs, le Parlement déclare aussi (al. b)) que

la prise de mesures visant à la protection et à la promotion de la santé, de la sécurité, de la dignité et des droits des êtres humains constitue le moyen le plus efficace de garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général, la procréation assistée et la recherche dans ce domaine;

[211] Dans la loi, on trouve, d’une part, une liste d’actes interdits. La preuve révèle que le Parlement pouvait les considérer comme inacceptables, et ce, en prenant appui sur le Rapport Baird, sur les observations du groupe de discussion sur la recherche relative aux embryons et sur les travaux de Santé Canada. Ces actes, rappelons-le, sont par exemple le clonage humain (al. 5(1)a)) et la création d’embryon à des fins autres que la création d’un être humain (al. 5(1)b)). D’ailleurs, même si les actes interdits et les activités réglementées ont en commun la manipulation de matériel génétique, la plupart des actes interdits ne sauraient être considérés comme des actes liés à la procréation assistée. D’autre part, la preuve révèle également que les mêmes autorités reconnaissent que plusieurs techniques de procréation assistée présentent des avantages pour la société et, de ce fait, doivent être soutenues, mais également encadrées. Enfin, plusieurs de ces techniques ont cours depuis plus d’un quart de siècle, comme l’implantation de spermatozoïdes dans le corps de la femme et la fécondation *in vitro*.

[212] Both the Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec filed excerpts from Hansard and expert reports dating from after the enactment of the *AHR Act* that describe how the social context and assisted human reproductive technologies have evolved since the time of the Baird Commission and the discussion group. Several reports show clearly that assisted human reproduction has now grown more important. For example, Dr. Jeff Nisker explains that the need to have recourse to these technologies has increased because many women now put off the decision to have children until they are in their 30s or 40s, that is, at a stage in their lives when their fertility may be reduced owing to physiological or environmental factors (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), at pp. 12-13). Dr. François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), at p. 7) also discusses the history of assisted human reproductive technologies, and he notes that the scientific community regards infertility as a pathological problem (p. 4). He adds that the first sperm banks date back to the early 1960s. He reports that, as of 2006, nearly 300,000 births worldwide could be attributed to the use of such technologies. Thus, the witnesses do not see assisted human reproductive technologies as a social “evil”, but as a “solution” to reproductive problems caused by pathological or physiological factors.

[213] In short, while it is true that certain groups in Canadian society are opposed to assisted human reproductive technologies and fundamentally challenge their legitimacy, the evidence shows that assisted human reproduction is usually regarded as a form of scientific progress that is of great value to individuals dealing with infertility problems. The same attitudes are adopted with respect to research into reproductive technologies. For the purposes of this appeal, there is no need to summarize the evidence on every field of research into new reproductive technologies. Suffice it to observe that no one has denounced research into assisted human reproduction on the basis that it is reprehensible. Despite the agreement that technologies related to assisted human reproduction need to be regulated, it is clear

[212] Les procureurs généraux du Canada et du Québec ont produit des extraits des débats parlementaires et des rapports d’experts postérieurs à l’adoption de la *LPA* qui décrivent l’évolution du contexte social et des techniques de procréation assistée depuis les travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion. Plusieurs rapports font ressortir l’importance accrue de la procréation assistée de nos jours. Par exemple, le D^r Jeff Nisker explique que le besoin de recourir à ces techniques est plus grand, car de nombreuses femmes reportent jusqu’à la trentaine ou à la quarantaine leur décision d’avoir des enfants, c’est-à-dire à une étape de leur vie où des facteurs physiologiques ou environnementaux peuvent diminuer leur fécondité (*Quebec Challenge to Assisted Human Reproduction Act* (2006), p. 12-13). Le D^r François Bissonnette (*La procréation médicalement assistée au Canada et au Québec — Survol et enjeux* (2006), p. 7) fait lui aussi l’historique des techniques de procréation assistée et souligne que le monde scientifique considère l’infertilité comme un problème pathologique (p. 4). Il indique également que les premières banques de sperme datent du début des années 1960. Il rapporte qu’en 2006, on pouvait attribuer à l’utilisation de ces techniques près de 300 000 naissances survenues dans le monde. Les témoins ne voient donc pas dans les techniques de procréation assistée un « mal » social, mais bien une « solution » à des problèmes de procréation d’origine pathologique ou physiologique.

[213] En somme, s’il est vrai que certains groupes au sein de la société canadienne s’opposent aux techniques de procréation assistée et en contestent fondamentalement la légitimité, la preuve révèle que l’assistance à la procréation est le plus souvent perçue comme un progrès scientifique ayant une grande valeur pour les personnes souffrant d’infertilité. Les mêmes positions sont adoptées à l’égard de la recherche liée à ces techniques. Il n’est pas nécessaire, pour les besoins du présent pourvoi, de résumer la preuve portant sur chacun des domaines de la recherche sur les nouvelles techniques de procréation. Il suffit de rappeler que nul n’a dénoncé la recherche sur les techniques de procréation assistée en la tenant pour répréhensible. Malgré la reconnaissance du besoin d’un encadrement, la preuve

from the evidence that research into such technologies is considered to be not only desirable, but necessary. Thus, Dr. Roger Gosden, in testifying before the Standing Committee on Health on May 17, 2001 (at 11:40 (online)), stressed the important role that research plays in enhancing our understanding of the causes of infertility, improving the success rate of infertility treatments and avoiding inherited diseases.

[214] In the course of the debate in Parliament, particular attention was devoted to research involving transgenics. Some members suggested that such research be prohibited rather than being regulated (as it is under s. 11 of the *AHR Act*). In responding to two proposed amendments, Health Canada representatives explained that such an approach would not be desirable.

[215] Regarding a proposal for a total ban on transgenics, the chair of the Standing Committee on Health asked Rodney Ghali, a science policy analyst from the Special Projects Division of the Department of Health, what the impact of prohibiting all transgenic research would be. Mr. Ghali answered that research in this huge field, which is beneficial for all Canadians, included research into cancer, Huntington's disease and other diseases of the nervous system. The proposed amendment was rejected (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 2nd Sess., 37th Parl., December 9, 2002, at 10:25-10:35 (online)).

[216] Similarly, in response to a motion to amend that would have resulted in a ban on transgenics, Jeannot Castonguay, the Parliamentary Secretary to the then Minister of Health, explained in the House of Commons that such a ban "would have the effect of immediately, and permanently, putting an end to the efforts of numerous Canadian researchers and laboratories to develop therapies for the treatment of a number of dread diseases, among them cancer and Alzheimer's" (*House of Commons Debates*, vol. 138, No. 072, 2nd Sess., 37th Parl., March 18, 2003, at p. 4335).

confirme que la recherche sur les techniques liées à la procréation assistée est non seulement jugée souhaitable, mais également nécessaire. Ainsi, lors de son témoignage devant le Comité permanent de la santé le 17 mai 2001 (11:40 (en ligne)), le D^r Roger Gosden a souligné l'importance de la recherche pour bien comprendre les causes de l'infertilité, pour améliorer le taux de réussite des traitements contre l'infertilité et pour éviter les maladies héréditaires.

[214] La recherche impliquant la transgénèse a fait l'objet d'une attention particulière lors des débats. Certains parlementaires suggéraient qu'un tel type de recherche soit prohibé plutôt que réglementé (comme c'est le cas à l'art. 11 de la *LPA*). Des représentants de Santé Canada appelés à répondre à deux demandes d'amendement ont expliqué qu'une telle approche ne serait pas souhaitable.

[215] En réponse à une proposition visant à interdire totalement la transgénèse, la présidente du Comité permanent de la Santé a demandé à Rodney Ghali, analyste des politiques à la Division des projets spéciaux du ministère de la Santé, quelles seraient les répercussions de la suppression de toute recherche transgénique. Celui-ci a répondu que cet important domaine de recherche, bénéfique pour les Canadiens et Canadiennes, s'étendait à la recherche sur le cancer, la maladie de Huntington et d'autres maladies du système nerveux. La proposition d'amendement a été rejetée (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n^o 013, 2^e sess., 37^e lég., 9 décembre 2002, 10:25-10:35 (en ligne)).

[216] De même, Jeannot Castonguay, secrétaire parlementaire de la ministre de la Santé de l'époque, en réponse à une motion d'amendement visant à interdire la transgénèse, a expliqué devant la Chambre des communes qu'une telle interdiction « aurait pour conséquence de stopper immédiatement et de façon permanente les efforts de nombreux chercheurs et laboratoires au Canada qui veulent développer des thérapies pour traiter de nombreuses maladies accablantes, que ce soit le cancer, l'Alzheimer ou autres » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 138, n^o 072, 2^e sess., 37^e lég., 18 mars 2003, p. 4335).

[217] We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions concerning the controlled activities have the same purpose as the unchallenged provisions concerning the prohibited activities. Parliament responded to what was presented to it as a consensus that some of the prohibited activities are reprehensible. Those prohibitions are therefore intended to prevent activities and the use of technologies that do not form part of the process of genetic research or assisted human reproduction. Parliament clearly showed that its intention was to prohibit them, and they are in fact prohibited completely. It showed no such intention with respect to the activities that are not prohibited completely. As can be seen from the legislative history, the technologies and activities included among the controlled activities are very different in nature from the activities that are prohibited completely. These are technologies and activities to which professionals working in the field commonly have recourse. Parliament did not indicate that it intended to prohibit or even limit them. The purpose of the impugned provisions is instead to set up a national scheme to regulate the activities in question. In light of s. 2(b) of the *AHR Act*, we would add that this was how Parliament believed that “the benefits of assisted human reproductive technologies and related research for individuals, for families and for society in general can be most effectively secured” (see also S. Bordet, S. Feldman and B. M. Knoppers, “Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada” (2007), 1 *M.H.L.P.* 83, at p. 85).

(2) Effect of the Provisions

[218] Identifying the pith and substance of the impugned provisions involves a consideration not only of their purpose, but also of their effects. “Effects” of the provisions means the actual impact of the application of the provisions on Canadians: *Reference re Firearms Act*, at para. 18. As we mentioned above, the Attorney General of Canada submits that the impugned provisions have little or nothing to do with health and that none of them pertain either to the quality of medical procedures or to the management of health-care institutions

[217] Il ne nous est donc pas possible de retenir la thèse du procureur général du Canada suivant laquelle l’objet des dispositions contestées portant sur les activités réglementées est le même que celui des dispositions non contestées portant sur les actes interdits. Le Parlement a réagi à ce qui lui a été présenté comme un consensus sur le caractère répréhensible de certains actes. Ces prohibitions visent ainsi à empêcher l’exécution d’actes et l’utilisation de techniques qui ne s’insèrent pas dans le processus de recherche génétique ou de procréation assistée. Le Parlement a clairement montré son intention de les interdire. Les prohibitions sont d’ailleurs totales. Ce n’est pas le cas à l’égard des activités réglementées qui ne sont pas totalement prohibées. Comme le montre l’historique législatif, les techniques et actes constituant des activités réglementées sont d’une nature bien différente de celle des actes prohibés totalement. Il s’agit de techniques et d’actes auxquels recourent couramment les professionnels qui œuvrent dans le domaine. Le Parlement n’a manifesté aucune intention de les interdire ou même de les limiter. Les dispositions contestées ont plutôt pour objet d’instaurer un régime national d’encadrement des activités visées. Nous appuyant sur l’al. 2b) de la *LPA*, nous estimons en outre que ce moyen était celui que le Parlement jugeait « le plus efficace [pour] garantir les avantages que présentent pour les individus, les familles et la société en général la procréation assistée et la recherche dans ce domaine » (voir aussi S. Bordet, S. Feldman et B. M. Knoppers, « Legal Aspects of Animal-Human Combinations in Canada » (2007), 1 *P.D.S.M.* 83, p. 85).

(2) Effet des dispositions

[218] La détermination du caractère véritable des dispositions contestées requiert non seulement l’examen de leur objet, mais aussi celui de leurs effets. Les effets des dispositions contestées s’entendent des conséquences pratiques de leur application pour les Canadiens et les Canadiennes : *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, par. 18. Le procureur général du Canada, nous l’avons mentionné, soutient que les dispositions contestées n’ont qu’un lien ténu avec la santé, voire n’en ont pas du tout, et qu’aucune ne concerne la qualité des services

(Factum, at para. 92). The Attorney General of Quebec counters that the impugned scheme seriously affects the practice of medicine and overlaps or conflicts with many Quebec statutes and regulations. In our opinion, a review of the effects of the provisions of the *AHR Act* confirms the position of the Attorney General of Quebec.

[219] For instance, s. 8 of the *AHR Act* sets out rules on consent for the removal and use of human reproductive material. Section 8 would appear to be very broad in scope: it applies to any removal or use of human reproductive material for the purpose of creating an embryo. This means that it applies to any manipulation of this nature. However, the purpose of the provision is to establish a framework for consent to such manipulations, not to prohibit them. But it should be noted that s. 265 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, already prohibits the removal of genetic material without consent (see P. Healy, “Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada” (1995), 40 *McGill L.J.* 905, at p. 941).

[220] The impugned provisions have a direct impact on the relationship between physicians called upon to use assisted reproductive technologies, donors, and patients. Moreover, rules on consent already exist in the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991 (“*C.C.Q.*”) (arts. 10 to 25), the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 (“*AHSSS*”) (ss. 9 et seq.), and the *Code of ethics of physicians*, R.R.Q., c. M-9, r. 4.1 (ss. 28, 29 and 49). To give another example, ss. 12(1)(c) and 12(3) of the *AHR Act* address the reimbursement of surrogate mothers for expenditures incurred and for the loss of work-related income. Section 12 implicitly authorizes surrogacy contracts, whereas art. 541 *C.C.Q.* provides that such contracts are null.

[221] Moreover, ss. 10, 11, 13, 40(1) and 42 of the *AHR Act* require researchers and physicians who

médicaux ni la gestion des établissements de santé (mémoire, par. 92). Le procureur général du Québec avance au contraire que le régime contesté affecte sérieusement l'exercice de la médecine et chevauche un grand nombre de lois et de règlements québécois ou entre en conflit avec eux. À notre avis, l'examen des effets des dispositions de la *LPA* confirme la thèse du procureur général du Québec.

[219] Ainsi, l'art. 8 de la *LPA* prescrit des règles applicables au consentement au prélèvement et à l'usage du matériel reproductif humain. L'article 8 possède en apparence une portée très large : il vise tout prélèvement et toute utilisation de matériel reproductif humain dans le but de créer un embryon, de sorte que toutes les manipulations de cette nature tombent sous le coup de la disposition. Cependant, le but de la disposition est bien d'établir un régime régissant le consentement à ces manipulations, et non de les interdire. Il convient toutefois de rappeler que le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, à l'art. 265, prohibe déjà le prélèvement de matériel génétique sans consentement (voir P. Healy, « Statutory Prohibitions and the Regulation of New Reproductive Technologies under Federal Law in Canada » (1995), 40 *R.D. McGill* 905, p. 941).

[220] Les dispositions contestées touchent directement la relation entre le médecin appelé à recourir aux techniques de procréation assistée, le donneur et le patient. De plus, nous signalons que des règles relatives au consentement existent déjà dans le *Code civil du Québec*, L.R.Q., ch. C-1991 (« *C.c.Q.* »), aux art. 10 à 25, dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« *LSSSS* »), art. 9 et suiv., et dans le *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., ch. M-9, r. 4.1, art. 28, 29 et 49. En outre, l'al. 12(1)c) et le par. 12(3) de la *LPA* traitent du remboursement à la mère porteuse des dépenses supportées ou des pertes de revenu de travail subies. L'article 12 autorise implicitement la conclusion d'un contrat de mère porteuse, alors que l'art. 541 *C.c.Q.* déclare nul un tel contrat.

[221] Par ailleurs, les art. 10, 11 et 13, ainsi que le par. 40(1) et l'art. 42 de la *LPA* obligent

engage in activities related to treatments for infertility to obtain licences from the Federal Agency. But the *AHSSS* already requires hospital centres and specialized medical centres to obtain permits (s. 437 of the *AHSSS*). The *Act respecting medical laboratories, organ, tissue, gamete and embryo conservation, and the disposal of human bodies*, R.S.Q., c. L-0.2, s. 31, imposes the same obligation on laboratories and on organ and tissue banks. Given that obtaining a licence from the Federal Agency is a prerequisite for undertaking a controlled activity in any premises (s. 13 of the *AHR Act*), this obligation could require compliance with conflicting requirements or could, at the very least, result in extensive duplication in the requirements of the two levels of government.

[222] Sections 14 to 19 of the *AHR Act* establish a system for the management and disclosure of information relating to assisted reproductive activities. They provide for the establishment of a registry and set out rules for access to and disclosure of relevant information. But Quebec already has its own rules governing the use of assisted reproductive technologies by health-care institutions and physicians. Moreover, the doctor-patient relationship is protected by professional secrecy as provided for in s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q., c. M-9. And the disclosure of confidential information is also subject to provisions of several Quebec statutes and regulations, including the *Code of ethics of physicians* (ss. 20 and 21) and the *AHSSS* (see, *inter alia*, ss. 17 *et seq.*).

[223] Finally, under ss. 45 to 53 of the *AHR Act*, inspectors from the Federal Agency are granted broad powers to enter places or conveyances and examine and seize information or material. These provisions apply not only to physicians and researchers, but also to all health-care institutions where assisted reproductive activities or related research activities are conducted. This oversight by the Federal Agency duplicates the oversight provided for in the *Medical Act*, the *Code of ethics of*

les chercheurs et les médecins qui accomplissent des actes liés aux traitements contre l'infertilité d'obtenir une autorisation de l'Agence fédérale. Il convient de souligner que la *LSSSS* impose déjà aux centres hospitaliers et aux centres médicaux spécialisés l'obligation d'obtenir un permis (art. 437 de la *LSSSS*). La *Loi sur les laboratoires médicaux, la conservation des organes, des tissus, des gamètes et des embryons et la disposition des cadavres*, L.R.Q., ch. L-0.2, art. 31, impose la même obligation aux laboratoires et banques d'organes et de tissus. Comme l'obligation d'obtenir un permis délivré par l'Agence fédérale constitue une condition préalable à la pratique d'une activité réglementée dans un établissement (art. 13 de la *LPA*), elle risque de contraindre au respect d'exigences incompatibles ou, à tout le moins, d'entraîner d'importants chevauchements des exigences fixées par les deux ordres de gouvernement.

[222] Les articles 14 à 19 de la *LPA* instaurent un système de gestion et de communication de l'information concernant les pratiques de procréation assistée. Ils prévoient l'établissement d'un registre, en plus de fixer les règles régissant l'accès aux renseignements pertinents et la communication de ceux-ci. Or, au Québec, de telles règles régissent déjà les établissements de santé et les médecins lorsqu'ils ont recours aux techniques de procréation assistée. De plus, la relation patient-médecin est protégée par le secret professionnel, comme le prévoit l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q., ch. M-9. La communication de l'information confidentielle est aussi régie par un grand nombre de textes législatifs et réglementaires québécois, dont le *Code de déontologie des médecins* (art. 20 et 21) et la *LSSSS* (voir, entre autres, les art. 17 et suiv.).

[223] Enfin, les art. 45 à 53 de la *LPA* accordent aux inspecteurs de l'Agence fédérale de larges pouvoirs de visite, d'examen et de saisie de données ou de matériel. La loi assujettit à ces dispositions non seulement les médecins et les chercheurs, mais aussi tous les établissements de soins de santé où se déroulent des activités liées à la procréation ou des activités de recherche connexes. Cette surveillance exercée par l'Agence fédérale fait double emploi avec celle découlant de l'application de la

physicians, the *Professional Code*, R.S.Q., c. C-26, and the *AHSS*. The *AHSS* also includes numerous provisions that grant extensive powers of investigation to Quebec agencies created under it (see, *inter alia*, ss. 413.2 and 414 of the *AHSS*).

[224] To illustrate the scope of the provincial rules that apply to health-care professionals and institutions, it will be helpful to review certain characteristics of Quebec's health-care system, which has a vertical aspect as regards supervision and sanctions and a horizontal aspect as regards the provision of health care. The Minister of Health and Social Services oversees Quebec's health and social services agencies (ss. 339 *et seq.* of the *AHSS*), which are in turn responsible for overseeing the application of Quebec's standards and organizing services within their respective territories. Public health institutions, in co-operation with private clinics and doctors' offices, provide health services and social services (ss. 79 *et seq.* of the *AHSS*). Moreover, health-care professionals are regulated by their respective professional orders under the *Professional Code* and the other statutes that apply specifically to the orders in question. The same structure applies regardless of the nature of the health service in issue.

[225] Thus, even though an integrated system already exists in Quebec for all medical and related research activities, including those that, from ethical, moral and medical standpoints, are similar to activities associated with assisted human reproduction, the *AHR Act* establishes a distinct framework and special rules for those associated with assisted human reproduction. As a result, the *AHR Act*'s special system for assisted reproductive activities, with all its potential for red tape, has a considerable impact on all those who participate in such activities, both professionals who undertake them and the institutions where they take place.

[226] We concluded above that the purpose of the impugned provisions was to establish mandatory

Loi médicale, du *Code de déontologie des médecins*, du *Code des professions*, L.R.Q., ch. C-26, et de la *LSSSS*. Cette dernière loi comporte d'ailleurs de nombreuses dispositions qui accordent des pouvoirs d'enquête étendus à des agences québécoises qu'elle crée (voir, entre autres, les art. 413.2 et 414 de la *LSSSS*).

[224] Pour bien illustrer l'étendue des règles provinciales applicables aux professionnels de la santé et aux établissements de soins de santé, il convient de rappeler certains traits du système québécois. Il comporte un aspect vertical en ce qui concerne le contrôle et les sanctions et un aspect horizontal pour ce qui est de la fourniture des soins de santé. Le ministre de la Santé et des Services sociaux chapeaute les agences québécoises de la santé et des services sociaux (art. 339 *et suiv.* de la *LSSSS*), lesquelles sont responsables du contrôle d'application des normes québécoises et de l'organisation des services sur leur territoire respectif. Les établissements publics de soins de santé, de concert avec les cliniques et les cabinets privés, fournissent les services de santé et les services sociaux (art. 79 *et suiv.* de la *LSSSS*). Par ailleurs, les professionnels de la santé sont régis par leur ordre professionnel respectif, conformément au *Code des professions* et aux autres lois applicables spécifiquement aux ordres professionnels en cause. La structure demeure la même sans égard à la nature du service de santé fourni.

[225] Dans ce contexte, alors même qu'un régime intégré existe déjà au Québec pour tous les actes médicaux et les activités de recherche connexes, y compris ceux qui, sur les plans éthique, moral et médical, se rapprochent des activités liées à la procréation assistée, la *LPA* assujettit celles-ci à un régime distinct et des règles particulières. Par conséquent, l'assujettissement des activités liées à la procréation assistée au régime particulier de la *LPA*, avec toutes ses lourdeurs administratives potentielles, produit des effets considérables sur tous les acteurs intéressés, que ce soit les professionnels qui recourent à ces activités ou les établissements où les activités sont pratiquées.

[226] Nous avons conclu précédemment que l'objet des dispositions contestées était l'établissement

national standards for assisted human reproduction. A review of the practical consequences of these provisions shows that they have a significant impact on the practice of medicine. We therefore cannot agree with the Attorney General of Canada that the impugned provisions have nothing to do with the quality of services or the management of health-care institutions.

[227] Rather, the purpose and the effects of the provisions in question relate to the regulation of a specific type of health services provided in health-care institutions by health-care professionals to individuals who for pathological or physiological reasons need help to reproduce. Their pith and substance must be characterized as the regulation of assisted human reproduction as a health service. It would of course have been possible to say that the pith and substance of the impugned provisions relates to the regulation of research and practice associated with assisted human reproduction, but in our opinion, the effects of the provisions make a more precise characterization necessary. This approach is more consistent with the principles discussed above according to which the pith and substance should be identified as precisely as possible in light of the need to connect it with legislative powers (see para. 190). At the next step in the constitutional analysis, we must in fact establish that connection by identifying the head of power with which the impugned provisions — viewed from the perspective of their pith and substance — are connected.

B. Connecting the Pith and Substance of the Provisions With Heads of Power

[228] It is important to bear in mind this Court's caveat in *Reference re Firearms Act*: "The determination of which head of power a particular law falls under is not an exact science" (para. 26). A law, or one or more of its provisions, may in theory be connected with several heads of power. Despite this difficulty, it must be determined whether the pith and substance of the impugned law or of its impugned provisions results in a connection with

de normes impératives nationales en matière de procréation assistée. L'étude des conséquences pratiques de ces dispositions démontre que celles-ci ont une incidence importante sur la pratique médicale. Nous ne pouvons donc retenir la thèse du procureur général du Canada voulant que les dispositions contestées n'aient rien à voir avec la qualité des services et la gestion des établissements de santé.

[227] L'objet et les effets de ces dispositions sont plutôt de réglementer un secteur particulier des services de santé dispensés dans des établissements de soins de santé par des professionnels de la santé au bénéfice de personnes qui, pour des raisons pathologiques ou physiologiques, ont besoin d'aide pour procréer. Leur caractère véritable doit être formulé comme étant la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé. Il aurait certes été possible de considérer que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans l'encadrement de la recherche et de la pratique associées à la procréation assistée, mais nous estimons qu'une formulation plus précise s'impose en raison des effets des dispositions. Une telle approche respecte davantage les principes examinés précédemment selon lesquels il convient de déterminer le caractère véritable le plus précisément possible vu la nécessité d'établir le rattachement aux compétences législatives (voir par. 190). L'étape suivante de l'analyse constitutionnelle consiste justement à établir ce lien, en déterminant à quel chef de compétence les dispositions contestées, considérées sous l'angle de leur caractère véritable, se rattachent.

B. Rattachement du caractère véritable des dispositions aux chefs de compétence

[228] Il importe de rappeler la mise en garde faite par notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* : « La détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n'est pas une science exacte » (par. 26). Une loi, une de ses dispositions ou encore certaines d'entre elles peuvent en théorie être rattachées à plusieurs champs de compétence. Malgré la difficulté, il faut déterminer si le caractère véritable de la loi contestée ou

the head of power relied on by the government that enacted them.

[229] In this appeal, the Attorney General of Canada submits that the pith and substance of the *AHR Act* relates to Parliament's criminal law power. The Attorney General of Quebec contends that this cannot be the case and that the pith and substance of the impugned provisions brings them within exclusive provincial jurisdiction. Thus, the determinative question is whether the impugned provisions fall within the head of power relied on in support of their validity by the government that enacted them. To answer this question, it will be necessary to briefly review the scope of the federal criminal law power.

(1) Scope of the Federal Criminal Law Power

[230] Defining the limits of the federal criminal law power has always been a difficult task. The case law in this respect begins with *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (P.C.). In that case, the Privy Council declared a federal law to be invalid on the basis that its "subject matter" did not by its very nature belong to the domain of criminal jurisprudence.

[231] The substantive criterion of a connection with the criminal law based on the nature of the acts to which the legislation applies was interpreted as freezing the content of the criminal law in time. In *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), Lord Atkin recast the test, replacing it with an analysis based on conditions of form: there must be a prohibition accompanied by a sanction. In describing the subject matter of the prohibition, he added the following: "It appears to their Lordships to be of little value to seek to confine crimes to a category of acts which by their very nature belong to the domain of 'criminal jurisprudence'; for the domain of criminal jurisprudence can only be ascertained by examining what acts at any particular period are declared by the State to be crimes" (p. 324). In

de ses dispositions contestées permet de les rattacher au champ de compétence invoqué par l'ordre de gouvernement qui les a adoptées.

[229] Dans le présent pourvoi, le procureur général du Canada soutient que le caractère véritable de la *LPA* la rattache à la compétence du Parlement en droit criminel. Pour sa part, le procureur général du Québec affirme que cela ne peut être le cas, car, en raison de leur caractère véritable, les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces. La question déterminante demeure donc celle de savoir si les dispositions contestées relèvent de la compétence invoquée à l'appui de leur validité par l'ordre qui les a adoptées. Pour trancher, un survol de la portée de la compétence fédérale sur le droit criminel est nécessaire.

(1) Portée de la compétence fédérale sur le droit criminel

[230] Définir la compétence fédérale en matière de droit criminel a toujours été une tâche difficile. L'arrêt *In re The Board of Commerce Act, 1919, and The Combines and Fair Prices Act, 1919*, [1922] 1 A.C. 191 (C.P.), marque le point de départ de l'évolution jurisprudentielle à ce chapitre. Dans cette affaire, le Conseil privé a invalidé une loi fédérale au motif que sa « matière » ne se rattachait pas, par sa nature, au domaine du droit criminel.

[231] Le critère matériel du rattachement d'une loi au droit criminel en fonction de la nature des actes qu'elle vise a été interprété comme figeant le contenu du droit criminel dans le temps. Dans *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), lord Atkin a reformulé le critère pour le remplacer par une analyse fondée sur des conditions de forme : on devait trouver une interdiction accompagnée d'une sanction. Pour décrire la matière visée par l'interdiction, il a ajouté : [TRADUCTION] « Il apparaît assez vain à leurs Seigneuries de chercher à confiner les crimes à une catégorie d'actes qui, de par leur nature véritable, appartiennent au domaine du "droit criminel", car on ne peut fixer le domaine du droit criminel qu'en examinant quels actes l'État qualifie de crimes à chaque période en cause » (p. 324). Il a

his view, therefore, the content of the criminal law could not be frozen in time. But this new definition was too broad. It was based only on the application of formal criteria and was of no assistance in establishing the substantive limits of the federal criminal law power. The Privy Council's approach would not have caused the same problems in a unitary state, but it became a source of unique difficulties in a federal state. Since legislative powers were in practice distributed among a number of levels of government, the federal power had to be delimited not only on the basis of the very nature of criminal law, but also in accordance with the fundamental structures of the division of powers.

[232] An important clarification was accordingly made by Rand J. in *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the "*Margarine Reference*"). Rand J. stressed that a substantive component was needed to justify the exercise of the federal criminal law power. However, the most frequently quoted passage from his opinion does little to clarify the content of this substantive component:

Is the prohibition . . . enacted with a view to a public purpose which can support it as being in relation to criminal law? Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by that law . . . [p. 50]

Health, which Rand J. mentioned, cannot always justify action by Parliament in relation to the criminal law. This passage must therefore also be considered in the context of Rand J.'s definition of the criminal law. It then becomes apparent that, although he disagreed with the view expressed by Lord Atkin in *Proprietary Articles Trade Association* on the question whether the criminal law could be kept within fixed bounds, he agreed with him that it had to include not only a formal component but also a characteristic substantive component (see W. R. Lederman, "Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution" (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, at p. 39). Rand J. made the following comment:

donc refusé de donner un caractère fixe au contenu du droit criminel. Cependant, cette nouvelle définition était trop large. En effet, elle ne faisait appel qu'à des critères formels sans permettre d'établir la limite matérielle de la compétence fédérale sur le droit criminel. La méthode adoptée par le Conseil privé n'aurait pas causé les mêmes problèmes dans un État unitaire, mais elle devenait source de difficultés singulières dans un État fédéral. Comme les compétences législatives étaient réparties sur le plan matériel entre plusieurs ordres de gouvernement, il fallait délimiter la compétence fédérale non seulement en fonction de la nature même du droit criminel, mais aussi en harmonie avec les structures fondamentales du partage des pouvoirs.

[232] Une précision importante a donc été apportée par le juge Rand dans *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le « *Renvoi sur la margarine* »). Dans cet arrêt, le juge Rand a insisté sur la nécessité d'un élément matériel pour justifier l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel. Cependant, le passage le plus souvent cité de son opinion donne peu de précision sur la teneur de l'élément matériel :

[TRADUCTION] L'interdiction est-elle [. . .] promulguée en vue d'un intérêt public qui peut lui donner un fondement la rattachant au droit criminel? La paix, l'ordre, la sécurité, la santé et la moralité publics : telles sont les fins visées ordinairement mais non exclusivement par ce droit . . . [p. 50]

La santé, dont il fait mention, ne permet pas toujours de justifier une intervention du Parlement au regard du droit criminel. Il faut donc aussi situer ce passage dans le contexte de la définition que donne le juge Rand du droit criminel. On constate alors que s'il était en désaccord avec l'avis de lord Atkin formulé dans *Proprietary Articles Trade Association* sur la question de savoir si le droit criminel pouvait être enfermé dans un cadre fixe, il reconnaissait avec lui que le droit criminel devait comporter non seulement un élément formel, mais aussi un élément matériel caractéristique (voir W. R. Lederman, « Mr. Justice Rand and Canada's Federal Constitution » (1979-1980), 18 *U.W.O. L. Rev.* 31, p. 39). Le juge Rand s'est en effet exprimé ainsi :

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undesirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened. [Emphasis added; p. 49.]

In our view, therefore, it is not enough to identify a public purpose that would have justified Parliament's action. Indeed, it might be hoped that Parliament does not act unless there is a public purpose that justifies its doing so. Where its action is grounded in the criminal law, the public purpose must involve suppressing an evil or safeguarding a threatened interest.

[233] This view of the constituent elements of the federal criminal law power, namely that it has two components, one substantive and the other formal, continues to be valid today and was applied in, *inter alia*, the *Reference re Firearms Act* (para. 27). Three criteria have to be met to connect a law or a provision with this federal head of power, namely that it

- 1 - suppress an evil,
- 2 - establish a prohibition, and
- 3 - accompany that prohibition with a penalty.

[234] The formal component — establishing a prohibition and accompanying it with a penalty — supports a finding that a regulatory scheme, even one that takes the form of exemptions from a prohibitory scheme, falls within the field of criminal law. However, the substantive component, the justifiable criminal law purpose — the prohibition of a real or apprehended evil, and the concomitant protection of legitimate societal interests — must also be present. The substantive criterion assumes particular importance because of the liberal interpretation given to the formal component.

[235] These components permit the federal government to deal with and make laws with regard to

[TRADUCTION] Un crime est un acte que la loi défend en y attachant des sanctions pénales appropriées; mais comme les interdictions ne sont pas promulguées en vase clos, nous pouvons à bon droit rechercher le mal ou l'effet nuisible ou indésirable pour le public qui est visé par la loi. Cet effet peut viser des intérêts sociaux, économiques ou politiques; et le législateur a eu en vue la suppression du mal ou la sauvegarde des intérêts menacés. [Nous soulignons; p. 49.]

À notre avis, il n'est donc pas suffisant d'identifier une fin publique qui aurait justifié l'intervention du Parlement. D'ailleurs, on peut espérer que le Parlement n'agit que lorsqu'une fin publique le justifie. Dans le cas où son action prend appui sur le droit criminel, la fin publique doit consister dans la répression d'un mal ou la protection d'intérêts menacés.

[233] Cette conception des éléments constitutifs de la compétence fédérale en matière de droit criminel — qui allie deux volets, l'un matériel et l'autre formel — demeure valable aujourd'hui et elle a notamment été appliquée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (par. 27). Pour être rattachée à ce chef de compétence fédérale, une loi ou une disposition doit comporter les trois éléments suivants :

- 1 - réprimer un mal;
- 2 - énoncer une interdiction;
- 3 - accompagner cette interdiction d'une sanction.

[234] Le volet formel — énoncer une interdiction et l'accompagner d'une sanction — permet à un régime de réglementation, même introduit sous la forme d'exceptions à un régime d'interdiction, de se situer dans le champ du droit criminel. Cependant, il faut aussi retrouver le volet matériel, l'objet justifiant le recours au droit criminel : la répression d'un mal réel ou appréhendé et la protection concomitante d'intérêts sociaux légitimes. L'interprétation large donnée au volet formel accroît l'importance du critère matériel.

[235] Ces éléments permettent au gouvernement fédéral de faire face à des réalités nouvelles

new realities, such as pollution, and genetic manipulations that are considered undesirable. Thus, Parliament retains flexibility in making decisions to prohibit conduct it considers reprehensible and to prevent the undesirable effects of such conduct.

[236] Rand J.'s reference to an evil to be suppressed or a threatened interest to be safeguarded necessarily implied that the evil or threat must be real. In the context of the *Charter*, the recognized threshold is that of the reasoned apprehension of harm. The reasoned apprehension of harm, which was accepted as a criterion in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, and in *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 78, must be real and must relate to conduct or facts that can be identified and established. Although the instant case does not involve the application of the *Charter*, referring to a threshold illustrates what form a substantive component might take and helps give concrete form to the substantive component of the criminal law. It is therefore helpful for the purpose of determining whether this component cited to justify Parliament's action is present or is simply absent (see G. Côté-Harper, P. Rainville and J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4th ed. 1998), at pp. 61-62; *RJR-MacDonald*, at para. 29, *per* La Forest J., and at paras. 201-2, *per* Major J.).

[237] It must be possible to describe the risk of harm precisely enough that a connection can be established between the apprehended harm and the evil in question. In both *Butler* and *Malmo-Levine*, the Court described the risk of harm in concrete terms, in the former as a "‘reasoned apprehension of harm’ resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations" (p. 504), and in the latter as the "protection of . . . chronic users . . . and adolescents who may not yet have become chronic users, but who have the potential to do so" (para. 77). Although the Court held in the *Reference re Firearms Act* that creating a registry and a licensing system represented a valid exercise of Parliament's criminal law power, we observe that the substantive component was easy to establish. In the Court's opinion, "[g]un

et de légiférer, par exemple en matière de pollution et de manipulations génétiques jugées néfastes. Le Parlement dispose d'ailleurs d'une marge de manœuvre dans la décision de réprimer une conduite qu'il juge répréhensible et de prévenir ses effets indésirables.

[236] Le mal à réprimer ou les intérêts menacés à protéger auxquels renvoie le juge Rand doivent nécessairement être réels. Dans le contexte de la *Charte*, le seuil reconnu est celui de la crainte raisonnée de préjudice. Critère reconnu dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, et dans *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.S.C. 571, par. 78, la crainte raisonnée de préjudice doit être réelle et correspondre à des conduites ou à des faits qui peuvent être identifiés et établis. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'espèce d'un dossier emportant l'application de la *Charte*, la référence à un seuil illustre ce qu'est un élément matériel et aide à concrétiser l'élément matériel propre au droit criminel. Cet exercice est donc utile pour déterminer si cet élément invoqué pour justifier l'intervention du Parlement est présent ou tout simplement absent (voir G. Côté-Harper, P. Rainville et J. Turgeon, *Traité de droit pénal canadien* (4^e éd. 1998), p. 61-62; *RJR-MacDonald*, par. 29, le juge La Forest, et par. 201-202, le juge Major).

[237] Le risque de préjudice doit pouvoir être formulé de manière suffisamment précise pour permettre l'établissement d'un lien entre le préjudice appréhendé et le mal visé. Tant dans *Butler* que dans *Malmo-Levine*, la Cour a décrit le risque de préjudice de façon concrète. Dans le premier arrêt, il s'agissait de l'« ‘appréhension raisonnée du préjudice’ résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation » (p. 504) et, dans le second, de la « protection des consommateurs chroniques [. . .] ainsi que des adolescents qui ne sont pas encore des consommateurs chroniques mais sont susceptibles de le devenir » (par. 77). Si, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, la Cour a conclu que l'établissement d'un registre et d'un système de permis constituait un exercice

control has traditionally been considered valid criminal law because guns are dangerous and pose a risk to public safety” (para. 33). Another situation in which a connection with a criminal law purpose can be seen is that of the regulation of tobacco product labelling and the prohibition on advertising and promoting such products. Even though Parliament cannot, for social policy reasons, ban the use of tobacco completely, it is faced with an “evil” that it has undertaken to combat: *RJR-MacDonald*, at para. 44. The same observation holds true for the emission of toxic substances into the environment. In *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, the majority of the Court held, after finding that Parliament had the power “[to prevent] pollution or, to put it in other terms, causing the entry into the environment of certain toxic substances”, that a regulatory scheme was valid (para. 130). In short, the choice of means is a matter for Parliament, but the federal criminal law power cannot be exercised if the purpose of the legislation enacted to exercise it does not fall within the scope of the criminal law.

[238] The requirement of a concrete basis and a reasoned apprehension of harm applies with equal force where the legislative action is based on morality. In establishing the basis for Parliament’s action, the Chief Justice relies heavily on the purpose of upholding public morality. In her view, to justify having recourse to the criminal law by relying on morality, Parliament need only have a reasonable basis to expect that its legislation will address a concern of fundamental importance (para. 50). If her interpretation were adopted, the decision to bring certain conduct within the criminal law sphere would never be open to effective review by the courts. The issue would simply be whether a moral concern is addressed and whether there is a consensus that the concern is of fundamental importance (para. 51). This approach in effect totally excludes the substantive component that serves to delimit the criminal law. Not only

valide du pouvoir du Parlement de légiférer en matière de droit criminel, il faut noter que l’élément matériel était facilement établi. En effet, de l’avis de la Cour, « [l]e contrôle des armes à feu est traditionnellement considéré comme relevant valablement du droit criminel parce que les armes à feu sont dangereuses et constituent un risque pour la sécurité publique » (par. 33). Un autre cas de rattachement à un objet de droit criminel qui peut être observé est celui de la réglementation de l’étiquetage des produits du tabac et l’interdiction de la publicité et de la promotion de ces produits. En effet, même si, pour des raisons de politique sociale, le Parlement ne peut pas interdire totalement l’usage du tabac, il fait face à un « mal » contre lequel il a entrepris de lutter : *RJR-MacDonald*, par. 44. La même observation vaut pour l’émission de matières toxiques dans l’environnement. Dans *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, la Cour, à la majorité, a jugé valide un régime de réglementation après avoir reconnu au Parlement le pouvoir « de prévenir la pollution ou, autrement dit, le rejet de certaines substances toxiques dans l’environnement » (par. 130). En somme, le choix des moyens relève du Parlement, mais il demeure que sa compétence en droit criminel ne peut être exercée lorsque l’objet de la loi concrétisant cet exercice ne se situe pas dans le cadre du droit criminel.

[238] L’exigence d’un fondement concret et d’une appréhension raisonnée du préjudice se pose tout autant lorsque l’intervention législative est fondée sur la morale. Pour déterminer le fondement de l’action du Parlement, la Juge en chef s’appuie fortement sur l’existence d’un objectif de préservation de la morale publique. Selon elle, pour justifier le recours au droit criminel sur le fondement de la morale, le Parlement doit simplement avoir des motifs raisonnables de croire que sa loi s’attaquera à une question d’une importance fondamentale (par. 50). Si son interprétation était retenue, la décision d’assujettir une conduite au droit criminel ne serait jamais susceptible de révision judiciaire effective. En effet, il suffirait simplement de déterminer qu’une question morale est en jeu et que son importance fondamentale fait consensus (par. 51). Cette approche revient à exclure totalement l’élément matériel servant à délimiter le droit

does it go far beyond morality, which as a result serves only as a formal component, but it inevitably encompasses innumerable aspects of very diverse matters or conduct, such as participation in a religious service, the cohabitation of unmarried persons or even international assistance, which, although they involve moral concerns in respect of which there is a consensus that they are important, cannot all be considered to fall within the criminal law sphere.

[239] In our opinion, this goes further than any previous judicial interpretation. A definition such as this amounts to what the Chief Justice herself describes as a “limitless definition” that must be rejected because it jeopardizes the constitutional balance of the federal-provincial division of powers (para. 43). It is true that the criminal law often expresses aspects of social morality or, in broader terms, the fundamental values of society. However, legislative action by Parliament on this basis presupposes the existence of a real and important moral problem. Yet care must be taken not to view every social, economic or scientific issue as a moral problem. In 1931, in *Proprietary Articles Trade Association*, the Privy Council rejected any conception of the criminal law that did not take into account the evolution of society. Thus, when Parliament criminalizes an act, its decision remains subject to review by the courts, which will take society’s attitude into account. And it must be borne in mind in this area that a broad range of philosophical and religious ideas coexist in a society as diverse as contemporary Canadian society. Although the rules in the *Criminal Code* have long been understood in light of the principles of Judeo-Christian morality, societal changes have freed them from those fetters. The coming into force of the *Charter*, for example, resulted in fundamental changes that affected offences related to sex, pornography and prostitution and demonstrated the importance of the explosion of the former conceptual framework (see the former ss. 156, 157 and 158 of the *Criminal Code*, repealed by S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 9, and S.C. 1987, c. 24, s. 4, and *Butler, R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123). The

criminel. Elle va non seulement bien au-delà de la morale, qui ne tient alors lieu que d’élément formel, mais elle englobe inéluctablement d’innombrables aspects de matières ou conduites très diverses, comme la participation à un service religieux, la vie commune de personnes non mariées ou même l’aide internationale, des sujets qui, même s’ils mettent en jeu des questions morales dont l’importance fait consensus, ne peuvent être considérés comme relevant tous du droit criminel.

[239] À notre avis, cela va au-delà de toute interprétation judiciaire antérieure. Il s’agit là d’une « définition sans balises », un type de définition qui, selon la Juge en chef elle-même, doit être rejeté parce qu’il met en péril l’équilibre constitutionnel recherché par le partage des compétences fédérale et provinciales (par. 43). Certes, le droit criminel exprime souvent des aspects de la morale d’une société ou, plus largement, de ses valeurs fondamentales. Cependant, une intervention législative du Parlement sur cette base suppose tout de même l’existence d’un problème moral réel et important. Il faut d’ailleurs se garder d’assimiler toute question sociale, économique ou scientifique à un problème moral. En 1931, dans *Proprietary Articles Trade Association*, le Conseil privé rejetait toute conception du droit criminel qui ne tiendrait pas compte de l’évolution de la société. C’est donc dire que la décision du Parlement de criminaliser un acte reste soumise à un contrôle des tribunaux qui tiendra compte de l’attitude de la société. Dans ce domaine, on doit aussi rester conscient de la diversité des conceptions philosophiques ou religieuses inhérente à une société aussi diversifiée que la société canadienne contemporaine. D’ailleurs, on se souviendra que si la conception des règles du *Code criminel* a été longtemps empreinte des principes de la morale judéo-chrétienne, l’évolution de la société a fait éclater ce carcan. Après l’entrée en vigueur de la *Charte*, par exemple, des changements fondamentaux ont touché nombre d’infractions liées au sexe, à la pornographie ou à la prostitution et ont révélé l’importance de l’éclatement du cadre conceptuel antérieur (voir les anciens art. 156, 157 et 158 du *Code criminel*, abrogés par L.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 9, et L.C. 1987, ch. 24, art. 4, et les arrêts *Butler, R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2,

judgments on the application of the *Charter* have not of course purported to define the limits of the federal criminal law power, but they do clearly illustrate what is considered to be an evil, which is a question the Chief Justice does not deal with in her analysis relating to morality. We also note that, although the existence of an evil to be suppressed is not discussed in her analysis of the moral aspect of the criminal law, it is given considerable emphasis in her analysis of the public health-related aspect of the criminal law (paras. 52-56 and 62).

[240] In this context, absent an intention to change the law and give the federal criminal law power an unlimited and uncontrollable scope, the requirement of a real evil and a reasonable apprehension of harm constitutes an essential element of the substantive component of the definition of criminal law. Without it, the federal criminal law power would in reality have no limits. The federal government would have the authority under the Constitution to make laws in respect of any matter, provided that it cited its criminal law power and that it gave part of its legislation the form of a prohibition with criminal sanctions. This is what Rand J. wanted to prevent in the *Margarine Reference*.

[241] In cases in which the purpose being relied on was the protection of public health, the courts have shown less deference to Parliament if the risk could not be easily demonstrated. They may have taken this stance because risks to health can often be established through empirical studies. For example, in the *Margarine Reference*, the fact that consuming margarine entailed no health risks explains why no connection could be established between the prohibition and the criminal law power. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914, the failure to demonstrate a risk associated with the consumption of malt liquors accounts for the outcome of the trial. In *RJR-MacDonald*, on the other hand, given the well-established health risks

[2001] 1 R.C.S. 45, et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123). Certes les arrêts rendus sur l'application de la *Charte* n'ont pas pour but de définir les limites de la compétence fédérale en droit criminel, mais ils illustrent bien ce qui est considéré comme un mal, une considération qui est exclue de l'analyse de la Juge en chef en relation avec la morale. Nous notons par ailleurs que si l'existence d'un mal à réprimer ne figure pas dans son analyse du volet moral du droit criminel, elle occupe par contre une place importante dans son analyse du volet relatif aux problèmes de santé publique du droit criminel (par. 52-56 et 62).

[240] Dans un tel contexte, à moins de vouloir changer le droit et conférer une portée illimitée et incontrôlable à la compétence fédérale en droit criminel, l'exigence que le mal soit réel et que l'appréhension du préjudice soit raisonnable constitue une composante essentielle du volet matériel de la définition du droit criminel. L'absence d'une telle exigence supprimerait dans les faits toute limite du pouvoir fédéral de légiférer en droit criminel. La constitution canadienne autoriserait alors le gouvernement fédéral à légiférer en toutes matières dès lors qu'il invoque sa compétence en droit criminel et confère à une partie de sa mesure législative une forme prohibitive assortie de sanctions pénales. C'est ce que le juge Rand a voulu empêcher dans le *Renvoi sur la margarine*.

[241] Lorsque l'objectif invoqué était la protection de la santé publique et que le risque ne pouvait être démontré facilement, les tribunaux se sont montrés exigeants envers le législateur fédéral. Cette attitude peut s'expliquer par le fait que des études empiriques parviennent souvent à démontrer l'existence de risques divers pour la santé. Par exemple, dans le *Renvoi sur la margarine*, l'absence de risque sanitaire associé à la consommation de la margarine explique que l'interdiction ne pouvait être rattachée au chef de compétence relatif au droit criminel. Dans l'affaire *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914, l'absence de démonstration du risque lié à la consommation des liqueurs de malt explique l'issue du procès. Par contre, dans

associated with tobacco consumption, the exercise of the criminal law power was found to be justified.

[242] Furthermore, the fact that certain provisions of a statute have a connection with the criminal law does not mean that the entire statute can be justified in the same manner and on the same basis. For example, in *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284, the majority clearly stated that the *Food and Drugs Act* had three distinct parts, one of which — on marketing — fell under the trade and commerce power rather than the criminal law power (p. 288). The same type of distinction was made in the *Margarine Reference*, and it resulted in a declaration that the provisions respecting the production, possession and sale of the products in question were invalid. A similar distinction can be drawn in the case at bar between the absolute prohibitions and the impugned provisions of the *AHR Act*.

[243] Although a reasoned apprehension of harm necessarily constitutes a criminal law purpose, health, ethics and morality do not automatically arouse such an apprehension in every case. For an activity to fall under the criminal law, it must be found that there is an evil to be suppressed or prevented and that the pith and substance of the provisions in issue is the suppression of that evil or the elimination of that reasoned risk of harm.

[244] When Parliament exercises a power assigned to it, it can establish national standards. However, administrative efficiency alone cannot be relied on to justify legislative action by Parliament (*Margarine Reference*, at p. 52). The action must be taken within the limits of an assigned head. Recourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law. The three criteria of the criminal law must be met.

RJR-MacDonald, devant les conséquences néfastes bien établies de la consommation de tabac, l'exercice du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel a été considéré comme justifié.

[242] De plus, nous tenons à souligner que le rattachement de certaines dispositions d'une loi au droit criminel ne signifie pas que toute la loi soit justifiée de la même façon et sur la même base. Ainsi, dans *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284, la majorité a clairement affirmé que la *Loi des aliments et drogues* comporte trois parties distinctes, dont l'une — qui porte sur la commercialisation — relève de la compétence sur les échanges et le commerce, et non de la compétence sur le droit criminel (p. 288). Le même type de distinction a été fait dans le *Renvoi sur la margarine* et a conduit à une déclaration d'invalidité des dispositions sur la production, la possession et la vente des produits concernés. Une distinction semblable peut être faite dans la présente affaire entre les prohibitions absolues et les dispositions contestées de la *LPA*.

[243] Si la crainte raisonnée de préjudice constitue nécessairement un objet justifiant le recours en droit criminel, la santé, l'éthique et la morale ne suscitent pas d'emblée ou dans tous les cas une telle crainte. Pour qu'une activité relève du droit criminel, il faut conclure qu'il existe un mal à réprimer ou à prévenir et que, de fait, le caractère véritable des dispositions en question est la répression de ce mal ou la prévention de ce risque raisonné de préjudice.

[244] L'exercice par le Parlement d'une compétence qui lui est attribuée lui permet d'établir des normes nationales. L'efficacité administrative à elle seule ne peut cependant pas justifier l'intervention législative de l'ordre fédéral (*Renvoi sur la margarine*, p. 52). Encore faut-il que cette intervention respecte les limites d'une compétence attribuée. Le recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. Les trois composantes du droit criminel doivent être présentes.

[245] The subjects set out in the lists of federal and provincial powers represent an organizational framework for constitutional powers that is designed to establish a federal scheme and enable the scheme to develop in accordance with its fundamental structures. As the Court noted in the *Reference re Firearms Act*, Canada's constitutional balance of powers requires each level of government to respect the other's jurisdiction:

Although the criminal law power is broad, it is not unlimited. Some of the parties before us expressed the fear that the criminal law power might be illegitimately used to invade the provincial domain and usurp provincial power. A properly restrained understanding of the criminal law power guards against this possibility. [para. 30]

[246] The principles underlying the balance of Canadian federalism themselves require that rules that relate in pith and substance to the criminal law power be distinguished from those that, although having a regulatory aspect, are intended to govern fields falling under other — exclusive or concurrent — federal or provincial powers.

(2) Lack of a Connection Between the Pith and Substance of the Impugned Provisions and the Federal Criminal Law Power

[247] In the instant case, the primary focus of the analysis is on the “evil” the impugned provisions are intended to suppress. The Attorney General of Canada relies on the fact that the criminal law has traditionally been linked to Parliament's power to make laws in relation to safety, morality and public health. More specifically, he submits that the scheme in issue contemplates a range of activities that pose risks to the fundamental values of morality and public health, and that these risks explain the enactment of this diverse set of measures and justify the concerns expressed with respect to assisted human reproduction and the creation of life. The Chief Justice goes even further, as she departs from the Attorney General of Canada's position. She considers that the purpose of the *AHR Act* is to prohibit conduct considered by Parliament to be reprehensible (para. 30).

[245] Les matières énumérées à la liste des compétences fédérales et provinciales représentent un cadre d'organisation des pouvoirs constitutionnels destiné à établir un régime fédéral et à permettre son développement dans le respect de ses structures fondamentales. Du respect des compétences des deux ordres de gouvernement dépend l'équilibre fédératif canadien, ce que rappelle la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* :

La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée. Certaines parties ont exprimé devant notre cour la crainte que cette compétence soit utilisée de façon illégitime pour envahir un domaine provincial et usurper des pouvoirs provinciaux. Une perception dûment pondérée de la compétence en matière de droit criminel exclut cette éventualité. [par. 30]

[246] Les règles qui fondent l'équilibre du fédéralisme canadien exigent elles-mêmes que l'on distingue les normes qui, par leur caractère véritable, ressortissent au droit criminel de celles qui, même si elles revêtent un aspect réglementaire, visent à régir un domaine relevant d'autres compétences fédérales ou provinciales, exclusives ou concurrentes.

(2) Absence de rattachement du caractère véritable des dispositions contestées à la compétence fédérale en droit criminel

[247] En l'espèce, l'analyse porte principalement sur le « mal » que le Parlement vise à réprimer au moyen des dispositions contestées. Le procureur général du Canada s'appuie sur le fait que, traditionnellement, le droit criminel est lié à la compétence du Parlement de légiférer pour protéger la sécurité, la morale et la santé publique. Il soutient plus précisément que le régime en cause vise un ensemble d'activités présentant des risques d'atteinte aux valeurs fondamentales que sont la morale et la santé publique. Ces risques expliqueraient l'adoption de cet ensemble de mesures diverses et justifieraient les préoccupations exprimées au sujet de la procréation assistée et de la création de la vie. La Juge en chef va même plus loin, s'écartant ainsi de la thèse avancée par le procureur général du Canada. Elle estime que la *LPA* vise à réprimer des actes que le Parlement tient pour répréhensibles (par. 30).

[248] The problem with these positions is that although a connection can be made between the pith and substance of the absolute prohibitions and a risk of harm, the same cannot be said of the regulation of the other activities and of the regulatory scheme that is established. It should be noted that the *AHR Act* prohibits, for example, altering the genome of a cell such that the alteration is capable of being transmitted to descendants (s. 5(1)(f)) or creating animal-human hybrids (s. 5(1)(h), (i) and (j)). The Baird Commission concluded that there was a consensus in society that these activities threaten the future of the human race.

[249] As for the controlled activities, they include practices such as insemination and *in vitro* fertilization using genetic material from a man and a woman who will become the parents. These are legitimate practices on which, according to the Baird Commission, a broad consensus exists (Baird Report, at p. 140). They have even been included among the basic services covered by Ontario's health insurance plan for more than 15 years (Baird Report, at p. 82).

[250] To find that the pith and substance of the impugned provisions relates to the prohibition of reprehensible conduct is therefore problematic in two ways. First, from the standpoint of morality, no evil has been identified. Second, all activities related to assisted human reproduction are regulated, not just specific ones that Parliament could theoretically have considered — but in fact did not consider — reprehensible. A review of all the work of the Baird Commission and the discussion group together with the Health Canada studies, the importance of which we highlighted above, confirms that, where the impugned provisions are concerned, Parliament's action did not have the purpose of upholding morality and was not based on a reasoned apprehension of harm. The Baird Commission had drawn a fundamental distinction between the activities the prohibition of which is not being challenged and a set of activities to be regulated, the beneficial nature of which it emphasized. Finally, in its statement of principles, Parliament made it clear that it considered assisted

[248] Ces thèses posent problème, car si le caractère véritable des prohibitions absolues peut être lié à un risque de préjudice, il n'en va pas de même de la réglementation des autres activités et du régime de contrôle mis en place. Rappelons que la *LPA* prohibe par exemple la modification du génome d'une cellule de façon à rendre la modification transmissible aux descendants (al. 5(1)f)) ou la création d'hybrides animal-humain (al. 5(1)h, i) et j)). La Commission Baird avait conclu qu'il existait un consensus social sur le caractère dangereux de ces activités pour l'avenir de la race humaine.

[249] Pour leur part, les activités réglementées englobent des pratiques comme l'insémination ou la fécondation *in vitro* à partir de matériel génétique provenant d'un homme et d'une femme qui seront les parents. Il s'agit de pratiques légitimes au sujet desquelles la Commission Baird reconnaissait l'existence d'un large consensus (Rapport Baird, p. 158) et qui font même partie des services de base couverts par le régime d'assurance-maladie de l'Ontario depuis plus de 15 ans (Rapport Baird, p. 94).

[250] Conclure que le caractère véritable des dispositions contestées réside dans la répression d'actes répréhensibles est donc problématique à deux titres. D'abord, pour ce qui est de la morale, aucun mal n'est identifié. Ensuite, toutes les activités liées à la procréation assistée sont réglementées, et non seulement les activités particulières qui, théoriquement, auraient pu être considérées comme répréhensibles par le Parlement et qui ne l'ont pas été réellement. L'examen de l'ensemble des travaux de la Commission Baird et du groupe de discussion, ainsi que des études de Santé Canada dont nous avons rappelé l'importance confirme que l'intervention du Parlement, en ce qui a trait aux dispositions attaquées, n'avait aucunement comme objectif de préserver la morale et n'était pas fondée sur une appréhension raisonnée de préjudice. La Commission Baird avait reconnu une distinction fondamentale entre les actes dont la prohibition n'est pas contestée et un ensemble d'activités destinées à être réglementées et dont elle mettait en évidence le caractère bénéfique. Enfin, dans son

reproduction services to be beneficial. In light of the evidence, the concerns that led Parliament to enact the impugned provisions quite simply did not include the purpose of upholding morality relied on by the Chief Justice.

[251] Nothing in the record suggests that the controlled activities should be regarded as conduct that is reprehensible or represents a serious risk to morality, safety or public health. As we mentioned above, Parliament, in adopting the Baird Report's recommendation on controlled activities, intended to establish national standards for assisted human reproduction. The purpose was not, therefore, to protect those who might resort to assisted human reproduction on the basis that it was inherently harmful. Assisted human reproduction was not then, nor is it now, an evil needing to be suppressed. In fact, it is a burgeoning field of medical practice and research that, as Parliament mentions in s. 2 of the *AHR Act*, brings benefits to many Canadians.

[252] Both at the time of the Baird Commission's work and during the parliamentary debates, questions were raised and comments made about Parliament's authority to create such a regulatory scheme. We have already mentioned the Commission's opinion on the prohibited activities and the controlled activities, but there is more. It is clear from the Commission's report that its mandate and its recommendations were conducive to actions involving more than just the federal government's legislative powers:

It is clear, then, that many sectors of society beyond the health care sector and public institutions beyond the federal government will have crucial roles to play. Concerted action and cooperation by the provinces/territories, the professions, and other key participants in the context of the proposed national framework are the only way to ensure ethical and accountable use of new reproductive technologies in Canada — now and in the future. [p. 1021]

énoncé de principes, le Parlement indique clairement qu'il tient pour bénéfiques les services liés à la procréation assistée. Au vu de la preuve, l'objectif de préserver la morale sur lequel s'appuie la Juge en chef est tout simplement absent des préoccupations du Parlement pour ce qui est des dispositions contestées.

[251] Le dossier ne fait état d'aucun élément qui assimilerait les activités réglementées à des actes répréhensibles ou présentant des risques graves pour la morale, la sécurité ou la santé publique. Comme nous le relevons précédemment, en adoptant la recommandation du Rapport Baird concernant les activités réglementées, le but du Parlement était d'établir des normes nationales pour régir la procréation assistée. Il ne s'agissait donc pas de protéger les personnes susceptibles de recourir à celle-ci au motif qu'elle est néfaste en soi. La procréation assistée n'était pas alors un mal qu'il convenait de réprimer, et elle ne l'est pas non plus aujourd'hui. En réalité, il s'agit d'un domaine en plein essor de la pratique médicale et de la recherche qui, comme l'énonce le Parlement à l'art. 2 de la *LPA*, comporte des avantages pour de nombreux Canadiens et Canadiennes.

[252] Tant lors des travaux de la Commission Baird que lors des débats parlementaires, la compétence du Parlement d'instituer le régime réglementaire a suscité interrogations et commentaires. Nous avons déjà mentionné l'opinion de la Commission sur les actes prohibés et sur les activités réglementées, mais il y a plus. À la lecture de son rapport, on constate d'emblée que le mandat et les recommandations de la Commission sont de nature à susciter des interventions qui dépassent le cadre des seules compétences législatives fédérales :

Il est donc clair que bien des secteurs de la société, outre celui de la santé, et de nombreuses institutions publiques, en plus du gouvernement fédéral, auront un rôle capital à jouer. L'action concertée et la collaboration des provinces et des territoires, des professionnels et d'autres participants clés, dans le cadre national proposé, sont les seuls moyens d'assurer que — dès maintenant et dans l'avenir — le recours aux nouvelles techniques de reproduction au Canada est sûr et conforme à l'éthique. [p. 1157]

[253] Regardless of whether the Commission's opinion on the need to rely on the general federal power to make laws for the peace, order and good government of Canada was valid, it appears to have been shared by stakeholders at that time. For example, in the news release announcing the moratorium on prohibited activities, the federal Minister of Health mentioned consultations with the provinces on the regulation of assisted human reproduction and stated that those consultations would be "extensive and complex due to the nature of the shared jurisdiction among the federal, provincial and territorial governments in this area" (p. 2). Approval for basing the regulatory scheme on the criminal law power was far from unanimous. Many of those who participated in the proceedings pointed out that many aspects of the field of assisted human reproduction fell within provincial jurisdiction. Moreover, in his testimony in 2001 before the Standing Committee on Health, which was studying the draft bill, the Minister of Health referred, in discussing the constitutional basis for federal action, not to the criminal law power, but to the "general jurisdiction to legislate where there are broad matters of health and safety and order concerning all Canadians" (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 013, 1st Sess., 37th Parl., May 3, 2001, at 11:35 (online); see also *House of Commons Debates*, May 21, 2002, May 27, 2002, and January 28, 2003).

[254] The concerns expressed by many participants and their hesitation to base the legislative framework on the federal criminal law power should come as no surprise. Although assisted human reproduction raises moral and ethical questions, this does not necessarily mean that exercising the criminal law power is justified on the basis that there is an evil to be suppressed. Rather, both those who testified before the Baird Commission and those who participated in the parliamentary debates acknowledged that the development of assisted human reproduction amounts to a step forward for the constantly growing number of people dealing with infertility. Moreover, it represents the only option for homosexuals who wish to reproduce. The risks for the health and safety of people

[253] Que l'opinion de la Commission sur la nécessité de recourir à la compétence fédérale générale pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement soit fondée ou non, elle semblait partagée par les intervenants de l'époque. Ainsi, dans le communiqué annonçant le moratoire sur les actes prohibés, le ministre fédéral de la Santé faisait mention de la consultation des provinces sur l'encadrement de la procréation assistée et indiquait qu'il s'agissait d'un « exercice intense et complexe en raison du partage des compétences fédérales, provinciales et territoriales dans ce domaine » (p. 2). L'exercice de la compétence en matière de droit criminel pour créer le régime de réglementation était loin de faire l'unanimité. De nombreux intervenants firent valoir que maints aspects de la procréation assistée relevaient des provinces. Lors de son témoignage en 2001 devant le Comité permanent de la santé qui étudiait l'avant-projet de loi, le ministre de la Santé invoquait d'ailleurs, comme fondement constitutionnel de l'intervention fédérale, non pas la compétence en droit criminel, mais le « pouvoir général de légiférer quand se posent pour tous les Canadiens de grandes questions en matière de santé ainsi que de sécurité et d'ordre » (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, n° 013, 1^{re} sess., 37^e lég., 3 mai 2001, 11:35 (en ligne); voir aussi *Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 2002, 27 mai 2002 et 28 janvier 2003).

[254] Les inquiétudes de nombreux intervenants et leur hésitation à fonder l'encadrement réglementaire sur la compétence fédérale en droit criminel ne doivent pas nous étonner. En effet, si la procréation assistée soulève des questions morales et éthiques, cela ne signifie pas nécessairement que le recours au droit criminel est justifié par l'existence d'un mal à réprimer. Tant devant la Commission Baird qu'au cours des travaux parlementaires, les interventions traduisent plutôt une reconnaissance du fait que le développement de la procréation assistée représente un progrès pour le nombre sans cesse croissant de personnes aux prises avec l'infertilité. De plus, il s'agit de la seule avenue qui s'offre aux personnes homosexuelles qui veulent procréer. Les risques pour la santé et la sécurité des

who resort to these technologies do not distinguish the field of assisted human reproduction from other fields of medical practice that have evolved after a period of experimentation, such as that of organ transplants or grafts.

[255] Medical advances are not limited to the field of assisted human reproduction, and many such advances can raise issues related to ethics, morality, safety and public health. There is no question that the success rate of the first few attempts at heart bypass surgery was less spectacular, the technologies less sophisticated and the materials less diverse. Although heart surgery, like many other medical treatments, may raise issues related to health, safety, ethics and morality, particularly where children, senior citizens or disabled persons are involved, criminalizing the practice of cardiology is not being considered. Neither a desire for uniformity nor the very novelty of a medical technology can serve as the basis for an exercise of the federal criminal law power.

[256] In the end, if we were to adopt the Attorney General of Canada's interpretation and accept that the fact that a technology is "novel" justifies, on its own, resorting to the criminal law power, nearly every new medical technology could be brought within federal jurisdiction. This view of the criminal law is incompatible with the federal nature of Canada; it not only upsets the constitutional balance of powers in the field of health, but also undermines the very definition of federalism.

[257] We cannot, therefore, accept the argument that the criminal law power gives Parliament an unconditional substantive right to take action to protect morality, safety and public health. The Attorney General of Canada has in the alternative invoked no other powers that could serve as a basis for the exercise of Parliament's legislative authority.

[258] As we explained above, in determining whether a provision is valid, the court must

personnes qui recourent aux techniques en ne font pas de la procréation assistée un domaine différent des autres champs de la pratique médicale qui ont évolué après une période d'expérimentation comme la transplantation ou la greffe d'organes.

[255] Les progrès médicaux ne se limitent pas au seul domaine de la procréation assistée, et un grand nombre d'entre eux sont susceptibles de soulever des questions liées à l'éthique, à la morale, à la sécurité et à la santé publique. Certes, lors des premières opérations de pontages cardiaques, le taux de réussite était moins spectaculaire, les techniques moins sophistiquées et les matériaux moins diversifiés. Bien que la chirurgie cardiaque — comme de nombreux autres traitements médicaux par ailleurs — puisse soulever des questions de santé, de sécurité, d'éthique et de morale, notamment lorsque des enfants ou des personnes âgées ou handicapées sont concernées, on ne songe pas pour autant à criminaliser la pratique de la cardiologie. Pas plus que le désir d'uniformité, le caractère novateur d'une technique médicale ne saurait servir de fondement à l'exercice de la compétence fédérale en droit criminel.

[256] À terme, retenir l'interprétation du procureur général du Canada et reconnaître que le caractère « inédit » d'une technique justifie en soi le recours au droit criminel pourrait mener à la transposition de presque toutes les nouvelles techniques médicales à la compétence fédérale. Cette conception du droit criminel est incompatible avec la nature fédérative de notre État; non seulement elle bouleverse notre équilibre fédératif dans le domaine de la santé, mais elle mine aussi la conception même du fédéralisme.

[257] Par conséquent, nous rejetons l'argument selon lequel la compétence en droit criminel conférerait au Parlement, sur le plan matériel, un pouvoir inconditionnel d'intervenir pour protéger la morale, la sécurité et la santé publique. Le procureur général du Canada n'a pas invoqué à titre subsidiaire d'autres compétences susceptibles de fonder l'exercice du pouvoir législatif du Parlement.

[258] Comme nous l'avons expliqué plus tôt, pour statuer sur la validité d'une disposition, il faut

examine, *inter alia*, the overflow from the exclusive jurisdiction of the government that enacted it. Often, the overflow is proved by demonstrating that the rules fall within the jurisdiction of the other level of government, and the Attorney General of Quebec has in fact done so in the instant case. We will now therefore turn to the connection between the impugned provisions and the exclusive provincial power.

(3) Connection With Provincial Powers

[259] The Attorney General of Quebec submits that the impugned provisions fall within the provinces' exclusive jurisdiction over hospitals, education, property and civil rights, and matters of a merely local nature (s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*). It is clear from the record that the impugned statutory provisions fall under various provincial heads of power.

[260] A lengthy review is not needed to determine that the impugned provisions affect rules with respect to the management of hospitals. Parliament has provided that the *AHR Act* applies to all premises in which controlled activities are undertaken (s. 13). Yet it is inconceivable that assisted reproductive technologies could be employed without the support of institutions under provincial jurisdiction: such institutions are where specimens are taken, diagnoses are made, materials are stored, treatment is provided and follow-up takes place. The power of the provinces to make laws in relation to the establishment, maintenance and management of hospitals is therefore engaged, and it necessarily includes the power to establish standards for the operation of such institutions (see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 24). For the purpose of establishing a constitutional connection, there is no reason to distinguish clinics or laboratories that conduct analyses or take specimens from hospitals. All such institutions are related on the basis of a common practice, and they cannot be characterized using any term other than "hospital" merely because they are specialized or small. Thus, it is

autres se pencher sur le débordement de la compétence exclusive de l'ordre qui l'a adoptée. Le débordement se prouve souvent en démontrant que les normes relèvent de la compétence de l'autre ordre de gouvernement. C'est ce que le procureur général du Québec a fait en l'espèce. C'est pourquoi nous passons au rattachement des dispositions contestées à la compétence exclusive des provinces.

(3) Rattachement aux compétences des provinces

[259] Le procureur général du Québec plaide que les dispositions contestées relèvent de la compétence exclusive des provinces sur les hôpitaux, l'éducation, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale (par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*). L'étude du dossier confirme que les dispositions législatives contestées relèvent de divers chefs de compétence provinciale.

[260] Il n'est pas nécessaire de procéder à un long examen pour constater que les dispositions contestées touchent les normes de gestion des hôpitaux. En effet, le Parlement a assujéti à la *LPA* tous les établissements où des activités réglementées sont exercées (art. 13). Cela étant, il est impossible d'envisager le recours aux techniques de procréation assistée sans l'appui d'établissements relevant des provinces : les prélèvements y sont effectués, les diagnostics y sont posés, le matériel y est conservé, les traitements y sont fournis et le suivi y est assuré. La compétence des provinces de légiférer sur l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux est donc concernée et elle emporte nécessairement celle d'assujétiir à des normes le fonctionnement des centres hospitaliers (voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 24). Aux fins du rattachement constitutionnel, il n'y a pas lieu de distinguer entre les cliniques ou les laboratoires d'analyse ou de prélèvement et les hôpitaux. Tous ces établissements sont liés par une pratique commune, et leur spécialisation ou leur taille ne permet pas de les qualifier à l'aide d'un autre vocable qu'« hôpital ». Il est donc clair que les dispositions qui imposent des

clear that the provisions that impose obligations in respect of premises where activities related to assisted reproduction take place are intended to apply to all such activities and all such institutions, without distinguishing between clinics and hospitals. In this sense, in light of the pith and substance of the impugned provisions — the regulation of assisted human reproduction as a health service — those provisions are closely connected with the activities of hospitals and fall within the power of the provinces to make laws in relation to that matter.

[261] The Attorney General of Quebec also argues that the provinces' power to make laws in relation to education is engaged here. This argument is not convincing. The rules established in the *AHR Act* relate to this power only to the extent that the activities associated with assisted human reproduction either require certain qualifications for which special training is necessary or take place in university hospitals for research or educational purposes. Furthermore, the purpose of the Federal Agency's authority to oversee persons and institutions licensed to engage in assisted reproductive activities is not related to training or to the framework within which training takes place. The rules do not therefore have the regulation of teaching as their pith and substance, and the provisions themselves are only indirectly connected with the provinces' power in relation to education.

[262] The other two heads of power relied on by the Attorney General of Quebec are property and civil rights, and local matters. These two powers, which are often invoked together, are broad. The expression "civil rights" is now understood in association with fundamental freedoms. In the context of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, however, it refers to the field of private law (H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit Constitutionnel* (5th ed. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). More specifically, this head of power covers property, the status and capacity of persons, the family, matrimonial agreements, extracontractual and contractual liability, privileges, hypothecs,

obligations à l'égard des établissements où sont exercées des activités liées à la procréation assistée ont pour objet de régir l'ensemble de ces activités et de ces établissements, et ce, sans distinguer entre une clinique ou un hôpital. En ce sens, le caractère véritable des dispositions — la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé — rattache étroitement les dispositions contestées aux activités des hôpitaux et les fait relever du pouvoir des provinces de légiférer sur cette matière.

[261] Le procureur général du Québec soutient aussi que la compétence législative des provinces en matière d'éducation est en jeu. L'argument n'est pas convaincant. En effet, les normes de la *LPA* ne s'appliquent que dans la mesure où les activités liées à la procréation assistée exigent certaines qualifications nécessitant une formation particulière ou qu'elles se déroulent dans des hôpitaux universitaires à des fins de recherche ou de formation. De plus, nous constatons que le pouvoir de surveillance accordé à l'Agence fédérale à l'égard des personnes et des établissements autorisés à exercer des activités liées à la procréation assistée ne vise pas la formation ni son encadrement. Le caractère véritable des normes ne vise donc pas la réglementation de l'enseignement, et les dispositions comme telles ne sont qu'indirectement rattachées à la compétence provinciale sur l'éducation.

[262] Les deux autres chefs de compétence invoqués par le procureur général du Québec sont la propriété et les droits civils, ainsi que les matières locales. Souvent invoqués de pair, ils ont une vaste portée. L'acception moderne associe le terme « droits civils » aux libertés fondamentales. Cependant, dans le contexte du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, il renvoie plutôt au domaine du droit privé (H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5^e éd. 2008); A. Tremblay, *Les Compétences législatives au Canada et les Pouvoirs provinciaux en Matière de Propriété et de Droits civils* (1967)). Plus précisément, ce champ de compétence comprend les biens, l'état et la capacité des personnes, la famille, les conventions matrimoniales, la

liberalities and successions, and prescription. In short, it concerns a very large number of subjects that are addressed, in the case of Québec, in the *Civil Code of Québec* (G.-A. Beaudoin, in collaboration with P. Thibault, *La Constitution du Canada: institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3rd ed. 2004)). Because of its broad scope, this head of power is often referred to as a partial residual jurisdiction.

[263] The power to make laws in relation to property and civil rights, which is by far the most important of the provincial heads of power, has been relied on so often in challenges of federal laws that “[m]ost of the major constitutional cases have turned on the competition between one or more of the federal heads of power, on the one hand, and property and civil rights, on the other” (Hogg, at p. 21-2). Since the founding of the Canadian federation, many government measures, including health-related measures, have been connected with this head of power (*Workmen’s Compensation Board v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (P.C.)).

[264] The power of the provinces in relation to matters of a merely local or private nature — which can also be regarded as a partial residual jurisdiction — has often been relied on in conjunction with their power in relation to property and civil rights (*Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662, at p. 699; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, at p. 792; *Siemens v. Manitoba*, at para. 22). Indeed, the courts have tended to consider the two heads of power as one. In *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, however, the majority of this Court held that this power to make laws in relation to matters of a merely local nature was the only source of the provinces’ general authority over health that supported a finding that the *Heroin Treatment Act, 1978*, enacted by the British Columbia legislature was valid.

responsabilité extracontractuelle et contractuelle, les privilèges, les hypothèques, les libéralités et les successions et la prescription. Il se rapporte en somme à un très grand nombre de sujets dont traite, dans le cas du Québec, le *Code civil du Québec* (G.-A. Beaudoin, en collaboration avec P. Thibault, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, Charte canadienne des droits et libertés* (3^e éd. 2004)). En raison de la vaste portée de ce champ de compétence, on y réfère souvent à titre de compétence résiduelle partielle.

[263] De loin le plus important des chefs de compétence provinciale, le pouvoir de légiférer sur la propriété et les droits civils est si souvent invoqué pour contester des lois fédérales que, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des grandes causes constitutionnelles, on oppos[e], d’une part, un ou plusieurs chefs de compétence fédérale, et, d’autre part, la compétence sur la propriété et les droits civils » (Hogg, p. 21-2). Depuis la naissance de la fédération canadienne, nombre de mesures gouvernementales ont été rattachées à ce champ de compétence, notamment en matière de santé (*Workmen’s Compensation Board c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1920] A.C. 184 (C.P.)).

[264] La compétence des provinces sur les matières de nature purement locale ou privée — qu’il convient aussi de considérer comme une compétence résiduelle partielle — est souvent invoquée de pair avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (*Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662, p. 699; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, p. 792; *Siemens c. Manitoba*, par. 22). La jurisprudence tend d’ailleurs à les assimiler l’une à l’autre. Toutefois, dans *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, la majorité a considéré ce pouvoir de légiférer sur les matières de nature purement locale comme étant la seule source de compétence générale des provinces en santé qui permettait de reconnaître la validité de l’*Heroin Treatment Act, 1978*, adoptée par la législature de la Colombie-Britannique.

[265] In reviewing the effects of the impugned provisions, we observed that the provisions affect essential aspects of the relationship between a physician and persons who require assistance for reproduction. The fact that several of the impugned provisions concern subjects that are already governed by the *Civil Code of Québec*, the *AHSSS*, the *Medical Act* and the rules of ethics applicable to the professionals in question is an important indication that, in pith and substance, the provisions lie at the very core of the provinces' jurisdiction over civil rights and local matters.

[266] To say, as the Attorney General of Canada does, that the impugned provisions have nothing to do with the quality of medical procedures is to deny the medical environment in which assisted human reproduction activities take place, where the physician plays a crucial role. Not only is the physician centrally involved in making the diagnosis, but he or she is also one of the people who will provide the information the patients need to make a decision and who will act on that decision and then follow up on the treatment. Ample proof of the effect of the impugned provisions of the *AHR Act* on the practice of medicine can be found in the obligations the provisions impose not only on physicians, but also on the institutions where assisted reproduction services are dispensed. Consent to treatment and to the donation and use of genetic material for assisted human reproduction — which forms the purpose of the regulations that are provided for — is intimately related to property and civil rights. In addition, the regulation of the medical profession and of the relationship between service providers and persons needing assistance to reproduce are also local matters for the purposes of the division of powers. Thus, viewed from the perspective of their dominant purpose and their effects, the impugned provisions have a close connection with the power to make laws in relation to civil rights and local matters.

[267] In short, the fact that the impugned provisions have a significant effect on activities that generally fall within the exclusive jurisdiction of the provinces confirms that those provisions represent an overflow of the exercise of the federal criminal

[265] Dans notre examen des effets des dispositions contestées, nous avons constaté qu'elles touchent des éléments essentiels de la relation entre le médecin et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer. Le fait que plusieurs des dispositions contestées portent sur des sujets déjà régis par le *Code civil du Québec*, la *LSSSS*, la *Loi médicale* et les règles de déontologie applicables aux professionnels en cause est une indication importante que, par leur caractère véritable, les dispositions se situent au cœur même de la compétence provinciale sur les droits civils et sur les matières locales.

[266] Affirmer, comme le fait le procureur général du Canada, que les dispositions contestées n'ont rien à voir avec la qualité des services médicaux revient à nier l'environnement dans lequel se déroule la procréation assistée. Le rôle du médecin y est crucial. Le médecin intervient non seulement au stade du diagnostic, mais il est aussi l'une des personnes qui fournira les informations nécessaires à la prise de la décision du patient, à la mise en œuvre de cette décision et au suivi du traitement. L'effet sur l'exercice de la médecine ressort amplement de l'examen des obligations auxquelles les dispositions contestées de la *LPA* assujettissent non seulement les médecins, mais aussi les établissements où sont dispensés les services de procréation assistée. Le consentement aux traitements, aux dons et à l'utilisation du matériel génétique pour la procréation assistée — qui est l'objet de la réglementation prévue — est intimement lié à la propriété et aux droits civils. Par ailleurs, l'encadrement de la profession médicale et de la relation entre les fournisseurs de services et les personnes qui ont besoin d'aide pour procréer sont tout autant des matières locales pour les besoins de la répartition des compétences. Considérées du point de vue de leur objet principal et de leurs effets, les dispositions contestées ont donc un rapport étroit avec la compétence sur les droits civils et les matières locales.

[267] En somme, les dispositions contestées débordent les limites de la compétence fédérale en droit criminel, ce que confirme leur effet important sur des activités qui relèvent généralement de la compétence exclusive des provinces. À ce stade,

law power. At this point, it might be tempting to declare that the impugned provisions are unconstitutional on this basis alone, as the Quebec Court of Appeal did. But it is necessary to complete the analysis and consider whether the ancillary powers doctrine applies. Before doing that, however, we must clarify a point regarding the double aspect doctrine, since the Chief Justice suggests that our approach represents a constitutional innovation. With all due respect, we must point out that she is not really considering the double aspect doctrine, because if she were, she would have to conclude that it applies to the absolute prohibitions, but not to the impugned provisions.

[268] The double aspect doctrine can be viewed at three different levels: (1) that of the facts themselves regardless of their legal characterization; (2) that of the legal perspectives represented by the legislative rules; and (3) that of the power in the context of the constitutional division of powers. The double aspect relates primarily to the second level, that is, to the different normative perspectives that make it possible to understand certain corresponding facts at the first level. When the doctrine applies, these rules at the second level are connected, on the basis of their pith and substance, with different powers at the third level, one of which may come under federal authority while the other comes under provincial authority.

[269] In the instant case, it can be seen from our review that the first level encompasses three distinct realities: (1.1) a category of activities that, according to the legislative facts, represent a social evil, namely the activities that are prohibited completely; (1.2) a second category of activities that are already found in medical practice and research and that, as a whole, form part of a health service, namely, among the controlled activities, the use of human reproductive material (s. 10 of the *AHR Act*), transgenic research (s. 11) and the regulation of the use of premises for health care and research (s. 13); and (1.3) a third category of activities governed by the provisions on consent and the use of genetic material obtained from minors (ss. 8 and 9), and on the reimbursement of expenditures incurred by a surrogate mother (s. 12).

on pourrait être tenté, à l'instar de la Cour d'appel du Québec, de déclarer invalides les dispositions contestées. Or, il faut poursuivre l'analyse jusqu'au bout et considérer l'application de la doctrine de la compétence accessoire. Auparavant, toutefois, il convient d'apporter une précision sur la doctrine du double aspect puisque la Juge en chef nous attribue une innovation constitutionnelle. En toute déférence, nous constatons qu'elle ne considère pas vraiment cette doctrine, car sinon, elle devrait conclure que la doctrine s'applique aux interdictions absolues, mais non aux dispositions contestées.

[268] Trois niveaux entrent en jeu dans la doctrine du double aspect : (1) celui des faits considérés indépendamment de leur qualification juridique; (2) celui des perspectives juridiques que représentent les normes législatives; (3) celui de la compétence du point de vue de l'équilibre fédératif. Le double aspect concerne principalement le deuxième niveau, soit les perspectives normatives différentes qui permettent d'appréhender certains faits correspondant au premier niveau. Lorsque la doctrine s'applique, ces normes du deuxième niveau se rattachent, sous l'angle du caractère véritable, à des compétences différentes du troisième niveau, dont l'une peut relever de l'autorité fédérale et l'autre de l'autorité provinciale.

[269] En l'espèce, notre examen fait ressortir que le premier niveau englobe trois réalités distinctes : (1.1) une catégorie d'actes qui, selon les faits législatifs, représentent un mal social — ce sont les actes frappés d'une prohibition absolue; (1.2) une deuxième catégorie d'actes que l'on observe déjà dans la pratique et la recherche médicales et qui sont dans l'ensemble des composantes d'un service de santé — ce sont, parmi les activités réglementées, l'utilisation de matériel reproductif humain (art. 10 de la *LPA*), la recherche transgénique (art. 11) et le contrôle des établissements de soins de santé et de recherche (art. 13), et (1.3) une troisième catégorie d'actes qui sont régis par les dispositions sur le consentement et l'utilisation du matériel génétique d'un mineur (art. 8 et 9) et le remboursement des frais de la mère porteuse (art. 12).

[270] At the second level, there is no question that the activities in category (1.1) could be viewed from two different normative perspectives: (2.1) that of the suppression of an evil and (2.2) that of the regulation of the practice of medicine and the delivery of health services. There is therefore a double aspect, since (2.1) can be connected with the federal criminal law power (3.1), and (2.2) can be connected with the provincial powers in relation to property and civil rights and to matters of a merely local nature (3.2). But in our opinion, in light of the legislative facts adduced in evidence, the activities in category (1.2) cannot be connected with the normative perspective of the suppression of an evil (2.1). These activities can be viewed only from perspective (2.2), which means that, unlike the activities in category (1.1), they do not have a double aspect. In other words, under Canadian constitutional law, the activities in category (1.2) — the controlled activities — can be considered from only one normative perspective that relates, because of its pith and substance, not to the federal criminal law power, but to the exclusive provincial powers we discussed above. There is therefore no double aspect in respect of category (1.2).

[271] As for the activities in category (1.3), they cannot be viewed from both perspective (2.1) of the suppression of an evil and perspective (2.2) of the regulation of the practice of medicine either. Indeed, we have already concluded that the provisions governing activities and premises associated with assisted human reproduction and related research (ss. 10, 11 and 13 of the *AHR Act*) actually fall under provincial jurisdiction. Parliament's attempt to justify its action in this area is specious. Its true objective was the one recommended by the Baird Commission that the drafters of the *AHR Act* were responsible for attaining: to establish national standards. It is in this light that the regulation of the activities in category (1.3) can be fully appreciated. Parliament has not sought to prohibit these activities as it has done with the activities in category (1.1). Rather, its intention was to establish uniform national conditions for consent, the use of genetic material obtained from minors and the reimbursement of expenditures. Moreover, it was not

[270] Au deuxième niveau, il ne fait aucun doute que les actes de catégorie (1.1) pourraient faire l'objet de deux perspectives normatives différentes, soit (2.1) — la répression d'un mal — et (2.2) — la réglementation de la pratique médicale et de la prestation des services de santé. Il y a là double aspect, car (2.1) se rattache à la compétence fédérale en droit criminel (3.1), et (2.2) se rattache aux compétences provinciales sur la propriété et les droits civils et sur les matières d'une nature purement locale (3.2). En revanche, nous ne croyons pas que les actes de la catégorie (1.2) puissent, suivant les faits législatifs mis en preuve, relever de la perspective normative de la répression d'un mal (2.1). Ils ne peuvent être appréhendés qu'à partir de la perspective (2.2), de sorte que, contrairement aux actes de la catégorie (1.1), ils ne présentent pas un double aspect. Autrement dit, dans notre droit constitutionnel, les actes de la catégorie (1.2), à savoir les activités réglementées, ne peuvent être considérés que dans une perspective normative relevant, en raison de son caractère véritable, non pas de la compétence fédérale en droit criminel, mais des compétences exclusives des provinces examinées précédemment. Il n'y a donc pas double aspect à l'égard de cette catégorie.

[271] Quant aux actes de la catégorie (1.3), ils ne peuvent, eux non plus, être appréhendés à la fois selon la perspective (2.1) de la répression d'un mal et celle (2.2) de la réglementation de la pratique médicale. En effet, nous avons déjà conclu que les dispositions régissant les activités et les lieux liés à la procréation assistée et à la recherche connexe (art. 10, 11 et 13 de la *LPA*) relèvent véritablement de la compétence provinciale. La tentative du Parlement de justifier son intervention dans ce domaine est spécieuse. Son but véritable était celui préconisé par la Commission Baird et que les rédacteurs de la *LPA* avaient pour mission de mettre en œuvre, à savoir établir des normes nationales. La réglementation des activités (1.3) prend alors tout son sens. Le Parlement ne vise pas à interdire ces activités comme il le fait pour les actes de catégorie (1.1). Il recherche plutôt l'uniformité nationale des conditions du consentement, de l'utilisation du matériel génétique du mineur et des frais. Nul besoin d'ailleurs qu'une disposition de la

even necessary to include a provision in the *AHR Act* with respect to the removal of genetic material without the donor's consent, since such an act would constitute assault under the *Criminal Code*. This shows that the attempt to deal with the activities in category (1.3) from a "federal" perspective has resulted in a specious form of legislation that is unacceptable under the constitutional principles that ground Canadian federalism.

[272] Insofar as the provisions pursuant to which the Federal Agency is responsible for implementing the regulatory scheme are purely ancillary and have no independent purpose, we need not go into greater detail in order to conclude that they are invalid. However, we wish to point out that the constitutional defects are not remedied by s. 68 of the *AHR Act*, which authorizes the Governor in Council to declare certain provisions inapplicable if the federal minister and the government of a province so agree. The jurisdictional overflow remains just as great as long as regulation of the activities in question remains dependent on the will of the federal government. As we mentioned above, federal and provincial powers are co-ordinate and not subordinate. In s. 68, Parliament has given the federal government a legal tool to impose its own standards on the regulation of assisted human reproduction. Provincial regulatory action will be tolerated only if the provinces in question adhere to the federal scheme. The federal government alone is to determine whether the two schemes are consistent. Subordinating the statutes and regulations in question in this way would be possible only if the federal legislation were itself valid because it was anchored in a specific federal power (see *Furtney*).

[273] In sum, the conclusion that the impugned provisions, far from falling under the federal criminal law power, relate instead to the provinces' jurisdiction over hospitals, property and civil rights and matters of a merely local or private nature is self-evident. If any doubt remained, this is where the principle of subsidiarity could apply, not as an independent basis for the distribution of legislative powers, but as an interpretive principle that

LPA régit le prélèvement du matériel génétique sans le consentement du donneur, puisqu'il s'agirait de voies de fait au sens du *Code criminel*. Cela illustre bien que la tentative d'appréhender les activités de catégorie (1.3) dans une perspective fédérale constitue une manière spécieuse de légiférer ce qui est inacceptable suivant les principes constitutionnels structurant le fédéralisme canadien.

[272] Dans la mesure où les dispositions conférant à l'Agence fédérale la responsabilité de mettre en œuvre le régime réglementaire sont purement accessoires et sont dénuées de tout objet indépendant, il n'est pas nécessaire d'élaborer davantage pour conclure à leur invalidité. Nous précisons cependant que l'art. 68 de la *LPA*, qui permet au gouverneur en conseil de déclarer certaines dispositions inapplicables lorsque le ministre fédéral et le gouvernement provincial en sont convenus, ne corrige pas les vices constitutionnels. En effet, le débordement de compétence demeure aussi important tant que le contrôle des activités en cause reste assujéti au bon vouloir de l'ordre fédéral. Les pouvoirs fédéral et provinciaux, nous l'avons déjà signalé, sont coordonnés et non subordonnés. À l'article 68, le Parlement fédéral donne à l'administration fédérale le moyen juridique d'imposer ses propres normes de réglementation de la procréation assistée et ne tolère l'intervention réglementaire des provinces que dans la mesure où ces dernières adhèrent au régime fédéral. Seule l'administration fédérale est appelée à apprécier la compatibilité des deux régimes. Une telle subordination des ordres législatifs et réglementaires en cause ne pourrait découler que d'une loi fédérale valide en soi, car elle serait ancrée dans une compétence fédérale déterminée (voir *Furtney*).

[273] En somme, la conclusion que les dispositions contestées, loin de relever de la compétence fédérale en droit criminel, ressortissent plutôt à la compétence des provinces sur les hôpitaux, la propriété et les droits civils et les matières d'une nature purement locale ou privée nous semble s'imposer d'elle-même. Si un doute devait subsister, c'est alors que pourrait intervenir le principe de subsidiarité, non comme source autonome de répartition

derives, as this Court has held, from the structure of Canadian federalism and that serves as a basis for connecting provisions with an exclusive legislative power. If subsidiarity were to play a role in the case at bar, it would favour connecting the rules in question with the provinces' jurisdiction over local matters, not with the criminal law power (see J.-F. Gaudreault-DesBiens, "The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy", in S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens and L. Sossin, eds., *Dilemmas of Solidarity: Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, at p. 193).

C. *The Ancillary Powers Doctrine Does Not Apply*

(1) Integration With a Valid Statute

[274] Were the impugned provisions enacted pursuant to a power that is ancillary to Parliament's criminal law power? To answer this question, we must focus our analysis on the relationship between these provisions and the provisions — which are not challenged by the Attorney General of Quebec — that prohibit activities. Ever since the first bills on this subject were introduced, the government's intention has remained at all times to prohibit certain specific activities associated with the manipulation of genetic material. Moreover, the provisions concerning the prohibited activities are the ones in respect of which the pressure on the federal government to take action was most intense. Not only did the Baird Commission make a separate recommendation regarding these activities in its final report, but they were for the most part included in the Health Canada moratorium. It must therefore be determined whether the impugned provisions are sufficiently integrated with the set of provisions criminalizing certain specific acts. As we have seen, it will first be necessary to assess the extent of the overflow, since that is what determines the degree of integration required — a functional or a necessary relationship.

des compétences législatives, mais comme principe d'interprétation qui, comme l'a reconnu notre Cour, se dégage de notre structure fédérative et qui permet de rattacher des dispositions à une compétence législative exclusive. En l'espèce, si le principe de subsidiarité devait jouer, il militerait en faveur du rattachement des normes en cause à la compétence provinciale relative aux matières locales, et non au droit criminel (voir J.-F. Gaudreault-DesBiens, « The Irreducible Federal Necessity of Jurisdictional Autonomy, and the Irreducibility of Federalism to Jurisdictional Autonomy », dans S. Choudhry, J.-F. Gaudreault-DesBiens et L. Sossin, dir., *Dilemmas of Solidarity : Rethinking Redistribution in the Canadian Federation* (2006), 185, p. 193).

C. *Non-application de la doctrine de la compétence accessoire*

(1) Intégration à une loi valide

[274] Les dispositions contestées ont-elles été adoptées dans l'exercice d'une compétence accessoire au pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel? Pour répondre à cette question, notre analyse doit se concentrer sur le rapport que ces dispositions entretiennent avec celles qui interdisent des actes et que le procureur général du Québec ne conteste pas. L'interdiction de certains actes précis liés aux manipulations génétiques constitue une constante de l'intervention gouvernementale depuis la présentation des premiers projets de loi sur le sujet. Les dispositions traitant des actes interdits sont d'ailleurs celles pour lesquelles l'intervention du gouvernement fédéral avait été sollicitée de la manière la plus pressante. Non seulement la Commission Baird a formulé une recommandation distincte à leur sujet dans son rapport final, mais les actes interdits ont, pour la plupart, été visés par le moratoire de Santé Canada. Il faut donc déterminer si les dispositions contestées sont suffisamment intégrées à l'ensemble de dispositions criminalisant certains actes précis. Or, nous avons vu qu'il nous faut d'abord évaluer l'importance du débordement, car celle-ci dicte le degré d'intégration requis — fonctionnalité ou nécessité.

(2) Assessment of the Overflow

[275] According to the *General Motors* test, the more serious the overflow, the closer the relationship between the impugned provisions and the otherwise valid statute must be. In the instant case, our review of the effect of the impugned provisions has already shown that, if those provisions are viewed in isolation, the overflow is serious. Given the extent of the overflow in this case, we cannot find that an ancillary power has been validly exercised unless the impugned provisions have a relationship of necessity with the rest of the statute.

(3) Absence of a Necessary Connection

[276] The main observation that must be made here is that the scheme established by the prohibitory provisions does not depend on the existence of the regulatory scheme. To be effective, the absolute prohibitions do not need either the provisions regulating certain activities or the mechanisms for implementing the regulatory scheme. Moreover, those mechanisms were not included in the first bills, which contained only absolute prohibitions. This raises an initial doubt as to the strength of the relationship between these two sets of provisions.

[277] A second doubt arises in light of the fact that both the Baird Commission and the discussion group that met after the Baird Report was tabled made a distinction between the two types of provisions. Furthermore, the Health Canada moratorium and the bills introduced before 2002 dealt only with the prohibited activities. It is clear from this legislative history that the prohibitory provisions did in fact stand alone and that they could apply regardless of whether a scheme regulating other activities existed. Conversely, the regulation of activities associated with assisted human reproduction did not depend on other activities being prohibited completely. Thus, even though both the impugned provisions and the unchallenged ones relate to the manipulation of genetic material, the necessary connection criterion is not met.

[278] Indeed, if we were to characterize the connection, we would have to stress its artificial nature.

(2) Évaluation du débordement

[275] Suivant l'arrêt *General Motors*, plus le débordement est important, plus le rapport des dispositions contestées avec la loi par ailleurs valide doit être étroit. En l'espèce, il appert déjà de l'examen de l'effet des dispositions contestées, prises isolément, que le débordement est grave. Étant donné l'ampleur du débordement en l'espèce, pour conclure à la validité de l'exercice d'une compétence accessoire, les dispositions contestées doivent avoir un rapport de nécessité avec le reste de la loi.

(3) Absence de rapport de nécessité

[276] La principale constatation qui s'impose est que le régime créé par les dispositions d'interdiction ne dépend pas de l'existence du régime de réglementation. En effet, pour être efficaces, les interdictions absolues n'ont besoin ni des dispositions réglementant certaines activités ni des mécanismes de mise en œuvre de la réglementation. Ces mécanismes étaient d'ailleurs absents dans les premiers projets de loi qui ne comportaient que des prohibitions absolues. Cela fait naître un premier doute quant à la solidité du rapport existant entre ces deux catégories de dispositions.

[277] Un deuxième doute surgit lorsqu'on se rappelle qu'une distinction a été faite entre les deux types de dispositions tant par la Commission Baird que par le groupe de discussion qui s'est réuni après le dépôt de son rapport. De même, le moratoire de Santé Canada et les projets de loi antérieurs à 2002 ne visaient que les actes interdits. Il ressort de cet historique législatif que, dans les faits, les dispositions prohibitives étaient autonomes et que leur application ne dépendait pas d'un régime réglementant d'autres activités. À l'inverse, la réglementation des activités liées à la procréation assistée ne dépendait pas de l'existence de prohibitions totales d'autres actes. Par conséquent, même si les dispositions contestées et celles qui ne le sont pas portent sur la manipulation du matériel génétique, le rapport de nécessité fait défaut.

[278] En fait, si on voulait qualifier le rattachement, on ne pourrait que souligner son caractère

As we mentioned above, and as Healy points out (at p. 915), reproductive technologies do not constitute a matter over which Parliament or the provinces can claim exclusive jurisdiction. Two very different aspects of genetic manipulation have been combined in a single piece of legislation. The social and ethical concerns underlying these two aspects appear to be distinct, and in some cases even divergent. While the prohibited activities are deemed to be reprehensible, the controlled activities are considered to be legitimate. Parliament has therefore made a specious attempt to exercise its criminal law power by merely juxtaposing provisions falling within provincial jurisdiction with others that in fact relate to the criminal law: *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226.

[279] Contrary to the conclusion reached in *Reference re Firearms Act* (at para. 23), in the case at bar, the recourse to a regulatory scheme for legitimate assisted human reproduction activities cannot be justified on the basis of a legislative history that connects the provisions in issue with the criminal law. Rather, in view of the questions and divergent opinions noted by the Baird Commission, the recourse to a regulatory scheme with penalties appears to suggest that Parliament chose to emphasize the form of the Act, in full knowledge of the weakness of its position as regards the substance. It should be mentioned that in the course of the study of a draft that preceded the enactment of the *AHR Act*, the then Minister of Health was counting on the conclusion of agreements with the provinces to dispel the constitutional “concerns” (Hon. A. Rock, House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Health*, May 3, 2001, at 11:30).

[280] Given the legislative history of the *AHR Act*, the significant impact of the impugned provisions on provincial health systems and the fact that the matters they address are clearly connected with provincial heads of power, it must be inferred that in setting up the regulatory scheme, Parliament’s

artificiel. Comme nous l’avons relevé précédemment et comme le signale Healy (à la p. 915), les techniques de procréation ne constituent pas une matière sur laquelle le Parlement ou les provinces peuvent prétendre à une compétence exclusive. En effet, deux aspects très différents des manipulations génétiques ont été réunis dans un même texte législatif. Les préoccupations sociales et éthiques qui sous-tendent ces deux aspects paraissent distinctes, parfois même divergentes. Autant on juge répréhensibles les actes interdits, autant on tient pour légitimes les activités réglementées. Le Parlement aurait donc tenté de manière spéieuse d’exercer son pouvoir de légiférer en matière criminelle en juxtaposant simplement des dispositions relevant de la compétence provinciale et des dispositions ressortissant effectivement au droit criminel : *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226.

[279] Contrairement à ce qu’on pouvait conclure dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu* (au par. 23), le recours à un régime de réglementation pour les activités légitimes de procréation assistée ne peut en l’espèce s’appuyer sur un historique législatif qui rattache les dispositions en cause au droit criminel. Au contraire, devant les interrogations et les divergences d’opinions relevées par la Commission Baird, le recours à un régime de réglementation et à des sanctions semble indiquer que le Parlement a mis l’accent sur la forme de la loi, tout en demeurant conscient de sa faiblesse sur le fond. En effet, on se rappellera que le ministre de la Santé en fonction lors de l’étude d’un projet ayant précédé l’adoption de la *LPA* comptait sur la conclusion d’ententes avec les provinces pour mettre fin aux [TRADUCTION] « préoccupations » d’ordre constitutionnel (l’hon. A. Rock, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la santé*, 3 mai 2001, 11:30).

[280] Compte tenu de l’historique législatif de la *LPA*, de l’incidence importante des dispositions contestées sur le système de santé provincial, du fait que les matières visées se rattachent clairement à des chefs de compétence provinciale, il y a lieu d’inférer que la mise en place du régime de

intention was to enact legislation in relation to a matter outside its jurisdiction.

VIII. Conclusion

[281] For these reasons, we would answer the constitutional question in the affirmative, except to the extent that the offences provided for in ss. 60 and 61 relate to provisions that are not in dispute. We would uphold the conclusion of the Quebec Court of Appeal and dismiss the appeal with this same reservation. In the circumstances of this appeal, we would not award costs.

The following are the reasons delivered by

[282] CROMWELL J. — I respectfully disagree with the results proposed both by the Chief Justice and by Justices LeBel and Deschamps.

[283] The main question, as I see it, is whether the federal criminal law power permits Parliament to regulate virtually all aspects of research and clinical practice in relation to assisted human reproduction. In my view, it does not.

[284] I part company with my colleagues at the first step of the constitutional analysis. At this first step, the Court must determine the “matter” to which the impugned provisions relate. The “matter” (or, as it has often been called, the “pith and substance”) of the challenged provisions is the essence of what the law does and how it does it: *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624, *per* Binnie J., at para. 16. To determine the “matter” of the challenged provisions, the Court must examine both their purpose and effects.

[285] In my view, the essence of the impugned provisions of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, is regulation of virtually every aspect of research and clinical practice in relation

réglementation traduit la volonté du Parlement de légiférer sur une matière qui ne relève pas de sa compétence.

VIII. Conclusion

[281] Pour ces motifs, nous sommes d’avis que la question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative, sauf dans la mesure où les infractions créées par les art. 60 et 61 se rapportent à des dispositions qui ne sont pas contestées. Il y a lieu de confirmer la conclusion de la Cour d’appel du Québec et de rejeter l’appel avec cette même réserve. Dans les circonstances de cet appel, nous n’accorderions pas de dépens.

Version française des motifs rendus par

[282] LE JUGE CROMWELL — En toute déférence, je ne suis d’accord ni avec la Juge en chef ni avec les juges LeBel et Deschamps pour ce qui est de l’issue qu’ils proposent.

[283] À mon sens, le litige réside principalement dans la question de savoir si le pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel l’autorise à réglementer presque toutes les facettes de la recherche et de l’activité clinique liées à la procréation assistée. J’estime que ce n’est pas le cas.

[284] Mon désaccord avec mes collègues intervient à la première étape de l’analyse constitutionnelle, lorsqu’il s’agit de déterminer la « matière » dont relèvent les dispositions contestées. Cette « matière » (ou, comme on l’appelle souvent, le « caractère véritable » des dispositions en cause) correspond au caractère essentiel de l’objectif de la loi et de la manière dont il est atteint : *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624, le juge Binnie, par. 16. Afin de déterminer la « matière » à laquelle ressortissent les dispositions en cause, la Cour doit se pencher tant sur leur objet que sur leurs effets.

[285] Selon moi, le caractère essentiel des dispositions contestées de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, réside dans la réglementation de presque toutes les facettes de la recherche

to assisted human reproduction. The sweep of the regulation authorized by the impugned provisions is most vividly illustrated by reading ss. 10, 11 and 13 along with the regulation-making power in s. 65 and the licensing authority set out in s. 40. I substantially agree with the Quebec Court of Appeal's description of the purpose and effects of the challenged provisions as set out at paras. 121-22 of its judgment (2008 QCCA 1167, 298 D.L.R. (4th) 712).

[286] The Chief Justice concludes that the “matter” of this legislation is “the prohibition of negative practices associated with assisted reproduction” (para. 34). I respectfully do not agree that this reflects the essence of what the challenged provisions do or how they do it. The impugned provisions as I read them permit minute regulation of every aspect of research and clinical practice and do not simply prohibit “negative practices”. I am also of the view that the essence of the legislation goes beyond that proposed by Justices LeBel and Deschamps. As I see it, the purpose and effects of the challenged provisions are not limited, as they would hold, to “the regulation of assisted human reproduction as a health service” (para. 227); the regulation authorized by the impugned provisions goes far beyond that.

[287] Having determined the essence of the law, the analysis proceeds to the second step which is to classify that “matter” by reference to the provincial and federal “classes of subjects” listed in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867: Chatterjee*, at para. 24. Substantially for the reasons given by Justices LeBel and Deschamps at paras. 259-66, I conclude that the “matter” of the challenged provisions, viewed as a whole, is best classified as being in relation to three areas of exclusive provincial legislative competence: the establishment, maintenance and management of hospitals; property and civil rights in the province; and matters of a merely local or private nature in the province. In my respectful view, the “matter” of the challenged provisions cannot be characterized as serving any criminal law purpose recognized by the

et de l'activité clinique liées à la procréation assistée. Les dispositions en cause autorisent une réglementation d'une grande portée. Cela ressort sans contredit des art. 10, 11 et 13, ainsi que du pouvoir de prendre des règlements conféré à l'art. 65 et de celui de délivrer des autorisations prévu à l'art. 40. Je suis foncièrement d'accord avec la Cour d'appel du Québec lorsqu'elle énonce aux par. 121 et 122 de ses motifs l'objet et les effets des dispositions contestées (2008 QCCA 1167, [2008] R.J.Q. 1551).

[286] La Juge en chef conclut que la « matière » dont relève la loi considérée est « l'interdiction des activités néfastes liées à la procréation assistée » (par. 34). Je ne peux malheureusement convenir qu'il s'agit du caractère essentiel de l'objectif des dispositions contestées non plus que de la manière dont il est atteint. Suivant mon interprétation, ces dispositions permettent la réglementation par le menu de chacune des facettes de la recherche et de l'activité clinique, et ne font pas qu'interdire les « activités néfastes ». J'estime également que le caractère essentiel de la loi va au-delà de celui que lui prêtent les juges LeBel et Deschamps. De mon point de vue, l'objet et les effets des dispositions contestées ne se résument pas, comme ils l'affirment, à « la réglementation de la procréation assistée en tant que service de santé » (par. 227), car la réglementation autorisée par ces dispositions a une portée bien plus grande.

[287] Une fois déterminée la « matière » dont relève la loi, il faut en second lieu la rattacher à l'une ou l'autre des « catégories de sujets » provinciales et fédérales énumérées aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Chatterjee*, par. 24. En grande partie pour les motifs exposés par les juges LeBel et Deschamps aux par. 259 à 266 de leurs motifs, je conclus qu'il convient de rattacher les dispositions contestées, considérées globalement, à trois domaines de compétence législative provinciale exclusive, à savoir l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, la propriété et les droits civils dans la province et les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province. À mon humble avis, on ne saurait attribuer à la « matière » dont relèvent les dispositions contestées un objectif de droit criminel reconnu par la

Court's jurisprudence. I underline the comment of Justices LeBel and Deschamps (at para. 244) that "[r]ecourse to the criminal law power cannot therefore be based solely on concerns for efficiency or consistency, as such concerns, viewed in isolation, do not fall under the criminal law."

[288] That does not conclude the analysis, however. It may be that not each of the impugned provisions shares the constitutional characterization which attaches to the "matter" of the impugned provisions viewed as a whole. In my view, this is the case here: see, for example, *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, at p. 270; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 665. Sections 5 to 7 are validly enacted under Parliament's criminal law power as the Attorney General of Quebec concedes. The same is true, in my view, of ss. 8, 9 and 12. In this respect, I part company with Justices LeBel and Deschamps.

[289] Sections 8 and 9 set out prohibited activities and are aimed at protecting each person's control over the "products" of his or her own body; they focus on consent. The purpose and effect of s. 8 is to prevent use of a donor's reproductive material or an *in vitro* embryo for purposes other than those for which the donor gave free and informed consent. Section 9 addresses the age of consent. It prohibits the use of sperm or ova from a donor under 18 years of age. In my view, the issues of consent and the age of consent to otherwise prohibited activities fall within the traditional boundaries of criminal law.

[290] I reach the same conclusion with respect to s. 12. It must be read with ss. 6 and 7. Those provisions, which the Attorney General of Quebec concedes to be valid federal criminal law, prohibit various forms of commercializing the reproductive functions of women and men. Section 12 sets out an extension of the regime established by ss. 6 and 7; s. 12 is a form of exemption from the strictness of the regime which they impose and, to some extent,

jurisprudence de notre Cour. J'attire l'attention sur les propos des juges LeBel et Deschamps (au par. 244) : « [l]e recours au pouvoir de légiférer en matière de droit criminel ne saurait donc se fonder simplement sur un souci d'efficacité ou d'uniformité, puisqu'un tel objet, pris isolément, ne relève pas du droit criminel. »

[288] L'analyse ne prend pas fin pour autant, car il est possible que la qualification constitutionnelle de chacune des dispositions contestées ne corresponde pas à celle de la « matière » dont elles relèvent globalement. C'est à mon avis le cas en l'espèce : voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, p. 270, et *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, p. 665. Les articles 5 à 7 sont — le procureur général du Québec le reconnaît — des dispositions valides au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. Il en est de même selon moi des art. 8, 9 et 12, en sorte que je suis en désaccord avec les juges LeBel et Deschamps sur ce point.

[289] Les articles 8 et 9 — qui mettent l'accent sur le consentement — interdisent des activités et visent à préserver la maîtrise de chacun sur les « produits » de son corps. L'objet et l'effet de l'art. 8 est de faire obstacle à l'emploi d'un embryon *in vitro* ou du matériel reproductif du donneur à d'autres fins que celles précisées dans le consentement libre et éclairé obtenu de ce dernier. L'article 9 porte sur l'âge du consentement et interdit l'utilisation du spermatozoïde ou de l'ovule d'une personne de moins de 18 ans. Je suis d'avis que le consentement à des activités par ailleurs interdites et l'âge auquel il peut être donné sont traditionnellement du ressort du droit criminel.

[290] J'arrive à la même conclusion pour l'art. 12, qui doit être interprété de pair avec les art. 6 et 7, dispositions qui, de l'aveu du procureur général du Québec, constituent des règles de droit criminel valides et qui frappent d'interdiction différentes formes de commercialisation du rôle de la femme et de l'homme dans la reproduction humaine. L'article 12 complète les art. 6 et 7 en assouplissant quelque peu le régime strict qu'ils créent et, dans

defines the scope of the prohibitions provided for in those sections.

[291] I conclude that ss. 8, 9 and 12 in purpose and effect prohibit negative practices associated with assisted reproduction and that they fall within the traditional ambit of the federal criminal law power.

[292] As I would affirm the constitutionality of s. 12 of the Act, I would also uphold the constitutionality of provisions which set up the mechanisms to implement it. I therefore conclude that ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43 and 44(1) and (4), to the extent that they relate to provisions of the Act, which are constitutional, were properly enacted by Parliament in accordance with the federal criminal law power. I similarly conclude that ss. 45 to 53, to the extent that they deal with inspection and enforcement in relation to constitutionally valid provisions of the Act, are also properly enacted under the criminal law power.

[293] I agree with the Chief Justice and Justices LeBel and Deschamps that ss. 60 and 61 (which create offences) are constitutionally valid under the federal criminal law power to the extent that they relate to constitutionally valid provisions of the Act. I agree with the Chief Justice's analysis and conclusion at paras. 152-54 of her reasons that s. 68 is constitutional, although its operation will of course be limited to constitutional sections of the Act. As for s. 19 of the Act, I can see no constitutional objection to it given that the other provisions establishing the Assisted Human Reproduction Agency of Canada are not contested.

[294] I would therefore allow the appeal. The parties should bear their own costs. I would answer the constitutional question as follows:

Do ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of the *Assisted Human Reproduction Act*, S.C. 2004, c. 2, exceed, in whole or in part, the legislative authority of the Parliament of Canada under the *Constitution Act, 1867*?

une certaine mesure, en définissant la portée des interdictions qu'ils prévoient.

[291] Je conclus que les art. 8, 9 et 12, eu égard à leur objet et à leur effet, interdisent des activités néfastes liées à la procréation assistée et qu'ils relèvent traditionnellement de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel.

[292] Puisque je confirme la constitutionnalité de l'art. 12 de la Loi, je reconnais aussi celle des dispositions qui prévoient les mécanismes de sa mise en œuvre. Je conclus donc que les par. 40(1), (6) et (7), les art. 41 à 43 et les par. 44(1) et (4), dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions de la Loi qui sont constitutionnelles, ont été valablement édictés en application du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel. De même, les art. 45 à 53, dans la mesure où ils ont trait à l'inspection et au contrôle d'application se rapportant aux dispositions constitutionnelles de la Loi, ressortissent également au pouvoir de légiférer en droit criminel.

[293] Je conviens avec la Juge en chef et les juges LeBel et Deschamps que les art. 60 et 61 (qui créent des infractions) sont constitutionnels au regard du pouvoir du Parlement de légiférer en droit criminel dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Je souscris en outre à l'analyse de la Juge en chef figurant aux par. 152 à 154 de ses motifs et à sa conclusion que l'art. 68 est constitutionnel, bien qu'il ne s'appliquera évidemment qu'aux dispositions constitutionnelles de la Loi. Pour ce qui concerne l'art. 19, je ne vois rien qui fasse obstacle à sa constitutionnalité vu l'absence de contestation des autres dispositions créant l'Agence canadienne de contrôle de la procréation assistée.

[294] Le pourvoi est donc accueilli, et les parties assument leurs propres dépens. La réponse à la question constitutionnelle est la suivante :

Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la *Loi sur la procréation assistée*, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils, en tout ou en partie, la compétence législative conférée au Parlement du Canada par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

With respect to ss. 10, 11, 13, 14 to 18, 40(2), (3), (3.1), (4) and (5) and ss. 44(2) and (3) I would answer yes. With respect to ss. 8, 9, 12, 19 and 60, I would answer no. With respect to ss. 40(1), (6) and (7), 41 to 43, 44(1) and (4), 45 to 53, 61 and 68, to the extent they relate to constitutionally valid provisions, I would also answer no.

Appeal allowed in part.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Solicitors for the intervener Michael Awad: Bennett Jones, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Conference of Catholic Bishops and the Evangelical Fellowship of Canada: Barnes Sammon, Ottawa.

En ce qui concerne les art. 10, 11, 13, 14 à 18, les par. 40(2), (3), (3.1), (4) et (5), et les par. 44(2) et (3), la réponse est affirmative. Pour ce qui est des art. 8, 9, 12, 19 et 60, la réponse est négative. Quant aux par. 40(1), (6) et (7), aux art. 41 à 43, aux par. 44(1) et (4), aux art. 45 à 53, ainsi qu'aux art. 61 et 68, dans la mesure où ils se rattachent aux dispositions constitutionnelles de la Loi, la réponse est également négative.

Pourvoi accueilli en partie.

Procureur de l'appelant : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant Michael Awad : Bennett Jones, Calgary.

Procureurs des intervenants la Conférence des évêques catholiques du Canada et l'Alliance évangélique du Canada : Barnes Sammon, Ottawa.

Attorney General of Canada *Appellant***Procureur général du Canada** *Appelant*

v.

c.

TeleZone Inc. *Respondent***TeleZone Inc.** *Intimée***INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v.
TELEZONE INC.****RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) c.
TELEZONE INC.****2010 SCC 62****2010 CSC 62**

File No.: 33041.

N° du greffe : 33041.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron,
Rothstein and Cromwell JJ.Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO****EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO**

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against federal Crown in Ontario Superior Court of Justice seeking damages for breach of contract, negligence and unjust enrichment arising from decision rejecting application for telecommunications licence — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Ontario Superior Court of Justice without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié à la suite du rejet d'une demande de licence de télécommunications — La demanderesse a-t-elle le droit d'intenter une action en Cour supérieure de justice de l'Ontario sans engager d'abord une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

In 1995, Industry Canada issued a call for personal communication services licence applications, and released the policy statement within which potential service providers could shape their applications. The statement provided that Industry Canada would grant up to six licences on the basis of criteria it set out. T submitted an application, but when Industry Canada announced its decision, there were only four successful applicants and T was not among them. T filed an action against the Federal Crown in the Ontario Superior Court of Justice for breach of contract, negligence and unjust enrichment, and sought compensation for claimed losses of \$250 million. It claimed that it was an express or implied term of the policy statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria. Since its application satisfied all the criteria, it says, Industry Canada must have considered other undisclosed factors

En 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de services de communications personnelles et a publié l'énoncé de politique devant servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L'énoncé indiquait qu'Industrie Canada délivrerait jusqu'à six licences en fonction des critères qu'elle avait définis. T a soumis une demande, mais seules quatre demandes ont été retenues par Industrie Canada et celle de T n'en faisait pas partie. T a intenté une action contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié, réclamant des dommages-intérêts pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle a allégué que l'énoncé de politique comportait la condition expresse ou implicite qu'Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères. Puisque, aux dires de T, sa

when it rejected T's application. The Attorney General of Canada, relying on *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, challenged the jurisdiction of the Superior Court on the ground that the claim constituted a collateral attack on the decision, which is barred by the grant to the Federal Court, by s. 18 of the *Federal Courts Act*, of exclusive judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals. The Superior Court dismissed the objection on the ground that it was not plain and obvious that the claim would fail. The Court of Appeal upheld the decision, holding that *Grenier* was wrongly decided. In that court's view s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown, and s. 18 of the *Federal Courts Act* did not remove relief by way of an award of damages from the jurisdiction of superior courts.

Held: The appeal should be dismissed.

This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary costs and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind. Acceptance of *Grenier* would tend to undermine the effectiveness of the *Federal Courts Act* reforms of the early 1990s by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite Parliament's promise to give plaintiffs a choice of forum and to make provincial superior courts available to litigants "in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown" except as otherwise provided.

Apart from constitutional limitations, none of which are relevant here, Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. However, any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language. Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. The explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes the Attorney General's argument. The grant of exclusive jurisdiction

demande satisfaisait à tous les critères, Industrie Canada a dû appliquer d'autres facteurs, non communiqués, pour la rejeter. Se fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le procureur général du Canada a contesté la compétence de la Cour supérieure de justice au motif que la demande était une contestation indirecte de la décision, ce qui est interdit compte tenu de la compétence exclusive accordée à la Cour fédérale par l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* (« LCF ») en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout office fédéral. La Cour supérieure a rejeté cette objection parce que la demande n'était pas manifestement vouée à l'échec. La Cour d'appel a maintenu la décision, estimant que l'arrêt *Grenier* est incorrect. Selon elle, l'art. 17 de la LCF et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne, et l'art. 18 de la LCF n'a pas soustrait l'action en dommages-intérêts de la compétence des cours supérieures.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi porte essentiellement sur l'accès à la justice. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. La Cour doit adopter une approche pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit. Appliquer *Grenier* tendrait à miner l'efficacité des réformes mises en place par la LCF au début des années 1990, en maintenant l'exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l'égard d'un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse du législateur de donner au demandeur le choix du tribunal et de permettre aux parties l'accès aux cours supérieures provinciales, « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale, sauf disposition contraire.

Sous réserve de restrictions constitutionnelles, dont aucune n'est pertinente en l'espèce, le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d'autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Cependant, la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d'un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. Aucune disposition de la LCF ne répond à ce critère. L'octroi explicite aux cours supérieures provinciales d'une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l'art. 17 de cette loi (et à l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le*

to judicially review federal decision makers in s. 18 is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 “in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown”. This reservation or subtraction is expressed in s. 18 of the *Federal Courts Act* in terms of particular remedies. All the remedies listed are traditional administrative law remedies and do not include awards of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review, but must file an action.

The *Federal Courts Act* contains other internal evidence that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*. Section 18.1(2) imposes a 30-day limitation for judicial review applications. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic, as the facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed, and the claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. While the 30-day limit can be extended, the extension is discretionary and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. Moreover, the grant of judicial review is itself discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court’s intervention. This does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. Further, s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the lawfulness of administrative decisions could be assessed by the provincial superior court in the course of adjudicating a claim for damages.

The *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attacks. T’s claim is not an attempt to invalidate or render inoperative the Minister’s decision; rather, the decision and the financial losses allegedly consequent to it constitute the very foundation of the damages claim. In any event, given the statutory grant of concurrent jurisdiction in s. 17 of the *Federal Courts*

contentieux administratif) réfute directement l’argument du procureur général. Il faut voir l’attribution de la compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale à l’art. 18 comme une réserve ou une exception à l’attribution d’une compétence concurrente plus générale à l’art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Cette réserve ou exception est énoncée à l’art. 18 de la *LCF* sous forme de recours particuliers. Tous les recours énumérés sont des recours classiques du droit administratif, et l’octroi de dommages-intérêts n’en fait pas partie. L’indemnisation n’est pas possible dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire; mais seulement dans le cadre d’une action.

D’autres éléments intrinsèques de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l’intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l’arrêt *Grenier*. Le paragraphe 18.1(2) fixe un délai de 30 jours pour la présentation d’une demande de contrôle judiciaire. Il ne serait pas réaliste qu’une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours, vu que les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n’être connus qu’après 30 jours et qu’il se pourrait qu’un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans le délai fixé. Il est possible de proroger le délai de 30 jours, mais il s’agit là d’une décision discrétionnaire, et l’issue d’une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d’un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. En outre, les décisions en matière de contrôle judiciaire sont de nature discrétionnaire, et une demande de contrôle judiciaire peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l’existence de motifs qui justifieraient l’intervention de la cour. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l’action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l’indemnisation. De plus, l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale pourrait se prononcer sur la légalité de décisions administratives dans le cadre d’une action en dommages-intérêts.

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l’approche proposée dans *Grenier*. T ne sert pas de sa demande pour faire invalider ou déclarer inopérante la décision du ministre; elle fait plutôt de la décision et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. Quoi qu’il en soit, le législateur a spécifié, en attribuant

Act, Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of a claim and this includes any attack on the validity of the Minister's decision where this issue is essential to the cause of action and where adjudicating the matter is a necessary step in disposing of the claim. While the doctrine of collateral attack may be raised by the Crown in the provincial superior court as a defence, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Similarly, while it may be open to the Crown, by way of defence, to argue that the government decision maker was acting under statutory authority which precludes compensation for consequent losses, this is not a matter of jurisdiction and can be dealt with as well by the provincial superior court as by the Federal Court.

It is true that the provincial superior courts and the Federal Court have a residual discretion to stay a damages claim if, in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. However, where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that could be pursued on judicial review. If the plaintiff has pleaded a valid cause of action for damages, he or she should generally be allowed to pursue it.

Here, T's claim as pleaded is dominated by private law considerations. It is not attempting to nullify or set aside the decision to issue licences. Nor does it seek to deprive the decision of any legal effect. T's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding it from participation in the telecommunications market. The Ontario Superior Court of Justice has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating T's claim.

Cases Cited

Overruled: *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *The Queen in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205;

une compétence concurrente à l'art. 17 de la *LCF*, que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher une demande dans son intégralité, y compris pour décider de la validité d'une décision du ministre, lorsque cette question est un élément essentiel de la cause d'action et qu'il faut la trancher pour statuer sur la demande. La Couronne peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, mais la possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. De même, bien que la Couronne puisse faire valoir, en défense, que le décideur public exerçait un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter, cette question n'a pas trait à la compétence et peut être tranchée aussi bien par la cour supérieure d'une province que par la Cour fédérale.

Les cours supérieures provinciales et la Cour fédérale disposent du pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts lorsqu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire et qu'elle n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Toutefois, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation, la cour supérieure provinciale ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a plaidé une cause d'action valide en dommages-intérêts, il devrait généralement être admis à exercer son recours à ce titre.

Tel qu'il a été présenté, le recours de T met principalement en jeu des questions de droit privé. T ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision de délivrer les licences. Elle ne cherche pas non plus à priver la décision de ses effets juridiques. Ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande.

Jurisprudence

Arrêt renversé : *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*,

- Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551; *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706; *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568, rev'd 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Tock v. St. John's Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181; *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland v. Canada* [1983] 1 R.C.S. 205; *Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551; *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706; *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l'Agriculture et de l'Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568, inf. par 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244; *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123; *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182; *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), autorisation d'appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii; *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860; *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Tock c. St. John's Metropolitan*

(Attorney General), 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212; *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991.
Constitution Act, 1867, ss. 96, 101.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 3, 8, 21.
Federal Court Act, S.C. 1970-71-72, c. 1.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2(1) “federal board, commission or other tribunal”, 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).
Radiocommunication Act, R.S.C. 1985, c. R-2.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, pp. 14-15.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl., March 25, 1970, pp. 5470-71.
 Canada. *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. “Administrative Law Update — 2008-2009”, prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

Area Board, [1989] 2 R.C.S. 1181; *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171; *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d'appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130; *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212; *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96, 101.
Loi sur la Cour fédérale, L.C. 1970-71-72, ch. 1.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. 1985, ch. R-2.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 3, 8, 21.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2(1) « office fédéral », 17, 18, 18.1, 18.4, 39, 50(1).

Doctrine citée

Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2010).
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, n^o 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471.
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414.
 Craig, Paul P. *Administrative Law*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
 Horsman, Karen, and Gareth Morley, eds. *Government Liability: Law and Practice*. Aurora, Ont.: Cartwright Law Group, 2007 (loose-leaf updated 2010).
 Mullan, David J. « Administrative Law Update — 2008-2009 », prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*. Vancouver: The Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2009.
 Woolf, Harry, Jeffrey Jowell and Andrew Le Sueur. *De Smith's Judicial Review*, 6th ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

[3] The definition of “federal board, commission or other tribunal” in the Act is sweeping. It means “any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown” (s. 2), with certain exceptions, not relevant here, e.g., decisions of Tax Court judges. The federal decision makers that are included run the gamut from the Prime Minister and major boards and agencies to the local border guard and customs official and everybody in between. The *Grenier* principle would shield the Crown from private law damages involving any of these people or entities in respect of losses caused by unlawful government decision making without first passing through the Federal Court. Such a bottleneck was manifestly not the intention of Parliament when it enacted the judicial review provisions of the *Federal Courts Act*.

[4] The *Grenier* principle would undermine s. 17 of the same Act granting concurrent jurisdiction to the provincial superior courts “in all cases in which relief is claimed against the Crown” as well as the grant of concurrent jurisdiction to the superior courts in s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, to deal with tort claims. A central issue in some (but not all) damages claims against the federal Crown will be the “lawfulness” of the government decision said to have caused the loss. *Grenier* would deny the provincial superior courts the jurisdiction to deal with that central issue in a damages claim pending before them. Adoption of the *Grenier* principle would relegate the provincial superior courts in such matters to a subordinate and contingent jurisdiction — not concurrent, i.e., subordinate to the Federal Court’s decision on judicial review and contingent on the Federal Court being willing to grant a discretionary order on judicial review in favour of the plaintiff.

[3] La définition d’un « office fédéral » figurant dans la *LCF* est très large : « Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale » (art. 2) — cette définition exclut certains décideurs, notamment les juges de la Cour canadienne de l’impôt, mais ces exceptions ne sont pas pertinentes en l’espèce. Les décideurs fédéraux visés vont du Premier ministre et des organismes les plus importants jusqu’au garde-frontière et au douanier locaux, et englobent tous ceux qui se situent entre ces deux extrêmes. Le principe établi dans *Grenier* immuniserait la Couronne contre l’obligation de verser des dommages-intérêts de droit privé par suite d’une décision administrative illégale de l’une de ces personnes ou entités, à moins que le demandeur lésé ne passe d’abord par la Cour fédérale. Quand le législateur a édicté les dispositions de la *LCF* relatives au contrôle judiciaire, il n’entendait manifestement pas créer un tel goulot d’étranglement.

[4] Le principe énoncé dans *Grenier* irait à l’encontre de l’art. 17 de la *LCF*, qui confère aux cours supérieures provinciales une compétence concurrente « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne », et de l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, qui a le même effet à l’égard des actions en responsabilité délictuelle. Dans certaines actions en dommages-intérêts intentées contre la Couronne fédérale (mais non dans toutes), la question de la « légalité » de la décision administrative censée avoir causé la perte est primordiale. L’arrêt *Grenier* nierait aux cours supérieures provinciales la compétence nécessaire pour examiner cette question fondamentale lorsqu’un demandeur s’adresse à elles pour obtenir des dommages-intérêts. Si l’on adoptait le principe formulé dans cet arrêt, la compétence de ces cours ne serait plus concurrente, mais subordonnée et conditionnelle. Elle deviendrait en effet subordonnée à la décision de la Cour fédérale sur la demande de contrôle judiciaire et conditionnelle à l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur du demandeur.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, affirming a decision of Morawetz J. (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Appeal dismissed.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers and Nicholas McHaffie, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — TeleZone Inc. claims it was wronged by the decision of the Minister of Industry Canada that rejected its application for a licence to provide telecommunications services. It seeks compensation in the Ontario Superior Court of Justice against the Federal Crown for its claimed losses of \$250 million. It pleads breach of contract, negligence, and, in the alternative, unjust enrichment arising out of monies it had thrown away on the application.

[2] The Attorney General challenges the jurisdiction of the Superior Court to proceed with the claim for compensation unless and until TeleZone obtains from the Federal Court of Canada an order quashing the Minister's decision. TeleZone's claim, he says, constitutes an impermissible collateral attack on the Minister's order. Such a collateral attack is barred, he argues, by the grant to the Federal Court of *exclusive* judicial review jurisdiction in relation to decisions of all federal boards, commissions or other tribunals — *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18. The Attorney General relies on a line of cases in the Federal Court of Appeal to this effect, giving particular prominence to *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, hence the "*Grenier* principle".

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, qui a confirmé une décision du juge Morawetz (2007), 88 O.R. (3d) 173, [2007] O.J. No. 4766 (QL), 2007 CarswellOnt 7847. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour l'appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick J. Monahan, Eliot N. Kolers et Nicholas McHaffie, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — TeleZone Inc. prétend avoir été lésée par la décision du ministre d'Industrie Canada de rejeter sa demande de licence de fourniture de services de télécommunications. TeleZone réclame des dommages-intérêts contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour les pertes de 250 millions de dollars qu'elle affirme avoir subies. Elle invoque l'inexécution de contrat et la négligence et, subsidiairement, l'enrichissement injustifié afférent aux sommes inutilement consacrées à la demande de licence.

[2] Le procureur général conteste la compétence de la Cour supérieure d'instruire la demande d'indemnisation, affirmant que sa compétence est subordonnée à l'obtention par TeleZone d'une ordonnance de la Cour fédérale du Canada annulant la décision du ministre. Il soutient que la demande de TeleZone sert à contester indirectement la décision du ministre, ce qui est interdit compte tenu de la compétence *exclusive* accordée à la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire des décisions de tout « office fédéral » — *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18 (« LCF »). Le procureur général s'appuie à cet égard sur une série d'arrêts de la Cour d'appel fédérale et, plus particulièrement, sur le principe établi dans *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287.

[5] The Ontario Court of Appeal rejected the Attorney General's position, and in my respectful opinion, it was correct to do so. *Grenier* is based on what, in my respectful view, is an exaggerated view of the legal effect of the grant of judicial review jurisdiction to the Federal Court in s. 18 of the *Federal Courts Act*, which is best understood as a reservation or subtraction from the more comprehensive grant of concurrent jurisdiction in s. 17 "in all cases in which relief is claimed against the [federal] Crown". The arguments of the Attorney General, lacking any support in the express statutory language of s. 18, are necessarily based on suggested inferences and implications, but it is well established that inferences and implications are not enough to oust the jurisdiction of the provincial superior courts.

[6] In the present case, the Ontario Superior Court has jurisdiction over the parties, the subject matter and the remedies sought by TeleZone. That jurisdiction includes the authority to determine every legal and factual element necessary for the granting or withholding of the remedies sought unless such authority is taken away by statute. The *Federal Courts Act* does not, by clear and direct statutory language, oust the jurisdiction of the provincial superior courts to deal with these common law and equitable claims, including the potential "unlawfulness" of government orders. That being the case, the Superior Court has jurisdiction to proceed. The Ontario Superior Court ((2007), 88 O.R. (3d) 173) and the Ontario Court of Appeal (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19) so held. I agree. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[7] The alleged faults of the Minister of Industry Canada in dealing with the application under the *Radiocommunication Act*, R.S.C. 1985, c. R-2, are detailed in the amended Statement of Claim. For present purposes, we must take TeleZone's allegations as capable of proof.

[8] TeleZone was created in 1992 with the ultimate goal of obtaining a licence to provide personal

[5] C'est à bon droit, à mon avis, que la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'argumentation du procureur général. J'estime que l'arrêt *Grenier* procède d'une perception exagérée de la portée juridique de l'attribution de la compétence en matière de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, à l'art. 18 de la *LCF*, qu'il faut voir comme une réserve ou une exception à la compétence concurrente plus générale que lui confère l'art. 17 « dans les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale. Les arguments du procureur général n'étant pas étayés par les termes exprès de l'art. 18, ils relèvent nécessairement de l'inférence. Or, il est bien établi que les inférences ne suffisent pas pour écarter la compétence des cours supérieures provinciales.

[6] En l'espèce, la Cour supérieure de l'Ontario a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et des réparations demandées par TeleZone. Cette compétence emporte le pouvoir de statuer sur toutes les questions de droit et de fait nécessaires à l'octroi ou au refus des réparations demandées, à moins que le texte de loi ne l'écarte. Or, la *LCF* n'écarte pas en termes clairs et directs la compétence des cours supérieures provinciales pour statuer sur ces demandes en common law et en equity, y compris sur la question de l'« illégalité » des décisions administratives. La Cour supérieure a donc compétence pour instruire l'affaire. C'est la conclusion à laquelle sont parvenues la Cour supérieure de l'Ontario ((2007), 88 O.R. (3d) 173) et la Cour d'appel de l'Ontario (2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19). Je souscris à cette conclusion. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[7] La déclaration modifiée décrit les fautes que le ministre d'Industrie Canada aurait commises dans le traitement de la demande de licence sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. 1985, ch. R-2. Il faut supposer, pour les besoins du présent pourvoi, que ces allégations peuvent être prouvées.

[8] TeleZone a été constituée en 1992, avec comme but ultime l'obtention d'une licence de

communication services (“PCS”) — essentially a cell phone network. In December 1992, as a preliminary step toward this goal, TeleZone obtained a licence to provide personal cordless telephone service. Between 1993 and 1995, TeleZone alleges that it kept Industry Canada apprised of its efforts to raise capital and acquire the necessary expertise to provide PCS services. TeleZone says that Industry Canada encouraged it to continue these efforts.

[9] In June 1995, Industry Canada issued a call for PCS licence applications (the “Call”), and released a document setting out the policy and procedural framework within which potential service providers could shape their applications (the “Policy Statement”). The Policy Statement provided that Industry Canada would grant up to six PCS licences on the basis of criteria it set out. TeleZone alleges that Industry Canada promoted a general policy in favour of awarding more rather than fewer licences to encourage competition and consumer choice. TeleZone governed itself accordingly.

[10] Article 9.1 of the Call created a three-step application process: (1) expressions of interest by potential service providers; (2) detailed applications by potential service providers; and (3) the announcement and awarding of PCS licences by Industry Canada. Articles 9.4 to 9.5.6 set out the criteria that would be used to evaluate the applications. The Call did not explicitly reserve to Industry Canada the right to consider additional factors. TeleZone alleges that Industry Canada was prohibited from considering any criteria beyond the factors set out in the Call.

[11] In September 1995, TeleZone submitted its detailed application for a PCS licence to Industry Canada, which was prepared, it says, at a cost of approximately \$20 million. In December 1995, Industry Canada announced its decision regarding the PCS licence applications. There were only four successful applicants. TeleZone was not among them.

fourniture de services de communications personnelles (« SCP ») — essentiellement un réseau de téléphonie cellulaire. En décembre 1992, elle a franchi une étape préliminaire en obtenant une licence de fourniture de services de téléphonie sans fil. TeleZone affirme qu’entre 1993 et 1995 elle a tenu Industrie Canada au courant des efforts qu’elle déployait pour réunir le capital et acquérir l’expérience nécessaire à la fourniture de SCP. Elle soutient qu’Industrie Canada l’a encouragée à persévérer.

[9] Au mois de juin 1995, Industrie Canada a lancé une invitation à soumettre des demandes de licences de SCP et a publié un énoncé de politique décrivant la politique et la procédure qui devaient servir de cadre aux demandes des fournisseurs potentiels. L’énoncé de politique indiquait qu’Industrie Canada délivrerait jusqu’à six licences en fonction des critères qu’elle avait définis. Selon TeleZone, Industrie Canada disait avoir pour politique générale de favoriser la délivrance d’un nombre maximal de licences afin de stimuler la concurrence et de donner un plus grand choix aux consommateurs. TeleZone a agi en fonction de cette politique.

[10] L’article 9.1 de l’invitation créait un processus de demande en trois étapes : (1) la déclaration d’intérêt des fournisseurs potentiels; (2) la présentation de demandes détaillées par les fournisseurs potentiels, (3) l’annonce des candidatures retenues et l’octroi des licences de SCP par Industrie Canada. Les articles 9.4 à 9.5.6 établissaient les critères d’évaluation applicables. Dans l’invitation, Industrie Canada ne s’était pas expressément réservé le droit d’examiner d’autres facteurs. TeleZone soutient qu’Industrie Canada ne pouvait prendre en compte d’autres critères que ceux qui étaient énoncés dans l’invitation.

[11] Au mois de septembre 1995, TeleZone a soumis sa demande détaillée de licence de SCP, dont la préparation lui aurait coûté environ 20 millions de dollars. Industrie Canada a rendu publique sa décision au sujet des licences de SCP en décembre 1995. Seules quatre demandes avaient été retenues. Celle de TeleZone n’en faisait pas partie.

[12] The amended statement of claim pleads that it was either an express or implied term of the Policy Statement that Industry Canada would only issue fewer than six licences if fewer than six applications met the criteria (para. 12). TeleZone says that its application satisfied all the criteria in the Call. Accordingly, it says, the Minister must have considered factors other than those in the Call when it rejected TeleZone's application (para. 17). These other factors were not disclosed to TeleZone.

[13] On the contractual branch of its case, TeleZone argues that the tendering process gave rise to a tendering contract (Contract A) which imposed an obligation on Industry Canada to act in accordance with the Call and the Policy Statement and to treat all applicants fairly and in good faith in awarding the PCS licences (R.F., at para. 133). TeleZone submits that the Crown breached "Contract A" by (1) granting fewer licences than it represented would be awarded; (2) not adhering to the requirements of the Call including the listed criteria (para. 134); and (3) failing to conform to a duty of care and a duty to act in good faith (para. 135).

[14] In its amended statement of claim, TeleZone does not seek to impugn the Minister's decision to award the licences. TeleZone does not seek a licence for itself or to remove licences from the successful applicants; it simply seeks damages. Accordingly, TeleZone submits that whether or not the licences were validly issued to the other applicants is irrelevant because under the Call and Policy Statement, there was still room for two more PCS licences and TeleZone only takes issue with the conduct of the Crown *vis-à-vis* TeleZone itself (para. 136).

II. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice (Morawetz J.) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] On a preliminary motion to dismiss TeleZone's action for want of jurisdiction, the Attorney General argued that TeleZone must first have the Minister's order quashed on judicial

[12] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone allègue que l'énoncé de politique comportait une condition expresse ou implicite portant qu'Industrie Canada délivrerait moins de six licences uniquement si moins de six demandes répondaient aux critères (par. 12). Elle affirme que sa demande satisfaisait à tous les critères énumérés dans l'invitation. Elle soutient, en conséquence, que le ministre a dû appliquer d'autres facteurs pour rejeter sa demande (par. 17). Ces autres facteurs n'ont pas été communiqués à TeleZone.

[13] TeleZone fonde le volet contractuel de sa cause sur l'existence d'un contrat (le « Contrat A », né du processus d'appel d'offres, qui obligeait Industrie Canada à se conformer à l'invitation et à l'énoncé de politique et à traiter tous les demandeurs de licence avec équité et bonne foi dans l'attribution des licences de SCP (m.i., par. 133). Elle prétend que la Couronne a contrevenu au Contrat A (1) en octroyant moins de licences que le nombre annoncé, (2) en ne s'en tenant pas aux exigences formulées dans l'invitation, notamment aux critères qui y étaient énumérés (par. 134), et (3) en manquant à son obligation de diligence et à son obligation d'agir de bonne foi (par. 135).

[14] Dans sa déclaration modifiée, TeleZone ne conteste pas la décision du ministre concernant l'octroi des licences; elle ne cherche pas à obtenir de licence ni à faire retirer leur licence aux candidats retenus. Elle réclame simplement des dommages-intérêts. Elle soutient en conséquence que la question de la validité des licences octroyées aux autres demandeurs ne se pose pas puisque deux autres licences de SCP pouvaient encore être délivrées aux termes de l'invitation et de l'énoncé de politique et qu'elle conteste seulement la conduite de la Couronne à son endroit (par. 136).

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (le juge Morawetz) (2007), 88 O.R. (3d) 173*

[15] Le procureur général a présenté une requête préliminaire visant le rejet de l'action de TeleZone pour défaut de compétence, soutenant que cette dernière devait obtenir l'annulation de la décision

review in the Federal Court as a condition precedent to a civil suit against the Crown. TeleZone countered that its claim is based on causes of action that are distinct from an application for judicial review. It does not seek to set aside the licences. It seeks damages for negligence, breach of contract, or unjust enrichment. Morawetz J. dismissed the objection because, in his view, it was not plain and obvious that TeleZone's claim in the Superior Court would fail.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Borins J.A., writing for a unanimous court, held that s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act* conferred concurrent jurisdiction on the superior courts and the Federal Court for claims against the Crown. The Ontario Superior Court, as a court of general and inherent jurisdiction, may entertain any cause of action in the absence of legislation or an arbitration agreement to the contrary. Section 18 of the *Federal Courts Act* removed from the superior courts' jurisdiction the prerogative writs and extraordinary remedies listed (para. 94). Since the relief sought by TeleZone (damages) is not listed in s. 18, he concluded that the Superior Court continues to have jurisdiction. The appeal was dismissed.

III. Relevant Enactments

[17] *Constitution Act, 1867*

101. The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7

2. (1) . . .

“federal board, commission or other tribunal” means any body, person or persons having, exercising or

du ministre par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale avant d'intenter un recours civil contre la Couronne. TeleZone a répliqué que son recours repose sur des causes d'action distinctes de celles d'une demande de contrôle judiciaire. Elle ne cherche pas à faire annuler les licences; elle cherche à obtenir des dommages-intérêts pour négligence, inexécution de contrat ou enrichissement injustifié. Le juge Morawetz a rejeté la requête, estimant que l'action de TeleZone devant la Cour supérieure n'était pas manifestement vouée à l'échec.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19*

[16] Dans un jugement unanime, le juge Borins a conclu que l'art. 17 de la *LCF* et l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* confèrent aux cours supérieures et à la Cour fédérale une compétence concurrente à l'égard des demandes de réparation contre la Couronne. Compte tenu de sa compétence générale et inhérente, la Cour supérieure de l'Ontario connaît de toutes les causes d'action, à moins qu'une disposition législative ou une convention d'arbitrage ne prévoit le contraire. L'article 18 de la *LCF* a soustrait les brefs de prérogative et recours extraordinaires qui y sont énumérés à la compétence des cours supérieures (par. 94). Puisque le recours entrepris par TeleZone (action en dommages-intérêts) n'est pas énuméré à l'art. 18, le juge Borins est arrivé à la conclusion que la Cour supérieure demeure compétente. L'appel a été rejeté.

III. Dispositions pertinentes

[17] *Loi constitutionnelle de 1867*

101. Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7

2. (1) . . .

« office fédéral » Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de

purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

17. (1) [Relief against the Crown] Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

(2) [Cases] Without restricting the generality of subsection (1), the Federal Court has concurrent original jurisdiction, except as otherwise provided, in all cases in which

. . .

(b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown;

. . .

(d) the claim is for damages under the *Crown Liability and Proceedings Act*.

(5) [Relief in favour of Crown or against officer] The Federal Court has concurrent original jurisdiction

. . .

(b) in proceedings in which relief is sought against any person for anything done or omitted to be done in the performance of the duties of that person as an officer, servant or agent of the Crown.

18. (1) [Extraordinary remedies, federal tribunals] Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief

personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion de la Cour canadienne de l'impôt et ses juges, d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

17. (1) [Réparation contre la Couronne] Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

(2) [Motifs] Elle a notamment compétence concurrente en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

. . .

b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;

. . .

d) une demande en dommages-intérêts formée au titre de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

(5) [Actions en réparation] Elle a compétence concurrente, en première instance, dans les actions en réparation intentées :

. . .

b) contre un fonctionnaire, préposé ou mandataire de la Couronne pour des faits — actes ou omissions — survenus dans le cadre de ses fonctions.

18. (1) [Recours extraordinaires : offices fédéraux] Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute

contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(3) [Remedies to be obtained on application] The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

(3) [Exercice des recours] Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) [Application for judicial review] An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

18.1 (1) [Demande de contrôle judiciaire] Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

(2) [Time limitation] An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

(2) [Délai de présentation] Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

(3) [Powers of Federal Court] On an application for judicial review, the Federal Court may

(3) [Pouvoirs de la Cour fédérale] Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

18.4 (1) [Hearings in summary way] Subject to subsection (2), an application or reference to the Federal Court under any of sections 18.1 to 18.3 shall be heard and determined without delay and in a summary way.

18.4 (1) [Procédure sommaire d'audition] Sous réserve du paragraphe (2), la Cour fédérale statue à bref délai et selon une procédure sommaire sur les demandes et les renvois qui lui sont présentés dans le cadre des articles 18.1 à 18.3.

(2) [Exception] The Federal Court may, if it considers it appropriate, direct that an application for judicial review be treated and proceeded with as an action.

(2) [Exception] Elle peut, si elle l'estime indiqué, ordonner qu'une demande de contrôle judiciaire soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

3. [Liability] The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

- (a) in the Province of Quebec, in respect of
 - (i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or
 - (ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and
- (b) in any other province, in respect of
 - (i) a tort committed by a servant of the Crown, or
 - (ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

8. [Saving in respect of prerogative and statutory powers] Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, nothing in those sections makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority exercisable by the Crown, whether in time of peace or of war, for the purpose of the defence of Canada or of training, or maintaining the efficiency of, the Canadian Forces.

21. (1) [Concurrent jurisdiction of provincial court] In all cases where a claim is made against the Crown, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction with respect to it, the superior court of the province in which the claim arises has concurrent jurisdiction with respect to the subject-matter of the claim.

IV. Analysis

[18] This appeal is fundamentally about access to justice. People who claim to be injured by government action should have whatever redress the legal system permits through procedures that minimize unnecessary cost and complexity. The Court's approach should be practical and pragmatic with that objective in mind.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

3. [Responsabilité] En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
 - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
 - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
 - (i) les délits civils commis par ses préposés,
 - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

8. [Sauvegarde de la prérogative et des pouvoirs de l'État] Les articles 3 à 7 n'ont pas pour effet d'engager la responsabilité de l'État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l'exercice d'un pouvoir qui, sans ces articles, s'exercerait au titre de la prérogative royale ou d'une disposition législative, et notamment pour les faits commis dans l'exercice d'un pouvoir dévolu à l'État, en temps de paix ou de guerre, pour la défense du Canada, l'instruction des Forces canadiennes ou le maintien de leur efficacité.

21. (1) [Compétence concurrente des tribunaux provinciaux] Dans les cas de réclamation visant l'État pour lesquels la Cour fédérale n'a pas compétence exclusive, a compétence concurrente en la matière la cour supérieure de la province où survient la cause d'action.

IV. Analyse

[18] C'est essentiellement l'accès à la justice qui est en cause en l'espèce. Les personnes qui prétendent avoir subi un préjudice attribuable à une mesure administrative doivent pouvoir exercer les recours autorisés par la loi au moyen de procédures réduisant au minimum les frais et complexités inutiles. Notre Cour doit aborder cette question d'un point de vue pratique et pragmatique en gardant cet objectif à l'esprit.

[19] If a claimant seeks to set aside the order of a federal decision maker, it will have to proceed by judicial review, as the *Grenier* court held. However, if the claimant is content to let the order stand and instead seeks compensation for alleged losses (as here), there is no principled reason why it should be forced to detour to the Federal Court for the extra step of a judicial review application (itself sometimes a costly undertaking) when that is not the relief it seeks. Access to justice requires that the claimant be permitted to pursue its chosen remedy directly and, to the greatest extent possible, without procedural detours.

[20] The Attorney General argues that a detour to the Federal Court is necessary because the damages action represents a “collateral attack” prohibited by “inferences” derived from s. 18 of the *Federal Courts Act*. His argument, in a nutshell, is:

Simply pleading damages, or some other remedy that is not available by way of judicial review in the Federal Court, should not be accepted as a means to bypass the intention of Parliament that review of federal administrative decisions must take place in the Federal Court.

(A.G. Factum,¹ at para. 4)

[21] The Attorney General accepts that judicial review is not required “for all proceedings that in any manner involve a decision or conduct of a federal board, commission or tribunal” (para. 29). However, the detour is required for claims that engage, directly or indirectly, the “validity and unlawfulness” of such decisions (para. 2). “Lawfulness” is a broad term. The Attorney General uses “invalid” and “unlawful” conjunctively (e.g., at para. 49). He seems to use the term “unlawful” to cover virtually any government order that could lay the basis for a finding of fault

¹ The Attorney General’s principal argument was filed in the companion case of *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, and references herein are to that factum unless otherwise noted.

[19] Le demandeur qui veut obtenir l’annulation d’une décision de l’administration fédérale doit procéder par voie de contrôle judiciaire, comme le précise l’arrêt *Grenier*. Par contre, s’il ne s’oppose pas à ce que la décision continue de s’appliquer, mais cherche plutôt à se faire indemniser des pertes qu’il dit avoir subies (comme en l’espèce), il n’existe aucune raison logique de lui imposer l’étape supplémentaire d’un détour devant la Cour fédérale pour le contrôle judiciaire de la décision (entreprise pouvant parfois se révéler coûteuse en soi), alors que ce n’est pas le recours qui lui convient. L’accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu’il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux.

[20] Selon le procureur général, il est nécessaire de passer par la Cour fédérale parce que l’action en dommages-intérêts constitue une « contestation indirecte » interdite « implicitement » par l’art. 18 de la *LCF*. En bref, voici son argument :

[TRADUCTION] On ne saurait permettre qu’il soit possible de contourner la volonté du législateur que le contrôle des décisions administratives fédérales soit réservé à la Cour fédérale en demandant simplement des dommages-intérêts ou une autre forme de réparation qui ne peut être obtenue par voie de contrôle judiciaire devant cette cour.

(Mémoire du P.G.¹, par. 4)

[21] Le procureur général reconnaît que le contrôle judiciaire ne s’impose pas [TRADUCTION] « dans toutes les affaires intéressant de quelque façon une décision ou la conduite d’un office fédéral » (par. 29), mais il affirme que ce détour est nécessaire lorsque la demande met directement ou indirectement en cause la « validité et l’illégalité » d’une telle décision (par. 2). La notion de « légalité » est très large. Le procureur général utilise les termes « invalide » et « illégal » de façon conjonctive (voir, p. ex., le par. 49). Il semble qualifier d’illégale presque toute décision de l’administration fédérale pouvant mener à la

¹ L’argumentation principale du procureur général a été présentée dans l’affaire connexe *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, et, à moins d’indication contraire, je renvoie dans les présents motifs au mémoire soumis dans cette affaire.

in the private law sense although he excludes such bureaucratic actions as providing erroneous information, performing a “physical task or activity” negligently, or breaching a duty to warn (Factum, at para. 50).

[22] The Attorney General’s concern is that permitting different damages claims to proceed in different provinces before a variety of superior court judges arising out of the same or related federal government decisions would re-introduce the spectre of inconsistency and uncertainty across Canada which the enactment of the *Federal Courts Act* was designed to alleviate. However, this concern must have been considered by Parliament when it granted concurrent jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the federal Crown to the superior courts. Undoubtedly, the juxtaposition of ss. 17 and 18 of the *Federal Courts Act* creates a certain amount of subject matter overlap with respect to holding the federal government to account for its decision making. This degree of overlap is inherent in the legislative scheme designed to provide claimants with “convenience” and “a choice of forum” in the provincial courts (see statement of the Minister of Justice in Parliament, *House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414, reproduced below, at para. 58).

[23] I do not interpret Parliament’s intent, as expressed in the text, context and purposes of the *Federal Courts Act*, to require an awkward and duplicative two-court procedure with respect to all damages claims that directly or indirectly challenge the validity or lawfulness of federal decisions. Such an outcome would have to be compelled by clear and explicit statutory language. Neither the *Federal Courts Act* nor the *Crown Liability and Proceedings Act* do so, in my opinion. With respect, not only is such language absent, but the reasonable inferences from both statutes, especially the concurrent jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown granted to the provincial superior courts, leads to the opposite conclusion.

conclusion qu’il y a eu faute au sens du droit privé, mais il exclut les actes bureaucratiques comme la fourniture de renseignements erronés, la négligence dans l’accomplissement « d’une tâche ou d’une activité physique » ou le manquement à une obligation d’avertissement (mémoire, par. 50).

[22] Le procureur général craint de voir resurgir partout au Canada le spectre de l’incohérence et de l’incertitude auxquelles la *LCF* visait à remédier si différents recours en dommages-intérêts découlant des mêmes décisions de l’administration fédérale, ou de décisions connexes, pouvaient être instruits par divers juges de différentes cours supérieures. Il s’agit là cependant d’une préoccupation dont le législateur a sûrement tenu compte lorsqu’il a conféré aux cours supérieures une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne fédérale. Il ne fait aucun doute que la juxtaposition des articles 17 et 18 de la *LCF* entraîne un certain chevauchement de l’objet des recours dans le cadre desquels l’administration fédérale doit rendre compte de ses décisions. Ce chevauchement est indissociable d’un régime législatif qui donne aux demandeurs le « choix » de s’adresser à une cour provinciale, si c’est le tribunal qui leur « convient le mieux » (voir la déclaration du ministre de la Justice devant le Parlement, *Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414, reproduite ci-dessous, au par. 58).

[23] Je ne crois pas que le respect de l’intention du législateur, telle qu’elle se dégage du texte, du contexte et des objets de la *LCF*, exige une procédure astreignante faisant appel à deux juridictions différentes pour tous les recours en dommages-intérêts qui mettent directement ou indirectement en cause la validité ou la légalité d’une décision fédérale. Seul un texte législatif clair et explicite pourrait l’exiger. Or, à mon avis, ni la *LCF* ni la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* n’ont cet effet. Non seulement elles ne comportent aucune disposition en ce sens, mais les inférences raisonnables que l’on peut tirer de ces deux lois et, plus particulièrement, de l’octroi aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne mènent à la conclusion opposée.

A. *The Nature of Judicial Review*

[24] The Attorney General correctly points to “the substantive differences between public law and private law principles” (Factum, at para. 6). Judicial review is directed at the legality, reasonableness, and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers. It is designed to enforce the rule of law and adherence to the Constitution. Its overall objective is good governance. These public purposes are fundamentally different from those underlying contract and tort cases or causes of action under the *Civil Code of Québec*, R.S.Q., c. C-1991, and their adjunct remedies, which are primarily designed to right private wrongs with compensation or other relief.

[25] Not all invalid government decisions result in financial losses to private persons or entities. Not all financial losses that *do* occur will lay the basis for a private cause of action. Subordinate legislative and adjudicative functions do not in general attract potential government liability for damages. For practical purposes, the real concern here is with executive decisions by Ministers and civil servants causing losses that may or may not be excused by statutory authority.

[26] The focus of judicial review is to quash invalid government decisions — or require government to act or prohibit it from acting — by a speedy process. A bookstore, for example, will have a greater interest in getting its foreign books through Canada Customs — despite ill-founded allegations of obscenity — than in collecting compensation for the trifling profit lost on each book denied entry (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38). Thus s. 18.1 of the *Federal Courts Act* establishes a summary procedure with a 30-day time limit. There is no pre-hearing discovery, apart from what can be learned through affidavits and cross-examination. The applications judge hears no *viva voce* evidence. Damages are not available. Judicial review suits the

A. *La nature du contrôle judiciaire*

[24] Le procureur général souligne avec raison [TRADUCTION] « les différences substantielles entre les principes de droit public et les principes de droit privé » (mémoire, par. 6). Le contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique. Il est conçu pour assurer la primauté du droit et le respect de la Constitution. Son but premier est le bon gouvernement. Ces objectifs publics se distinguent fondamentalement de ceux qui sous-tendent les instances en matière contractuelle et délictuelle ou les causes d’action régies par le *Code civil du Québec*, L.R.Q., c. C-1991, et les recours qui leur sont associés, lesquels visent principalement à redresser un tort privé au moyen d’une indemnité ou d’une autre réparation.

[25] Toutes les décisions invalides de l’administration publique ne causent pas de préjudice financier à des parties privées. Tous les préjudices financiers *effectivement* subis ne donnent pas ouverture à un recours de droit privé. Les fonctions judiciaires et législatives subordonnées n’engagent généralement pas la responsabilité civile de l’État. Ce qui est en jeu ici, en pratique, ce sont les décisions du pouvoir exécutif, rendues par les ministres et les fonctionnaires, qui causent un préjudice justifiable ou non par la défense de pouvoir d’origine législative.

[26] Le contrôle judiciaire a pour objet d’annuler les décisions invalides de l’administration publique — ou d’obliger l’administration publique à agir ou à ne pas agir — au moyen d’un processus expéditif. Par exemple, une librairie aura davantage intérêt à ce que les autorités douanières autorisent l’entrée au Canada d’ouvrages étrangers visés par des allégations non fondées d’obscénité qu’à toucher une indemnité pour la perte de profits négligeable afférente à chaque ouvrage refusé (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38). C’est pourquoi l’art. 18.1 de la *LCF* prévoit une procédure sommaire assortie d’un délai de 30 jours. Il n’y a pas de communication préalable de la preuve, hormis celle fournie par les affidavits et le contre-interrogatoire de leur auteur. Le juge

litigant who wishes to strike quickly and directly at the action (or inaction) it complains about. A damages claimant, on the other hand, will often be unaware of the nature or extent of its losses in a 30-day time frame, and may need pre-trial discovery to either make its case or find out it has none.

[27] The question must therefore be asked: What is the practical benefit to a litigant who wants compensation rather than a reversal of a government decision to undergo the *Grenier* two-court procedure? TeleZone, for example, would acquire no practical benefit from a judicial review application. Its primary complaint is for damages arising from the breach of an alleged tendering contract. It no longer seeks the benefit of the contract (or the PCS licence). It seeks compensation for substantial costs thrown away and lost profits. The Crown does not argue that the tendering contract (if it was made) was *ultra vires*, or that the alleged breach (if it occurred) was mandated by statutory authority. The argument, instead, is that TeleZone's claim constitutes a collateral attack on the ministerial order under the *Radiocommunication Act* that failed to award it a PCS licence. But in TeleZone's circumstances, judicial review of the Minister's decision would not address the claimed harm and would seem to offer little except added cost and delay.

[28] Negligence is also alleged by TeleZone. Tort liability, of course, is based on fault, not invalidity. As the Court made clear many years ago in *The Queen in Right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205, at pp. 222-25, breach of a statute is neither necessary nor is it sufficient to ground a private cause of action. It is not necessary because a government decision that is perfectly valid may nevertheless give rise to liability in

des requêtes n'entend pas de témoins. Le contrôle judiciaire ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts. Ce recours convient au demandeur qui veut attaquer directement et rapidement la mesure (ou l'inaction) dont il se plaint. Par contre, celui qui réclame des dommages-intérêts n'est souvent pas en mesure d'établir dans un délai de 30 jours la nature ou l'importance du préjudice subi et doit pouvoir bénéficier d'une enquête préalable pour recueillir la preuve du bien-fondé de son recours ou constater qu'il ne peut l'établir.

[27] Il faut donc se demander quel intérêt pratique il y a, pour la partie qui demande une indemnité plutôt que l'annulation d'une décision de l'administration publique, à suivre la procédure faisant appel à deux juridictions décrite dans *Grenier*. Une demande de contrôle judiciaire ne serait, par exemple, d'aucune utilité pratique pour TeleZone. Le principal fondement de son recours est l'inexécution d'un présumé contrat issu d'un appel d'offres. Cependant, elle ne recherche plus l'exécution du contrat (ou l'obtention de la licence de SCP); elle veut être indemnisée des coûts substantiels qu'elle a engagés inutilement et des profits qu'elle a perdus. Le procureur général ne fait pas valoir que le contrat issu d'un appel d'offres (s'il a pris naissance) était *ultra vires* ni qu'un pouvoir d'origine législative justifie l'inexécution alléguée (si celle-ci est avérée). Il soutient plutôt que la demande de TeleZone conteste indirectement la décision, prise par le ministre sous le régime de la *Loi sur la radiocommunication*, de ne pas lui accorder de licence de SCP. Dans le cas de TeleZone, le contrôle judiciaire de la décision du ministre ne réparerait pas le préjudice qu'elle dit avoir subi et ne pourrait vraisemblablement guère donner de résultat, si ce n'est un allongement des délais et une augmentation des coûts.

[28] TeleZone invoque aussi la négligence. La responsabilité délictuelle procède bien sûr d'un acte fautif, et non de la nullité. Comme la Cour l'a clairement établi il y a longtemps, dans *La Reine du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205, p. 222-225, il n'est ni nécessaire ni suffisant, pour fonder un recours de droit privé, qu'il y ait eu contravention à la loi. La contravention n'est pas nécessaire, car une décision tout à fait valide

contract (*Agricultural Research Institute of Ontario v. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. vii) or tort (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201).

[29] Nor is a breach of statutory power necessarily sufficient. Many losses caused by government decision making do not give rise to any cause of action known to the law. As the Attorney General correctly points out, “[e]ven if a discretionary decision of a federal board, commission or tribunal has been declared invalid or unlawful, that in itself does not create a cause of action in tort or under the Quebec regime of civil liability” (Factum, at para. 28).

[30] In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, Charron J. wrote that “[a] person accused of a criminal offence enjoys a private right of action when a prosecutor acts maliciously in fraud of his or her prosecutorial duties with the result that the accused suffers damage. However, the civil tort of malicious prosecution is not an after-the-fact judicial review of a Crown’s exercise of prosecutorial discretion” (para. 7 (emphasis added)). H. Woolf, J. Jowell and A. Le Sueur point out in *De Smith’s Judicial Review* (6th ed. 2007), that “[u]nlawfulness (in the judicial review sense) and negligence are conceptually distinct” (pp. 924-25). Put another way, while Crown liability in tort and the validity of an underlying administrative decision may generate some overlapping considerations, they present distinct and separate justiciable issues.

[31] The main difficulty in suing government for losses arising out of statutory decisions is often not the public law aspects of the decision but the need to identify a viable private cause of action, and thereafter to meet such special defences as statutory authority. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, for example, it was alleged that the conduct of the Registrar of mortgage brokers contributed significantly to the loss of some

de l’administration publique peut néanmoins engager sa responsabilité contractuelle (*Agricultural Research Institute of Ontario c. Campbell-High* (2002), 58 O.R. (3d) 321 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. vii) ou délictuelle (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201).

[29] Une irrégularité dans l’exercice d’un pouvoir d’origine législative ne suffit pas non plus. De nombreuses pertes causées par des décisions de l’administration publique ne génèrent aucune cause d’action reconnue en droit. Comme le signale avec justesse le procureur général : [TRADUCTION] « Même une déclaration de nullité ou d’invalidité d’une décision discrétionnaire d’un office fédéral ne crée pas en soi une cause d’action en responsabilité délictuelle ou en responsabilité civile selon le régime québécois de droit civil » (mémoire, par. 28).

[30] Par ailleurs, la juge Charron a écrit, dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339 : « Lorsqu’un procureur de la Couronne agit avec malveillance au mépris des obligations découlant de sa charge, l’accusé qui en subit un préjudice dispose d’un recours au civil. Cependant, le délit civil de poursuites abusives ne donne pas lieu à un contrôle judiciaire rétrospectif de l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public » (par. 7 (je souligne)). H. Woolf, J. Lowell et A. Le Sueur soulignent, dans *De Smith’s Judicial Review* (6^e éd. 2007), que [TRADUCTION] « [l]’illégalité (au sens qu’elle revêt en matière de contrôle judiciaire) et la négligence sont deux concepts distincts » (p. 924-925). Autrement dit, bien que la responsabilité délictuelle de la Couronne et la validité d’une décision administrative sous-jacente puissent faire intervenir des considérations qui se recoupent, elles soulèvent des questions justiciables distinctes.

[31] Souvent, la principale difficulté que la partie lésée par une décision prise en application de la loi doit surmonter pour être indemnisée par l’administration publique ne tient pas aux aspects de droit public de la décision, mais au fardeau qui lui incombe d’invoquer une cause d’action valable de droit privé et de réfuter des moyens de défense spéciaux comme la défense de pouvoir d’origine législative. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79,

claimant investors, but it was held that there was insufficient proximity between the Registrar and the claimants to give rise to a duty of care. See also *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Holland v. Saskatchewan*, 2008 SCC 42, [2008] 2 S.C.R. 551, at para. 8.

[32] The enactment of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1, and the subsequent amendments in 1990 were designed to enhance government accountability as well as to promote access to justice. The legislation should be interpreted in such a way as to promote those objectives. The *Grenier* approach does not do so, in my respectful opinion, as will now be discussed.

B. *The Grenier Case*

[33] The shadow of the *Grenier* case perhaps extends beyond what was intended by the *Grenier* court itself.

[34] *Grenier* did not concern a conflict between the Federal Court and a provincial superior court. It concerned which of two alternative Federal Court modes of procedure should be pursued by an inmate of a federal penitentiary. He complained of the adverse effects of administrative segregation for 14 days pursuant to the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. The inmate did not seek judicial review of the decision of the head of the institution to place him in administrative segregation. Instead, after waiting three years, he brought an action for damages against the federal Crown under s. 17 of the *Federal Courts Act*. At trial, the administrative segregation was found to be arbitrary. He was awarded \$5,000 in compensatory and exemplary damages.

[35] On appeal, the Attorney General objected that the inmate should have sought judicial review

[2001] 3 R.C.S. 537, par exemple, certains investisseurs alléguaient que la conduite du registraire des courtiers en hypothèques avait compté pour beaucoup dans les pertes qu'ils avaient subies, mais la Cour a jugé que le lien de proximité entre le registraire et ces investisseurs n'était pas suffisamment étroit pour donner naissance à une obligation de diligence. Voir également *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Holland c. Saskatchewan*, 2008 CSC 42, [2008] 2 R.C.S. 551, par. 8.

[32] L'adoption de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1, et les modifications qui y ont été apportées en 1990 visaient à accroître la responsabilité de l'administration publique ainsi qu'à promouvoir l'accès à la justice. Il faut donc en interpréter le libellé de façon à promouvoir ces objets. À mon humble avis, la démarche suivie dans *Grenier* ne le permet pas, comme nous le verrons maintenant.

B. *L'affaire Grenier*

[33] La portée de l'arrêt *Grenier* va peut-être plus loin que ne l'entendait la cour qui l'a rendu.

[34] L'affaire *Grenier* ne portait pas sur un conflit entre la Cour fédérale et une cour supérieure provinciale. Il s'agissait de déterminer quelle voie de droit devant la Cour fédérale elle-même devait emprunter un détenu d'un pénitencier fédéral qui prétendait avoir subi un préjudice du fait de son placement en isolement préventif pendant 14 jours sous le régime de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Le détenu n'avait pas demandé le contrôle judiciaire de la décision du directeur de l'établissement. Il avait plutôt attendu trois ans avant d'intenter une action en dommages-intérêts contre l'administration fédérale en vertu de l'art. 17 de la *LCF*. En première instance, la décision de le placer en isolement préventif a été jugée arbitraire. Il a obtenu des dommages-intérêts compensatoires et exemplaires s'élevant à 5 000 \$.

[35] En appel, le procureur général a fait valoir que le détenu aurait dû demander le contrôle judiciaire

of his administrative segregation under s. 18 of the Act before bringing his action for damages under s. 17 of the Act. The argument, in essence, was that the *Federal Courts Act* has several procedural doors and the inmate had tried to enter the wrong one. He knocked on s. 17 whereas he should have gone through s. 18. The Federal Court of Appeal agreed, taking the view that “Parliament assigned the exercise of reviewing the lawfulness of the decisions of federal agencies to a single court, the Federal Court. This review must be exercised under section 18, and only by filing an application for judicial review” (para. 24 (emphasis added)). The court reasoned that even within the same court, the s. 17 action for damages constituted an impermissible collateral attack on the decision of the prison authority (paras. 32-33) because the trial court “had to review the lawfulness of the institutional head’s decision . . . and set it aside” (para. 34), which could only be done under s. 18 of the same Act. It was thought that the judicial review jurisdiction of the Federal Court, with its unique statutory procedure, must be protected from erosion. Such a conclusion, in the *Grenier* court’s view, was consistent with *R. v. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 706.

[36] Moreover, according to the *Grenier* court, it made no difference that the administrative segregation Mr. Grenier complained of had long since been served. “[A] decision of a federal agency, such as the one by the institutional head in this case”, the court reasoned, “retains its legal force and authority, and remains juridically operative and legally effective so long as it has not been invalidated” (para. 19). Accordingly, the prison order, even in its afterlife, was still a complete answer to the s. 17 damages action.

[37] More recently, the Federal Court of Appeal itself seems to be losing some enthusiasm for *Grenier*’s “separate silos” approach. In *Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FCA 215, [2009] 1 F.C.R. 476, the court allowed an application for judicial review to be converted into an action for damages which was

de son isolement préventif en application de l’art. 18 de la Loi avant d’intenter son recours en dommages-intérêts en vertu de l’art. 17. Elle a soutenu, essentiellement, que la *LCF* offrait plusieurs avenues procédurales, mais que le détenu n’avait pas emprunté la bonne voie en s’engageant dans celle prévue à l’art. 17 plutôt qu’à l’art. 18. La Cour d’appel fédérale lui a donné raison, signalant que « le Parlement a confié à une seule cour, la Cour fédérale, l’exercice du contrôle de la légalité des décisions des organismes fédéraux. Ce contrôle doit s’exercer et s’exerce, aux termes de l’article 18, seulement par la présentation d’une demande de contrôle judiciaire » (par. 24 (je souligne)). La Cour d’appel a jugé que l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17, même si elle était intentée devant le même tribunal, n’en constituait pas moins une contestation indirecte interdite de la décision de l’autorité carcérale (par. 32-33), parce que le tribunal de première instance « devait contrôler la légalité de la décision du directeur [. . .] et l’annuler » (par. 34), ce qui ne pouvait se faire qu’en application de l’art. 18 de la *LCF*. Elle a estimé qu’il fallait empêcher l’érosion de la compétence de la Cour fédérale en matière de contrôle judiciaire et de la procédure particulière établie à son égard par le législateur. Selon l’arrêt *Grenier*, une telle conclusion était compatible avec *R. c. Consolidated Maybrun Mines Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 706.

[36] Toujours suivant l’arrêt *Grenier*, il était sans conséquence que l’isolement préventif ait pris fin depuis longtemps. « [U]ne décision d’un organisme fédéral, comme celle en l’espèce du directeur, conserve sa force et son autorité légales, demeure juridiquement opérante et produit des effets légaux tant qu’elle n’a pas été invalidée » (par. 19). En conséquence, même après avoir cessé de produire ses effets, la mesure carcérale fournissait toujours une défense complète à l’action en dommages-intérêts fondée sur l’art. 17.

[37] Récemment, l’enthousiasme de la Cour d’appel fédérale elle-même à l’égard du « cloisonnement » établi dans *Grenier* a semblé s’estomper. Dans *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476, elle a permis qu’une demande de contrôle judiciaire soit convertie en action en dommages-intérêts, aussi

also certified as a class action, Sexton J.A. commenting that “[s]ometimes, such as the case at bar, it may prove too cumbersome to initiate a separate action for damages either concurrently with, or subsequent to, an application for judicial review” (para. 50).

[38] More recently in *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Minister of Agriculture and Agri-Food)*, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568 (which, on appeal, was heard concurrently in this Court with the present appeal), Sharlow J.A., dissenting, took the view that “the *Grenier* principle was developed without taking into account certain aspects of the statutory scheme governing federal Crown litigation [including the *Crown Liability and Proceedings Act*] that in my view cast doubt on the *Grenier* analysis” (para. 41).

[39] At the same time, some provincial courts have accepted the *Grenier* approach: see, e.g., *Donovan v. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. Most provincial courts, however, have either not followed *Grenier* or distinguished it: see, e.g., *River Valley Poultry Farm Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, at para. 30; *Los Angeles Salad Co. v. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, at para. 24; *Leroux v. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, at para. 54; see also *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, at para. 43; *Genge v. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, at para. 34.

C. *The Attorney General’s Expansive View of the Grenier Decision*

[40] According to the Attorney General, *Grenier* denied the *jurisdiction* of either the Federal Court or a provincial superior court to proceed to adjudicate a damages claim without first passing through

autorisée à titre de recours collectif. Le juge Sexton a fait le commentaire suivant : « Parfois, comme en l’espèce, il peut s’avérer trop lourd d’intenter une action distincte en dommages-intérêts, concurrentement ou subséquemment à une demande de contrôle judiciaire » (par. 50).

[38] Plus récemment encore, dans l’arrêt *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Ministre de l’Agriculture et de l’Agroalimentaire)*, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568 (dont l’appel a été instruit par notre Cour concurrentement avec le présent pourvoi), la juge Sharlow, dissidente, a exprimé l’opinion que « [L]e principe établi dans l’arrêt *Grenier* a [. . .] été élaboré sans tenir compte de certains des aspects du régime législatif applicable au contentieux fédéral de l’État [dont la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*], ce qui, à mon avis, soulève des doutes au sujet de l’analyse de l’arrêt *Grenier* » (par. 41).

[39] Pour leur part, certaines cours provinciales ont adopté le raisonnement formulé dans *Grenier* : voir, notamment, *Donovan c. Canada (Attorney General)*, 2008 NLCA 8, 273 Nfld. & P.E.I.R. 116; *Lidstone c. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2008 PESCTD 6, 286 Nfld. & P.E.I.R. 244. La plupart des cours provinciales ne l’ont toutefois pas suivi ou ont conclu que des distinctions s’imposaient : voir, notamment, *River Valley Poultry Farm Ltd. c. Canada (Attorney General)*, 2009 ONCA 326, 95 O.R. (3d) 1, par. 30; *Los Angeles Salad Co. c. Canadian Food Inspection Agency*, 2009 BCSC 109, 92 B.C.L.R. (4th) 379, par. 24; *Leroux c. Canada Revenue Agency*, 2010 BCSC 865, 2010 D.T.C. 5123, par. 54; voir aussi *Fantasy Construction Ltd., Re*, 2007 ABCA 335, 89 Alta. L.R. (4th) 93, par. 43; *Genge c. Canada (Attorney General)*, 2007 NLCA 60, 270 Nfld. & P.E.I.R. 182, par. 34.

C. *La conception large de l’arrêt Grenier invoquée par le procureur général*

[40] Suivant le procureur général, l’arrêt *Grenier* confirme que, lorsque la « légalité » d’une décision ou ordonnance administrative est en cause, ni la Cour fédérale ni une cour supérieure provinciale

the “unique” judicial review procedure set out in s. 18 of the *Federal Courts Act* if the “lawfulness” of an administrative decision or order is in issue. The Attorney General uses the expression “invalidity or lawfulness” which, he points out, may extend even to contract claims. He cites *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. v. Canada (Minister of Public Works and Government Services)*, [1995] 2 F.C. 694, at pp. 703-6, where the Federal Court of Appeal concluded that the exercise by a Minister of a statutory power to seek tenders and to enter into contracts for the lease of land by the Crown could be subject to judicial review. See also *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, 314 D.L.R. (4th) 340, at paras. 21-25, leave to appeal refused, [2009] 3 S.C.R. vii. However, in this Court’s decision in *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, a tendering case, although in the end the claim was dismissed, there was no suggestion in the judgment that judicial review was a necessary preliminary step to the recovery of contract damages against the Crown.

[41] Moreover, I do not think the Attorney General’s position is supported by *Consolidated Maybrun* or its companion case of *R. v. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 737. Those cases dealt with the narrow issue of whether a person facing penal charges for failing to comply with an administrative order can challenge the validity of the order by way of defence despite failure to take advantage of the appeal process provided for by the law under which the order was issued. In both cases, the Court paid close attention to the regulatory statute under which an order is made and concluded that to permit such a defence “would encourage conduct contrary to the [regulatory] Act’s objectives and would tend to undermine its effectiveness” (*Consolidated Maybrun*, at para. 60). These cases thus stand for a rather nuanced view of where collateral attack is (or is not) permissible. The outcome largely depends on the court’s view of the statute under which an order is made “and must be answered in light of the legislature’s intention as to the appropriate forum” for resolving the dispute (*Consolidated Maybrun*, at para. 52). In my

n’ont *compétence* pour instruire une action en dommages-intérêts sans contrôle judiciaire préalable au moyen de la procédure « particulière » établie à l’art. 18 de la *LCF*. Le procureur général emploie l’expression [TRADUCTION] « invalidité ou légalité » et signale que celle-ci peut s’étendre même aux recours contractuels. Il cite l’arrêt *Gestion Complexe Cousineau (1989) Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux)*, [1995] 2 C.F. 694, p. 703-706, dans lequel la Cour d’appel fédérale a jugé que l’exercice par un ministre du pouvoir légal de lancer un appel d’offres et de conclure des marchés concernant la location de biens-fonds par la Couronne peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Voir aussi *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116 (CanLII), par. 21-25, autorisation d’appel refusée, [2009] 3 R.C.S. vii. Toutefois, dans l’arrêt *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, qui portait lui aussi sur un appel d’offres, notre Cour a rejeté la demande, en définitive, mais elle n’a pas indiqué qu’un recours en dommages-intérêts contre la Couronne devait être précédé d’un contrôle judiciaire.

[41] De plus, je ne pense pas que *Consolidated Maybrun* ou le pourvoi connexe *R. c. Al Klippert Ltd.*, [1998] 1 R.C.S. 737, appuient la position du procureur général. Ces affaires soulevaient la question très étroite de savoir si une personne accusée au criminel de ne pas s’être conformée à une ordonnance administrative pouvait, en défense, contester la validité de l’ordonnance bien qu’elle ne se fût pas prévalu de la procédure d’appel prévue par la loi sous le régime de laquelle l’ordonnance avait été rendue. Dans les deux cas, la Cour a conclu, après un examen minutieux de la loi de nature réglementaire en vertu de laquelle l’ordonnance avait été rendue, qu’autoriser une telle défense « encouragerait un comportement contraire aux objectifs de la Loi [de nature réglementaire] et tendrait à miner son efficacité » (*Consolidated Maybrun*, par. 60). Ces arrêts établissent en conséquence une position assez nuancée quant à savoir si une contestation indirecte est possible ou non. La réponse à cette question dépend largement de l’analyse que fait le tribunal de la loi dont découle la décision et exige qu’on recherche « l’intention législative quant au

respectful view, having regard to these policy considerations, it would be adherence to the *Grenier* approach that “would tend to undermine [the] effectiveness” of the *Federal Courts Act* reforms which had as one of their objectives making the provincial superior courts an equally “appropriate forum” for resolving in an efficient way financial claims against the federal Crown.

D. *The Jurisdiction of the Provincial Superior Courts*

[42] What is required, at this point of the discussion, is to remind ourselves of the rule that any derogation from the jurisdiction of the provincial superior courts (in favour of the Federal Court or otherwise) requires clear and explicit statutory language: “[The] ouster of jurisdiction from the provincial superior courts in favour of vesting exclusive jurisdiction in a statutory court . . . requires clear and explicit statutory wording to this effect”: *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 46; see also *Pringle v. Fraser*, [1972] S.C.R. 821, at p. 826; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 38. The Attorney General’s argument rests too heavily on what he sees as the negative implications to be read into s. 18.

[43] The oft-repeated incantation of the common law is that “nothing shall be intended to be out of the jurisdiction of a Superior Court, but that which specially appears to be so; and, on the contrary, nothing shall be intended to be within the jurisdiction of an Inferior Court but that which is so expressly alleged”: *Peacock v. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, at pp. 87-88. In contrast, the jurisdiction of the Federal Court is purely statutory.

[44] The term “jurisdiction” simply is shorthand for the collection of attributes that enables a court or tribunal to issue an enforceable order or judgment. A court has jurisdiction if its authority

forum approprié » pour le règlement du différend (*Consolidated Maybrun*, par. 52). À mon avis, étant donné les considérations de principe susmentionnées, c’est l’adoption de l’approche retenue dans *Grenier* qui [TRADUCTION] « tendrait à miner [l’]efficacité » des réformes mises en place par la *LCF*, qui visaient notamment à ce qu’une cour supérieure provinciale devienne tout autant un « forum approprié » pour le règlement efficace des réclamations pécuniaires contre la Couronne fédérale.

D. *La compétence des cours supérieures provinciales*

[42] À ce stade de l’analyse, il faut se rappeler que la compétence des cours supérieures provinciales ne peut être amoindrie (en faveur de la Cour fédérale ou d’un autre tribunal) que si une disposition législative claire le prévoit expressément. « [L]a dévolution d’une compétence exclusive à un tribunal créé par loi et la perte corrélative de cette compétence par les cours supérieures provinciales [. . .] doit être énoncée expressément en termes clairs dans la loi » : *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 46; voir aussi *Pringle c. Fraser*, [1972] R.C.S. 821, p. 826; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 38. Dans son argumentation, le procureur général accorde trop d’importance à ce qu’il perçoit comme les inférences négatives qu’il faut tirer de l’art. 18.

[43] La formule souvent répétée en common law veut que [TRADUCTION] « rien n’est censé échapper à la compétence d’une cour supérieure sauf ce qui paraît en être spécialement exclu et, inversement, rien n’est censé relever de la compétence d’une cour d’instance inférieure sauf ce qui est expressément déclaré en relever » : *Peacock c. Bell* (1667), 1 Wms. Saund. 73, 85 E.R. 84, p. 87-88. À l’opposé, la compétence de la Cour fédérale est purement d’origine législative.

[44] Le terme « compétence » désigne simplement l’ensemble des attributions qui permettent à un tribunal judiciaire ou administratif de rendre des ordonnances ou jugements susceptibles

extends to “the person and the subject matter in question and, in addition, has authority to make the order sought”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* McIntyre J., at p. 960, quoting Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, at p. 271, and *per* Lamer J., dissenting, at p. 890; see also *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 15; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. The Attorney General does not deny that the Superior Court possesses *in personam* jurisdiction over the parties, or dispute the Superior Court’s authority to award damages. The dispute centres on subject matter jurisdiction.

[45] It is true that apart from constitutional limitations (see, e.g., *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, and cases under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which are not relevant here), Parliament may by statute transfer jurisdiction from the superior courts to other adjudicative bodies including the Federal Court. It did so, for example, with respect to the judicial review of federal decision makers: *Canada Labour Relations Board v. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147, at p. 154. However, the onus lies here on the Attorney General to establish the existence and extent of such a transfer of jurisdiction in statutory terms that are clear, explicit and unambiguous.

[46] Nothing in the *Federal Courts Act* satisfies this test. Indeed, as mentioned, the explicit grant to the provincial superior courts of concurrent jurisdiction in claims against the Crown in s. 17 of that Act (as well as s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*) directly refutes it. As Sharlow J.A., dissenting, pointed out in *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appeal allowed and judgment released concurrently herewith, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639), s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, which codifies the defence of statutory authority, is evidence that Parliament envisaged that the assessment of lawfulness would be made by the provincial superior court

d’exécution. Un tribunal judiciaire est compétent s’il possède « une compétence *ratione personae* et *ratione materiae* [...] et s’il détient en outre le pouvoir de rendre l’ordonnance sollicitée » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, p. 960 — citant le juge Brooke dans *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, p. 271 — et le juge Lamer, dissident, p. 890; voir aussi *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 15; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Le procureur général ne nie pas que la Cour supérieure a compétence *ratione personae* à l’égard des parties ni qu’elle a le pouvoir d’octroyer des dommages-intérêts. Le litige porte sur la compétence relative à l’objet du litige.

[45] Il est vrai que, sous réserve de restrictions constitutionnelles (voir, p. ex., *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, et d’arrêts relatifs à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, non pertinents en l’espèce), le législateur peut transférer un pouvoir appartenant aux cours supérieures à d’autres organismes juridictionnels, comme la Cour fédérale. Il l’a fait, notamment, en matière de contrôle judiciaire des décisions de l’administration fédérale : *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L’Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147, p. 154. C’est toutefois au procureur général qu’il incombe de démontrer qu’une disposition législative claire, explicite et non équivoque a opéré un tel transfert juridictionnel et d’en établir la portée.

[46] Rien dans la *LCF* ne lui permet de faire cette démonstration. En effet, comme il en a été fait mention, l’octroi explicite aux cours supérieures provinciales d’une compétence concurrente en matière de demandes de réparation contre la Couronne, à l’art. 17 (ainsi qu’à l’art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*), réfute directement l’hypothèse d’un transfert. Comme la juge Sharlow, dissidente, l’a signalé dans *Parrish & Heimbecker Ltd.* (appel accueilli et jugement rendu concurremment avec le présent arrêt, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639), l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, qui codifie la défense de

in the course of adjudicating a claim for damages (para. 39).

E. *Claimed “Inferences” From Section 18 of the Federal Courts Act*

[47] An application for judicial review under the *Federal Courts Act* combines an allegation that a federal authority has acted contrary to the substantive principles of public law, along with a claim for one of the kinds of relief listed in s. 18(1). It is only this procedure that is in the exclusive jurisdiction of the Federal Court. As the Court recently observed in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, “[t]he genesis of the *Federal Courts Act* lies in Parliament’s decision in 1971 to remove from the superior courts of the provinces the jurisdiction over prerogative writs, declarations, and injunctions against federal boards, commissions and other tribunals” (para. 34). Section 18 does *not* say that a dispute over the lawfulness of exercise of statutory authority cannot be assessed in the course of a trial governed by the *Crown Liability and Proceedings Act* brought in the provincial superior court or pursuant to s. 17 of the *Federal Courts Act* itself.

[48] The Attorney General argues that a “remedies” oriented approach, similar to the view adopted by the Ontario Court of Appeal in this case, results in “a rigid, formalistic and literal interpretation” of s. 18 (Factum, at para. 66) and gives insufficient weight to context and, in particular, to the intention of Parliament. I agree that the context and Parliamentary purpose are essential to a proper interpretation of s. 18, but I do not think a broad and contextual approach assists the Attorney General’s argument.

(i) The Parliamentary Context

[49] The Parliamentary debates in 1971 took place in the context of the enormous growth of

pouvoir d’origine législative, prouve que le législateur prévoyait que la cour supérieure provinciale saisie d’une action en dommages-intérêts se prononcerait sur la légalité de la décision dans le cadre de cette action (par. 39).

E. *Les « inférences » proposées à partir de l’art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales*

[47] Une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de la *LCF* combine l’allégation qu’un office fédéral n’a pas respecté les principes fondamentaux du droit public et la revendication de l’une des réparations énumérées au par. 18(1). La compétence exclusive de la cour fédérale se limite à cette procédure. Comme notre Cour l’a récemment signalé dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, « [l]a *Loi sur les Cours fédérales* résulte de la décision prise par le législateur en 1971 de retirer aux cours supérieures des provinces leur compétence en matière de brefs de prérogative, jugements déclaratoires et injonctions visant des offices fédéraux » (par. 34). L’article 18 n’interdit *pas* qu’un litige sur la légalité de l’exercice d’un pouvoir d’origine législative soit tranché lors d’un procès tenu en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* devant la cour supérieure provinciale ou en vertu de l’art. 17 de la *LCF* elle-même.

[48] Selon le procureur général, un raisonnement axé sur les « recours », semblable à la position retenue par la Cour d’appel de l’Ontario en l’espèce, entraîne [TRADUCTION] « une interprétation rigide, formaliste et littérale » de l’art. 18 (mémoire, par. 66) et n’accorde pas assez d’importance au contexte et, plus particulièrement, à l’intention du législateur. Je suis d’accord qu’il est indispensable de tenir compte du contexte et de l’intention du législateur pour bien interpréter l’art. 18, mais je ne pense pas qu’une méthode d’interprétation large et contextuelle serve l’argumentation du procureur général.

(i) Le contexte parlementaire

[49] En 1971, le contexte entourant les débats parlementaires était marqué par la multiplication des

federal regulatory regimes, the perceived need for a “national perspective” on judicial review, and a concern about inconsistent supervision of federal public bodies by various provincial superior courts across the country (see D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 2:4100). Thus, Parliament radically transformed the old Exchequer Court into a new Federal Court and crafted a new procedure which resulted in the Federal Court’s supervisory jurisdiction over federal decision makers.

[50] The Minister of Justice in 1970 emphasized that Parliament’s concern was supervision (not compensation) and in particular its concern was about fragmented judicial review of federal adjudicative tribunals. One provincial superior court might uphold as valid an important decision, e.g., by the National Energy Board, which a superior court in a different province might decide to quash. Thus:

This multiple supervision [by the provincial courts], with a lack of consistent jurisprudence and application, can work serious hardship not only on the boards and commissions but on those who appear before them. . . . It is for this reason . . . that the conclusion was reached that this superintending jurisdiction should be vested in a single court that enjoyed the same nation wide jurisdiction as the federal boards, commissions and tribunals themselves. The bill is therefore designed to create a single and uniform basis of superintending jurisdiction in relation to federal boards and commissions and to place them on the same footing in this regard as provincial boards and commissions.

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 28th Parl. March 25, 1970, at pp. 5470-71; see also A.G. Factum, at para. 79; *Khosa*, at para. 34.)

However, the very broad statutory definition in s. 2 of “federal board, commission or other tribunal” goes well beyond what are usually thought of as “boards and commissions” and its very breadth belatedly (and perhaps unintentionally) precipitated the *Grenier* controversy about how to

régimes de réglementation fédérale, le sentiment qu’une [TRADUCTION] « perspective nationale » s’imposait en matière de contrôle judiciaire et des préoccupations concernant le manque d’uniformité dans l’exercice du pouvoir de surveillance des différentes cours supérieures provinciales du pays sur les offices fédéraux (voir D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 2:4100). Le législateur a donc transformé radicalement l’ancienne Cour de l’Échiquier pour créer la Cour fédérale et il a établi une nouvelle procédure, qui a conféré à la Cour fédérale son pouvoir de surveillance sur les décideurs fédéraux.

[50] En 1970, le ministre de la Justice a souligné que la question qui préoccupait le législateur était celle de la surveillance (non de l’indemnisation) et qu’il s’inquiétait plus particulièrement de la fragmentation du contrôle judiciaire exercé sur les organismes juridictionnels fédéraux. Ainsi, une décision importante de l’Office national de l’énergie, p. ex., aurait pu être jugée valide et confirmée par la cour supérieure d’une province, mais annulée par une cour supérieure d’une autre province :

Cette surveillance multiple [par les cours provinciales], en l’absence d’uniformité dans la jurisprudence et son application, peut nuire sérieusement non seulement aux offices et commissions eux-mêmes, mais aussi à ceux qui comparaissent devant eux. [. . .] Pour cette raison [. . .] on a jugé que ce pouvoir de surveillance ne devait être conféré qu’à une seule cour dont la juridiction est d’ordre national, comme celle des offices, commissions et tribunaux fédéraux eux-mêmes. Le bill est donc destiné à établir sur une base unique et uniforme le pouvoir de surveillance exercé sur les commissions et offices fédéraux et à les placer sur le même pied sous ce rapport que les commissions et offices provinciaux.

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 28^e lég., 25 mars 1970, p. 5470-5471; voir aussi le mémoire du P.G., au par. 79; *Khosa*, par. 34.)

Toutefois, la définition extrêmement large d’« office fédéral » figurant à l’art. 2 dépasse largement l’idée qu’on se fait généralement de ce concept, et sa très vaste portée a provoqué plus tard (peut-être de façon involontaire) la controverse en cause dans *Grenier* sur la façon de traiter le chevauchement de l’objet

prioritize the overlapping subject matter shared by judicial review and the trial of common law claims for compensation based on fault. The grant of concurrent jurisdiction in s. 17 does not negate the possibility of inconsistency, but Parliament has agreed to live with the possibility in the interest of easier access to justice.

(ii) The Statutory Text

[51] The grant of *exclusive* jurisdiction to judicially review federal decision makers is found in s. 18 of the *Federal Courts Act* and is expressed in terms of particular remedies:

18. (1) Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

[52] All of the remedies listed in s. 18(1)(a) are traditional administrative law remedies, including the four prerogative writs — *certiorari*, prohibition, *mandamus* and *quo warranto* — and declaratory and injunctive relief in the administrative law context. Section 18 does not include an award of damages. If a claimant seeks compensation, he or she cannot get it on judicial review. By the same token, the plaintiff in a damages action is not entitled to add a supplementary claim for a declaration or injunction to prevent the government from acting on a decision said to be tainted by illegality. That is the domain of the Federal Court.

du contrôle judiciaire et de l'instruction des demandes d'indemnisation en common law fondées sur la faute. L'octroi d'une compétence concurrente à l'art. 17 n'écarte pas la possibilité de jugements contradictoires, mais le législateur a accepté de composer avec ce risque au nom d'un meilleur accès à la justice.

(ii) Le libellé de la loi

[51] L'attribution de la compétence *exclusive* en matière de contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale figure à l'art. 18 de la *LCF*, et elle est énoncée sous forme de recours particuliers :

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

[52] Tous les recours énumérés à l'al. 18(1)a) sont des recours classiques du droit administratif, y compris les quatre brefs de prérogative — *certiorari*, *mandamus*, prohibition et *quo warranto* — et les demandes d'injonction et de jugement déclaratoire en droit administratif. L'article 18 ne prévoit pas l'octroi de dommages-intérêts. L'indemnisation n'est pas possible dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire. De même, on ne peut, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, demander par surcroît un jugement déclaratoire ou une injonction visant à empêcher la mise en œuvre d'une décision administrative prétendument illégale. Pareille demande est du ressort de la Cour fédérale.

(iii) Reading the Act as a Whole

[53] There is much internal evidence in ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* to indicate that Parliament could not have intended judicial review to have the gatekeeper function envisaged by *Grenier*.

[54] As mentioned, the 30-day limitation period for judicial review applications under s. 18.1(2) of the *Federal Courts Act* is one such indication. Such a short limitation is consistent with a quick and summary judicial review procedure — but not a damages action. TeleZone's action in Ontario would have a six-year limitation. A 30-day cut off for a damages claimant would be unrealistic. The claimant may not be in a position to apply for judicial review within the limitation period. The facts necessary to ground a civil cause of action may not emerge until after 30 days have passed.

[55] The 30-day limit can be extended by order of a Federal Court judge (s. 18.1(2)) but the extension is discretionary, and would subordinate the fate of a civil suit brought in a superior court to the discretion of a Federal Court judge ruling upon a request for an extension of time for reasons that have to do with public law concerns, not civil damages. In practical terms, the effect of the *Grenier* argument would be to impose a discretionary limitation period (determined by the Federal Court) on actions for damages against the Crown in a provincial superior court, an outcome which, in my opinion, Parliament cannot have intended. Apart from anything else, it undermines s. 39 of the *Federal Courts Act*, which provides that, ordinarily, claims against the Crown in the Federal Court are subject to the limitation period applicable “between subject and subject” in the province where the claim arose, or six years in respect of a “cause of action arising otherwise than in a province”.

(iii) Interprétation de la loi dans son ensemble

[53] Beaucoup d'éléments intrinsèques des art. 18 et 18.1 de la *LCF* indiquent que le législateur ne peut avoir eu l'intention de faire du contrôle judiciaire une épreuve préliminaire comme le laisse entrevoir l'arrêt *Grenier*.

[54] Comme je l'ai mentionné, le délai de 30 jours applicable à la présentation des demandes de contrôle judiciaire sous le régime du par. 18.1(2) de la *LCF* constitue l'un de ces éléments. Un délai aussi court convient à une procédure sommaire et expéditive de contrôle judiciaire, mais non à une action en dommages-intérêts. Le délai de prescription applicable à l'action de TeleZone en Ontario est de six ans. Il ne serait pas réaliste qu'une action en dommages-intérêts se prescrive par 30 jours. Il se pourrait qu'un demandeur ne soit pas en mesure de déposer sa demande de contrôle judiciaire dans un tel délai. Les faits nécessaires pour fonder un recours civil peuvent fort bien n'être connus qu'après 30 jours.

[55] Un juge de la Cour fédérale peut proroger par ordonnance le délai de 30 jours (par. 18.1(2)), mais il s'agit là d'une décision discrétionnaire, et l'issue d'une action civile intentée devant une cour supérieure serait ainsi subordonnée au pouvoir discrétionnaire d'un juge de la Cour fédérale statuant sur une demande de prorogation de délai en fonction de considérations de droit public et non de facteurs propres aux dommages-intérêts de droit civil. Concrètement, l'argument tiré de l'arrêt *Grenier* mènerait à l'application d'un délai de prescription discrétionnaire (fixé par la Cour fédérale) aux actions en dommages-intérêts contre la Couronne (intentées devant une cour supérieure provinciale), un résultat qui, à mon avis, ne peut correspondre à l'intention du législateur. Indépendamment de toute autre considération, ce résultat contrecarrerait l'art. 39 de la *LCF* selon lequel, règle générale, les instances introduites contre la Couronne devant la Cour fédérale sont assujetties aux règles de prescription régissant « les rapports entre particuliers » dans la province où le fait générateur de l'instance s'est produit ou se prescrit par six ans à compter du fait générateur « lorsque celui-ci n'est pas survenu dans une province ».

[56] As recently affirmed in *Khosa*, the grant of relief on judicial review is in its nature discretionary and may be denied even if the applicant establishes valid grounds for the court's intervention:

... the language of s. 18.1 generally sets out threshold grounds which permit but do not require the court to grant relief. Whether or not the court should exercise its discretion in favour of the application will depend on the court's appreciation of the respective roles of the courts and the administration as well as the "circumstances of each case". [para. 36]

See also *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at pp. 592-93; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at p. 372. Such an approach does not align well with the paradigm of a common law action for damages where, if the elements of the claim are established, compensation ought generally to follow as a matter of course. In judicial review, "the discretionary nature of the courts' supervisory jurisdiction reflects the fact that unlike private law, its orientation is not, and never has been, directed exclusively to vindicating the rights of individuals" (Brown and Evans, at para. 3:1100).

(iv) The 1990 Amendments to the *Federal Courts Act*

[57] The current version of s. 17 of the *Federal Courts Act*, which only came into force on February 1, 1992, allows parties to institute civil claims against the Federal Crown in the superior courts of the provinces. For ease of reference, I repeat the operative language:

17. (1) Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

The grant of jurisdiction is thus framed in terms of relief, i.e., "all cases in which relief is claimed" except as otherwise provided. Section 18(1) otherwise provides in relation to the specific forms of relief listed therein. Section 18(3) of the Act expressly provides that *remedies in the nature*

[56] Notre Cour a récemment confirmé, dans *Khosa*, la nature discrétionnaire des décisions en matière de contrôle judiciaire et indiqué qu'une demande de contrôle peut être rejetée même lorsque le demandeur a établi l'existence de motifs qui justifieraient l'intervention de la cour :

... l'art. 18.1 énonce en termes généraux les motifs qui autorisent la Cour à prendre une mesure, sans lui en imposer l'obligation. La question de savoir si la cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder réparation dépendra de son appréciation des rôles respectifs des cours de justice et des organismes administratifs ainsi que des « circonstances de chaque cas ». [par. 36]

Voir aussi *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, p. 592-593; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 372. Cette approche ne concorde pas avec le paradigme de l'action en dommages-intérêts de la common law, suivant lequel la preuve des éléments de la demande entraîne normalement l'indemnisation. En matière de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « la nature discrétionnaire du pouvoir de surveillance des tribunaux témoigne du fait que, contrairement au droit privé, il n'est pas et n'a jamais été axé exclusivement sur la défense des droits des particuliers » (Brown et Evans, par. 3:1100).

(iv) Les modifications apportées à la *Loi sur les Cours fédérales* en 1990

[57] La version actuelle de l'art. 17 de la *LCF*, qui n'est entré en vigueur que le 1^{er} février 1992, permet d'intenter des poursuites civiles contre la Couronne fédérale devant les cours supérieures provinciales. Par souci de commodité, j'en reproduis les termes essentiels :

17. (1) Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

La compétence accordée est donc axée sur la réparation, c.-à-d. qu'elle est attribuée « dans les cas de demande de réparation », sauf disposition contraire. Le paragraphe 18(1) constitue une disposition contraire en ce qui concerne les formes de réparations qui y sont énumérées. Selon le par. 18(3), les

of judicial review “may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1”. The *Federal Courts Act* lists no other relevant exclusions from s. 17, and we have not been referred to any other Act of Parliament having a bearing on this subject.

[58] As the Minister of Justice stated in 1989 before the Legislation Committee examining Bill C-38, which resulted in, among other changes, today’s version of s. 17:

[W]e have made provision in the bill whereby ordinary common law and civil law actions for relief against the federal Crown, which are presently the exclusive jurisdiction of the Federal Court, may also be heard by provincial courts. Such provision acknowledges the fact that the Federal Court possesses no unique expertise in areas of ordinary contract and tort law. [The Minister here went on to describe the practical jurisdictional and procedural problems created by the Federal Court’s prior exclusive jurisdiction over federal authorities.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-38*, No. 1, 2nd Sess., 34th Parl., November 23, 1989, at pp. 14-15)

On second reading of the Bill, the Minister again emphasized that the purpose of the amendments was to allow the plaintiffs to sue the federal Crown in either the provincial superior courts or the Federal Court:

For example, a person should be able to sue the Crown in a suitably convenient court for breach of contract to purchase goods or for negligent driving by a Crown employee that causes injuries to another motorist. At the moment, such actions can only be brought in the Federal Court. However, it is not as available as provincial courts.

Moreover, for both citizen and lawyer alike, provincial courts, including their procedures and personnel, are much more familiar.

Therefore, the Federal Court is often not the most convenient one for the private litigant. With this in

recours de la nature d’un contrôle judiciaire « sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire ». La *LCF* ne prévoit aucune autre exclusion qui limiterait la portée de l’art. 17, et on n’a porté à notre attention aucune autre loi fédérale qui aurait cet effet.

[58] Voici ce que le ministre de la Justice a déclaré en 1989 devant le comité législatif chargé de l’examen du projet de loi C-38 qui est à l’origine, notamment, de la version actuelle de l’art. 17 :

[N]ous avons inséré, dans ce projet de loi, une disposition permettant également aux tribunaux judiciaires des provinces d’instruire des litiges ordinaires, de common law et de droit civil, visant à obtenir réparation de la Couronne. Ces litiges relèvent actuellement de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Cette disposition reconnaît que la Cour fédérale ne possède pas de connaissances spécialisées en matière de contrats et en matière d’actes délictuels. [Le Ministre a ensuite décrit les problèmes pratiques d’ordre juridictionnel ou procédural posés par l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale sur les autorités fédérales.]

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-38*, n° 1, 2^e sess., 34^e lég., 23 novembre 1989, p. 14-15)

Lors de la deuxième lecture du projet de loi, le ministre a souligné de nouveau que les modifications visaient à permettre à un demandeur de poursuivre la Couronne fédérale soit devant une cour supérieure provinciale, soit devant la Cour fédérale :

Par exemple, une poursuite fondée sur le bris d’un contrat d’achat de marchandises ou sur des blessures causées à un automobiliste par la négligence au volant d’un préposé de la Couronne devrait pouvoir être intentée devant le tribunal qui convient le mieux au demandeur. Actuellement, seule la Cour fédérale peut entendre de telles actions. Or, elle n’est pas aussi accessible que les cours provinciales.

De plus, citoyens et avocats connaissent mieux les cours provinciales, y compris leurs règles de pratique et leur personnel.

Il est donc évident que souvent la Cour fédérale n’est pas le tribunal qui convient le mieux aux parties privées.

mind, the government has proposed that both the provincial courts and the Federal Court share jurisdiction with respect to such actions, thereby generally giving a plaintiff a choice of forum. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 2nd Sess., 34th Parl., November 1, 1989, at p. 5414)

[59] The effect of the argument of the Attorney General, if accepted, would be to undermine the purpose and intended effect of the 1990 amendment by retaining in the Federal Court exclusive jurisdiction over a key element of many causes of action proceeding in the provincial courts despite the promise to give plaintiffs a “choice of forum” and to make available relief in the provincial superior courts that may be more “familiar” to litigants.

F. *The Doctrine of Collateral Attack*

[60] The Attorney General contends that to permit TeleZone to proceed with its claim in the provincial superior court in the absence of prior judicial review would be to allow an impermissible “collateral attack” on the Minister’s decision. The Court has described a collateral attack as

an attack made in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment.

(*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, at p. 599)

[61] The rule is a judicial creation (which must therefore yield to a contrary legislative enactment) based on general considerations related to the administration of justice, as explained in *Garland v. Consumers’ Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, at para. 72:

The fundamental policy behind the rule against collateral attack is to “maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice” (*R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, at p. 349). The idea is that if a party could avoid the consequences of an order issued against it by going to another forum, this would undermine the integrity of the justice system. Consequently, the doctrine is intended to prevent a party from circumventing the effect of a decision rendered against it. [Emphasis added.]

C’est pourquoi le gouvernement propose que les cours provinciales et la Cour fédérale se partagent la compétence relative à ce type d’actions. Ceci donnerait généralement au demandeur le choix du tribunal. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 2^e sess., 34^e lég., 1^{er} novembre 1989, p. 5414)

[59] S’il était retenu, l’argument du procureur général compromettrait l’objet et le but des modifications de 1990, en maintenant l’exclusivité juridictionnelle de la Cour fédérale à l’égard d’un élément fondamental de nombreux recours instruits devant les cours provinciales, en dépit de la promesse de donner au demandeur « le choix du tribunal » et de permettre aux parties l’accès aux cours supérieures provinciales que, vraisemblablement, elles « connaissent mieux ».

F. *La règle relative à la contestation indirecte*

[60] Selon le procureur général, permettre à TeleZone de faire trancher sa demande par la cour supérieure provinciale sans contrôle judiciaire préalable, c’est autoriser la « contestation indirecte » de la décision du ministre, ce qui est interdit. Notre Cour a décrit une contestation indirecte comme

une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l’infirmité, la modification ou l’annulation de l’ordonnance ou du jugement.

(*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, p. 599)

[61] Il s’agit d’une règle d’origine jurisprudentielle (qui doit donc céder le pas à un texte de loi contraire) fondée sur des considérations générales ayant trait à l’administration de la justice, comme l’explique l’arrêt *Garland c. Consumers’ Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, au par. 72 :

La règle interdisant les contestations indirectes a pour objet fondamental de « maintenir la primauté du droit et [de] préserver la considération dont jouit l’administration de la justice » (*R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, p. 349). On estime que l’intégrité du système de justice serait compromise si une partie pouvait échapper aux conséquences d’une ordonnance prononcée contre elle en s’adressant à un autre tribunal. La règle vise donc à empêcher une partie de contourner les effets d’une décision prononcée contre elle. [Je souligne.]

[62] In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, the criminal case referred to in *Garland*, the Court declined to apply the rule against collateral attack. In *Garland* itself, class action plaintiffs brought a claim against a gas company seeking restitution on the grounds of unjust enrichment of late payment penalties previously approved by the Ontario Energy Board. In its defence, the gas company argued that the claim for restitution was a collateral attack on the Board's order. The defence failed.

[63] I do not think the Attorney General's collateral attack argument can succeed on this appeal for three reasons. Firstly, as Borins J.A. pointed out in his scholarly judgment, the doctrine of collateral attack may be raised by the Attorney General in the provincial superior court as a defence if he or she believes that, in the particular circumstances, to do so is appropriate. However, the possible availability of the defence is not an argument against provincial superior court jurisdiction. Nor does it justify inserting the Federal Court into every claim for damages predicated on an allegation that the government's decision that caused the loss was "invalid or unlawful".

[64] Secondly, TeleZone is not seeking to "avoid the consequences of [the ministerial] order issued against it" (*Garland*, at para. 72). On the contrary, the ministerial order and the financial losses allegedly consequent on that order constitute the foundation of the damages claim. This was the result in *Garland* itself, where Iacobucci J. held for the Court:

Based on a plain reading of this rule, the doctrine of collateral attack does not apply in this case because here the specific object of the appellant's action is not to invalidate or render inoperative the Board's orders, but rather to recover money that was illegally collected by the respondent as a result of Board orders. Consequently, the collateral attack doctrine does not apply. [Emphasis added; para. 71.]

[62] Dans *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, l'affaire criminelle mentionnée dans *Garland*, notre Cour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans *Garland*, il s'agissait d'un recours collectif contre une société gazière dans lequel les demandeurs invoquaient l'enrichissement sans cause pour réclamer la restitution de pénalités pour paiement tardif approuvées par la Commission de l'énergie de l'Ontario (« Commission »). La société gazière a fait valoir en défense que la demande de restitution constituait une contestation indirecte de la décision de la Commission. Ce moyen de défense a été rejeté.

[63] Trois motifs m'amènent à rejeter l'argument du procureur général concernant la contestation indirecte. Premièrement, comme l'a souligné le juge Borins dans son savant jugement, le procureur général peut invoquer la doctrine de la contestation indirecte en défense devant la cour supérieure provinciale, s'il le juge opportun compte tenu des circonstances. La possibilité de recourir à ce moyen de défense ne peut cependant étayer la thèse de l'incompétence de la cour supérieure provinciale. Elle ne justifie pas non plus l'intervention de la Cour fédérale dans toutes les demandes de dommages-intérêts fondées sur la prétention que la décision de l'administration publique à l'origine de la perte était « nulle ou illégale ».

[64] Deuxièmement, TeleZone ne cherche pas à « échapper aux conséquences d'une ordonnance [du ministre] prononcée contre elle » (*Garland*, par. 72). Au contraire, elle fait de la décision du ministre et des pertes pécuniaires qui en auraient résulté les assises mêmes de sa demande de dommages-intérêts. C'est la conclusion qui a été tirée dans *Garland*, où le juge Iacobucci a déclaré, au nom de notre Cour :

Simplement en la lisant, on constate que la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas en l'espèce parce que l'action de l'appelant a pour objet précis non pas d'invalider ou de rendre inopérantes les ordonnances de la Commission, mais plutôt de recouvrer les sommes que l'intimée a perçues illégalement à la suite de ces ordonnances. Par conséquent, la règle interdisant les contestations indirectes ne s'applique pas. [Je souligne; par. 71.]

[65] Similarly in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, Arbour J. declined to apply the collateral attack doctrine in a case arising out of a grievance arbitration where CUPE sought to challenge the underlying facts of a conviction of one of its members for sexual assault. Arbour J. reasoned that the Union's argument was "an implicit attack on the correctness of the factual basis of the decision, not a contest about whether that decision has legal force, as clearly it does" (para. 34).

[66] Thirdly, the Attorney General's argument fails even if one takes a more expansive view of the doctrine of collateral attack, as does Professor David Mullan:

The cause of action [in *Garland*] depended necessarily on establishing the invalidity of the Board's order on which the utility was relying in collecting interest. If the order had been valid, there would have been no cause of action. This was in every sense a collateral attack on the Board's orders. Collateral attack is not and never has been confined to situations where the challenge is by way of resistance to the enforcement of an order. It is also implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based. . . . [Emphasis added.]

(D. J. Mullan, "Administrative Law Update — 2008-2009", prepared for the Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, October 2009, at p. 1.1.22.)

In Professor Mullan's view, the Court in *Garland* should have taken what he sees as the more principled route of applying the factors in *Consolidated Maybrun* to determine whether the collateral attack was of a permissible variety. In that case, as set out in the judgment of L'Heureux-Dubé J., the appropriate factors to apply in determining whether the Court is confronted with an impermissible collateral attack on an administrative order are (1) the wording of the statute from which the power to issue the order derives; (2) the purpose of the legislation; (3) the availability of an appeal; (4) the nature of

[65] De même, dans *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, la juge Arbour a refusé d'appliquer la règle interdisant les contestations indirectes. Dans cette affaire découlant de l'arbitrage d'un grief, le SCFP contestait les faits à l'origine de la déclaration de culpabilité d'un de ses membres pour agression sexuelle. La juge Arbour a dit de l'argument du syndicat qu'il s'agissait « d'une attaque implicite du bien-fondé factuel de la décision, non pas de la contestation de la validité juridique de celle-ci, puisqu'elle est manifestement valide » (par. 34).

[66] Troisièmement, l'argument du procureur général n'est pas fondé même si, comme le professeur David Mullan, on attribue une portée étendue à la règle interdisant les contestations indirectes :

[TRADUCTION] Pour établir la cause d'action [dans *Garland*], il fallait démontrer l'invalidité de l'ordonnance de la Commission sur laquelle le service public s'appuyait pour percevoir des intérêts. Il n'y aurait pas eu de cause d'action si l'ordonnance avait été valide. Il s'agissait à tous égards d'une contestation indirecte des ordonnances de la Commission. La contestation indirecte ne consiste pas et n'a jamais consisté seulement, à s'opposer à l'exécution d'une ordonnance. Elle est aussi en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours. . . . [Je souligne.]

(D. J. Mullan, « Administrative Law Update — 2008-2009 », préparé pour la Continuing Legal Education conference, *Administrative Law Conference—2009*, octobre 2009, p. 1.1.22.)

Selon le professeur Mullan, la Cour aurait dû emprunter, dans *Garland*, la voie la plus rationnelle, à son avis, en appliquant les facteurs énoncés par la juge L'Heureux-Dubé dans *Consolidated Maybrun* pour déterminer si la contestation indirecte d'une ordonnance administrative est interdite ou peut être autorisée. Ces facteurs sont : (1) les termes de la loi dont découle le pouvoir de rendre l'ordonnance; (2) l'objectif de la loi; (3) l'existence d'un droit d'appel; (4) la nature de la contestation indirecte eu égard à l'expertise du tribunal et à sa raison d'être (notamment, à la question de savoir si « le législateur a

the collateral attack in light of the tribunal's expertise and *raison d'être* (including whether "the legislature intended to confer jurisdiction to hear and determine the question raised"); and (5) the penalty on a conviction for failing to comply with the order (paras. 45, 50-51 and 62). These factors have also been applied in the civil context; see, generally, K. Horsman and G. Morley, eds., *Government Liability: Law and Practice* (loose-leaf), at p. 11-9.

[67] Judicial doctrine necessarily yields to a contrary statutory enactment. Accepting, as Professor Mullan puts it, at p. 1.1.22, that the rule against collateral attack may be "implicated in situations where someone, in asserting a civil claim for monetary or other relief, needs to attack a law or order that the defendant is advancing as justification for the actions on which the plaintiff's claim is based", the s. 17 statutory grant of concurrent jurisdiction again defeats the Attorney General's submission. This is because the claimant's "need to attack a law or order" is essential to its cause of action, and adjudication of that allegation (even if raised by way of reply) is a necessary step in disposing of the claim. Parliament has stated that provincial superior courts possess the concurrent necessary jurisdiction to dispose of the whole of such a claim, not just part of it.

[68] In summary, I agree with Borins J.A. that the *Grenier* approach cannot be justified by the rule against collateral attack.

G. *The Defence of Statutory Authority*

[69] It would also be open to the Crown, by way of defence to a damages action, to argue that the government decision maker was acting under a statutory authority which precludes compensation for consequent losses. This, again, is a matter of defence, not jurisdiction. It is a hurdle facing any claimant. Governments make discretionary decisions all the time which will inflict losses on people or businesses without conferring any cause of action known to the law.

voulu donner juridiction pour entendre et trancher la question soulevée »); (5) la sanction imposable pour défaut d'avoir respecté l'ordonnance (par. 45, 50, 51 et 62). Les cours de justice ont aussi appliqué ces facteurs en matière civile : voir, de façon générale, K. Horsman et G. Morley, dir., *Government Liability : Law and Practice* (feuilles mobiles), p. 11-9.

[67] Une règle jurisprudentielle cède forcément le pas à un texte de loi contraire. Si l'on admet, pour reprendre les propos tenus par le professeur Mullan à la p. 1.1.22, que la règle interdisant les contestations indirectes peut être [TRADUCTION] « en cause dans des cas où le demandeur dans un recours civil visant l'obtention d'une réparation pécuniaire ou autre doit attaquer une loi ou une ordonnance que le défendeur invoque pour justifier les mesures sur lesquelles le demandeur fonde son recours », l'attribution d'une compétence concurrente à l'art. 17 contredit elle aussi l'argument du procureur général. Il en est ainsi parce qu'il est essentiel pour le demandeur d'« attaquer une loi ou une ordonnance » pour établir sa cause d'action, et qu'il faut statuer sur cette allégation (même si elle est faite en réplique) pour rendre une décision sur la demande. Le législateur a spécifié que les cours supérieures provinciales disposent de la compétence concurrente voulue pour trancher pareille demande dans son intégralité, et pas seulement en partie.

[68] En résumé, je partage l'opinion du juge Borins que la règle interdisant les contestations indirectes ne peut justifier l'approche proposée dans *Grenier*.

G. *La défense de pouvoir d'origine législative*

[69] La Couronne pourrait également faire valoir, en défense à une action en dommages-intérêts, que la décision administrative procède de l'exercice d'un pouvoir d'origine législative qui exclut l'indemnisation des pertes pouvant en résulter. Il s'agit là encore d'une question qui a trait à la défense, non à la compétence. Tout demandeur peut se voir opposer ce moyen. L'administration publique prend continuellement des décisions discrétionnaires qui causent des pertes à des particuliers ou à des entreprises sans qu'il en résulte une cause d'action reconnue en droit.

[70] In a case of nuisance, for example, the claimant property owner may have all the elements of a good common law action in nuisance yet be defeated by the defence that the government was authorized to do what it did and that collateral damage to the claimant was an inevitable result of the authority so provided. See, e.g., P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 139, and Horsman and Morley, at p. 6-41.

[71] However, as stated earlier, the defence of “statutory authority” will not always provide a complete answer to a damages claim. In some cases, the outcome may depend on whether the statute either explicitly or implicitly authorized the act that caused the harm. In *Tock v. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 S.C.R. 1181, Sopinka J. pointed out, referring to the dictum of Viscount Dunedin in *City of Manchester v. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), that there may be “alternate methods of carrying out the work [that would have avoided the loss]. The mere fact that one is considerably less expensive will not avail. If only one method is practically feasible, it must be established that it was practically impossible to avoid the nuisance” (p. 1226). Reference should also be made to the qualifying observation of what is “practically impossible” made by Viscount Dunedin and quoted by Sopinka J., at p. 1224:

The onus of proving that the result is inevitable is on those who wish to escape liability for nuisance, but the criterion of inevitability is not what is theoretically possible but what is possible according to the state of scientific knowledge at the time, having also in view a certain common sense appreciation, which cannot be rigidly defined, of practical feasibility in view of situation and of expense. [Emphasis added.]

This caveat, also quoted by Wilson J., at p. 1213 of *Tock*, was the subject of some disagreement on the Court, an issue that need not detain us. The issue of statutory authority does not go to the jurisdiction of the provincial superior courts. That is all that needs to be decided here.

[70] Dans un cas de nuisance, par exemple, un propriétaire capable d’établir tous les éléments d’une action pour nuisance en common law pourrait quand même être débouté s’il est établi que l’administration publique avait le pouvoir d’agir comme elle l’a fait et que les dommages indirects subis par le demandeur sont le résultat inévitable de l’exercice de ce pouvoir. Voir, notamment, P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 139, et Horsman et Morley, p. 6-41.

[71] Comme on l’a vu, toutefois, la défense de « pouvoir d’origine législative » ne fournira pas toujours une défense complète à une action en dommages-intérêts. Dans certains cas, l’issue peut dépendre de la question de savoir si la loi autorise explicitement ou implicitement le fait générateur de dommages. Dans *Tock c. St. John’s Metropolitan Area Board*, [1989] 2 R.C.S. 1181, le juge Sopinka a précisé, en mentionnant les propos du vicomte Dunedin dans *City of Manchester c. Farnworth*, [1930] A.C. 171 (H.L.), qu’il peut exister un « autre moyen d’exécuter l’ouvrage [qui aurait permis d’éviter la perte]. Le simple fait qu’un moyen soit considérablement moins onéreux ne sera pas retenu. S’il n’existe qu’un seul moyen réalisable sur le plan pratique, il faut établir qu’il était pratiquement impossible d’éviter la nuisance » (p. 1226). Il convient également de signaler la nuance apportée par le vicomte Dunedin au sujet de ce qui est « pratiquement impossible », citée par le juge Sopinka, à la p. 1224 :

[TRADUCTION] Le fardeau d’établir que le résultat est inévitable incombe à ceux qui désirent se dégager de leur responsabilité à l’égard de la nuisance, mais le critère du caractère inévitable de la nuisance n’est pas ce qui est théoriquement possible mais ce qui est possible suivant l’état des connaissances scientifiques à l’époque, compte tenu également d’une saine appréciation, qu’on ne peut pas définir de façon précise, de la possibilité pratique de réalisation étant donné la situation et le coût. [Je souligne.]

Notre Cour était divisée au sujet de cette nuance, également citée par la juge Wilson à la p. 1213 de l’arrêt *Tock*, mais il n’y a pas lieu que nous nous y arrêtions en l’espèce. La question du pouvoir d’origine législative n’a pas d’incidence sur la compétence des cours supérieures provinciales. C’est la seule conclusion nécessaire en l’espèce.

[72] It is sufficient to say that it is always open to the Crown to argue the defence of statutory authority; see, e.g., in s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*:

Nothing in sections 3 to 7 makes the Crown liable in respect of anything done or omitted in the exercise of any power or authority that, if those sections had not been passed, would have been exercisable by virtue of the prerogative of the Crown, or any power or authority conferred on the Crown by any statute

The defence of statutory authority is regularly interpreted and applied by the provincial superior courts: see, e.g., *Sutherland v. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, leave to appeal refused, [2003] 1 S.C.R. xi (*sub nom. Jones v. Attorney General of Canada*); *Lake v. St. John's (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman v. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco v. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (Ont. S.C.J.); *Landry v. Moncton (City)*, 2008 NBCA 32, 329 N.B.R. (2d) 212.

[73] I give an example. In *Ryan v. Victoria (City)*, the “inevitable result” defence was tested in a claim for damages arising out of road works. Mr. Ryan, a motorcyclist, sued the municipality and a railway for negligence and nuisance after he was injured while crossing tracks in an urban area. The front wheel of the plaintiff’s motorcycle got caught in the flangeway gap of the rail whose width was at the upper end of the allowed range set by the applicable regulation. The defence argued statutory authority. Writing for a unanimous Court, Major J. noted that “[s]tatutory authority provides, at best, a narrow defence to nuisance” (para. 54), and rejected it on the facts of the case.

[74] For present purposes, we need go no further than to repeat that “statutory authority” is an argument that goes to defence, not jurisdiction. If the provincial superior court (or the Federal Court under s. 17) finds that the government has a good

[72] Il suffit de dire que la Couronne peut toujours se prévaloir de la défense de pouvoir d’origine législative : voir, p. ex., l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* :

Les articles 3 à 7 n’ont pas pour effet d’engager la responsabilité de l’État pour tout fait — acte ou omission — commis dans l’exercice d’un pouvoir qui, sans ces articles, s’exercerait au titre de la prérogative royale ou d’une disposition législative . . .

Les cours supérieures provinciales interprètent et appliquent régulièrement ce moyen de défense : voir, p. ex., *Sutherland c. Canada (Attorney General)*, 2002 BCCA 416, [2002] 10 W.W.R. 1, autorisation d’appel refusée, [2003] 1 R.C.S. xi (*sub nom. Jones c. Attorney General of Canada*); *Lake c. St. John’s (City)*, 2000 NFCA 48, 192 Nfld. & P.E.I.R. 84; *Neuman c. Parkland (County)*, 2004 ABPC 58, 36 Alta. L.R. (4th) 161; *Danco c. Thunder Bay (City)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 130 (C.S.J. Ont.); *Landry c. Moncton (Ville)*, 2008 NBCA 32, 329 R.N.-B. (2^e) 212.

[73] À titre exemple, dans l’affaire *Ryan c. Victoria (Ville)*, la Cour devait statuer sur la défense du « résultat inévitable » dans une action en dommages-intérêts intentée à la suite de travaux de voirie. M. Ryan poursuivait la municipalité et une société de chemin de fer en raison de blessures qu’il avait subies en traversant une voie ferrée à moto dans une zone urbaine. La roue avant de la moto s’était coincée dans l’ornière adjacente aux rails, dont la largeur approchait la valeur maximale permise par la réglementation. La défenderesse a invoqué un pouvoir d’origine législative. Rédigeant le jugement unanime de la Cour, le juge Major a fait remarquer que « [l]’autorisation du législateur fournit, au mieux, un moyen de défense limité contre la nuisance » (par. 54), et a rejeté ce moyen de défense compte tenu des faits en cause.

[74] Pour les besoins de la présente analyse, il nous suffit de réitérer que l’argument du « pouvoir d’origine législative » a trait à la défense, non à la compétence. Si la cour supérieure provinciale (ou la Cour fédérale, sous le régime de l’art. 17) conclut

defence based on statutory authority, it will simply dismiss the claimant's action.

H. *The Concern About "Artful Pleading"*

[75] The Crown contends that TeleZone's argument would risk putting judicial review of federal decision makers back in the provincial superior courts dressed up as damages claims. On this view the "artful pleader" will forum-shop by the way the case is framed. Of course, "artful pleaders" exist and they will formulate a claim in a way that best suits their clients' interests. However, no amount of artful pleading in a damages case will succeed in setting aside the order said to have harmed the claimant or enjoin its enforcement. Such relief is not available in the provincial superior court. The claimant must, as here, be content to take its money (if successful) and walk away leaving the order standing.

[76] Where a plaintiff's pleading alleges the elements of a private cause of action, I think the provincial superior court should not in general decline jurisdiction on the basis that the claim looks like a case that should be pursued on judicial review. If the plaintiff has a valid cause of action for damages, he or she is normally entitled to pursue it.

[77] In the U.K., a similar position has been expressed by the House of Lords in *Roy v. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, per Lord Bridge, at pp. 628-29:

... where a litigant asserts his entitlement to a subsisting right in private law, whether by way of claim or defence, the circumstance that the existence and extent of the private right asserted may incidentally involve the examination of a public law issue cannot prevent the litigant from seeking to establish his right by action

que l'administration publique est fondée à se réclamer d'un pouvoir d'origine législative, elle rejettera tout simplement l'action du demandeur.

H. *La question du « plaideur habile »*

[75] Le procureur général soutient que, si l'argument de TeleZone est retenu, les cours supérieures provinciales pourraient de nouveau procéder au contrôle judiciaire des décisions de l'administration fédérale, sous le couvert d'actions en dommages-intérêts. Selon ce point de vue, la façon dont un « plaideur habile » formulera sa demande lui permettra de choisir le tribunal qu'il préfère. Bien sûr, les « plaideurs habiles » existent, et ils formuleront la demande de la manière qui sert le mieux les intérêts de leurs clients. Néanmoins, quelle que soit leur habileté, elle ne leur permettra jamais d'obtenir, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, l'annulation ou l'exécution forcée de l'ordonnance administrative à laquelle le demandeur attribue son préjudice. Les cours supérieures provinciales ne peuvent pas accorder ce type de réparation. Comme en l'espèce, le demandeur doit (s'il a gain de cause) se contenter d'une indemnité et se résigner à ce que l'ordonnance continue d'avoir effet.

[76] Je pense que, lorsque le demandeur allègue les éléments d'une cause d'action en droit privé dans son argumentation devant une cour supérieure provinciale, celle-ci ne doit généralement pas décliner compétence au motif que l'action s'apparente à un recours qui doit être instruit comme une demande de contrôle judiciaire. Si le demandeur a une cause d'action valide en dommages-intérêts, il est normalement admis à exercer son recours à ce titre.

[77] Au Royaume-Uni, la Chambre des lords a exprimé une position semblable dans *Roy c. Kensington and Chelsea and Westminster Family Practitioner Committee*, [1992] 1 A.C. 624, le lord Bridge, aux p. 628-629 :

[TRADUCTION] ... lorsqu'une partie revendique un droit existant qui relève du droit privé, en demande ou en défense, le fait que l'existence et la portée de ce droit privé puissent soulever accessoirement une question de droit public ne l'empêche pas plus de faire reconnaître son droit en engageant une action par bref d'assignation

commenced by writ or originating summons, any more than it can prevent him from setting up his private law right in proceedings brought against him.

It is generally true here, as it is in the U.K., that a plaintiff is not required to bring an application for judicial review so long as private rights are legitimately engaged by the action. Under the English authorities, as in Canada, there is a special concern where the availability of judicial review depends on special leave, or is restricted by an abbreviated limitation period, or where the relief available on judicial review is discretionary (*Roy, per Lord Lowry*, at p. 654). See also P. P. Craig, *Administrative Law* (6th ed. 2008), at p. 869. These considerations echo the concerns already canvassed in rejecting the *Grenier* approach.

[78] To this discussion, I would add a minor *caveat*. There is always a residual discretion in the inherent jurisdiction of the provincial superior court (as well as in the Federal Court under s. 50(1) of its Act), to stay the damages claim because in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong. Generally speaking the fundamental issue will always be whether the claimant has pleaded a reasonable private cause of action for damages. If so, he or she should generally be allowed to get on with it.

I. *Application to the Facts*

[79] TeleZone is not attempting to nullify or set aside the Minister's order. Its case is that the Minister, in deciding not to issue a licence to TeleZone, acted in breach of his contractual and equitable duties or in breach of a duty of care. TeleZone does not say that the Minister's decision should be quashed. On the contrary, TeleZone's causes of action in contract, tort and equity are predicated on the finality of that decision excluding TeleZone from participation in the telecommunications market, thereby (it says) causing it financial loss. Nor does TeleZone seek to deprive

ou par assignation introductive d'instance, que de le faire valoir en défense.

Il s'avère généralement, ici comme au Royaume-Uni, que le demandeur n'a pas à déposer une demande de contrôle judiciaire si son action met légitimement en jeu des droits privés. Suivant les sources anglaises, comme les sources canadiennes, on se préoccupe particulièrement du fait que le contrôle judiciaire ne soit possible que sur autorisation spéciale, qu'il soit assorti d'un court délai de prescription ou que la réparation possible dans le cadre d'un contrôle judiciaire soit de nature discrétionnaire (*Roy*, le lord Lowry, p. 654). Voir aussi P. P. Craig, *Administrative Law* (6^e éd. 2008), p. 869. Ces considérations font écho à celles que nous avons examinées en rejetant la démarche proposée dans *Grenier*.

[78] J'apporterais cependant la réserve mineure suivante. Les cours supérieures provinciales conservent toujours, en raison de leur compétence inhérente (tout comme la Cour fédérale en vertu du par. 50(1) de la *LCF*), le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action en dommages-intérêts au motif qu'il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé. Règle générale, la question fondamentale consiste toujours à savoir si le demandeur a plaidé une cause d'action valable donnant ouverture à des dommages-intérêts de droit privé. Dans l'affirmative, il devrait généralement être admis à exercer son recours.

I. *Application aux faits*

[79] TeleZone ne cherche pas à obtenir l'annulation de la décision du ministre. Elle soutient que le ministre a manqué à ses obligations contractuelles et en equity ou à une obligation de diligence en ne lui délivrant pas de licence. Telezone ne soutient pas que la décision du ministre devrait être invalidée. Au contraire, ses causes d'action contractuelles, délictuelles et en equity sont fondées sur le caractère définitif de cette décision qui l'écarte du marché des télécommunications, lui causant ainsi une perte financière (selon ses dires). Elle ne cherche pas non plus à priver la décision du ministre de

the Minister's decision of any legal effect. It does not challenge the licences issued to its competitors. It does not seek to undo what was done. It complains about what was *not* done, namely fulfilment by Industry Canada of its alleged contractual and equitable duties and its duty of care towards TeleZone itself.

[80] To the extent that TeleZone's claim can be characterized as a collateral attack on the Minister's order (i.e., because the order failed to include TeleZone), I conclude, for the reasons discussed, that the grant of concurrent jurisdiction to determine claims against the Crown to the provincial superior courts negates any inference the Crown seeks to draw that Parliament intended the detour to the Federal Court advocated by *Grenier*. The TeleZone claim as pleaded is dominated by private law considerations. In a different case, on different facts, the Attorney General is free to raise "collateral attack" as a defence and the superior court will consider and deal with it.

V. Disposition

[81] The Superior Court of Ontario has jurisdiction over the parties and the subject matter, and has the power to grant the remedy of damages. There is nothing in the *Federal Courts Act* to prevent the Ontario Superior Court from adjudicating this claim. I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto.

ses effets juridiques. Elle ne conteste pas les licences délivrées à ses concurrents. Elle ne cherche pas à défaire ce qui a été fait. Elle se plaint de ce qui *n'a pas* été fait, soit d'un manquement aux obligations contractuelles, en equity et de diligence qu'Industrie Canada aurait eues envers Telezone.

[80] Dans la mesure où le recours de TeleZone peut être qualifié de contestation indirecte de l'arrêt du ministre (parce qu'il n'incluait pas TeleZone), j'estime, pour les motifs que j'ai exposés, que la compétence concurrente conférée aux cours supérieures provinciales en matière de recours contre la Couronne empêche de conclure, comme le procureur général nous y invite, que le législateur avait l'intention d'imposer le détour par la Cour fédérale préconisé dans *Grenier*. Tel qu'il a été présenté, le recours de TeleZone met principalement en jeu des questions de droit privé. Dans une affaire différente, reposant sur d'autres faits, le procureur général pourra invoquer le moyen de défense de la « contestation indirecte », et la cour supérieure statuera sur ce moyen.

V. Dispositif

[81] La Cour supérieure de l'Ontario a compétence sur les parties et sur l'objet du litige, et elle a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Aucune disposition de la *LCF* n'empêche la Cour supérieure de l'Ontario de statuer sur la demande. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelant : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto.

**Attorney General of Canada and
James Blackler also known as Jim
Blackler** *Appellants*

v.

Michiel McArthur *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia,
Roland Anglehart Sr., Roland Anglehart
Jr., Bernard Arseneault, Héliodore Aucoin,
Albert Benoît, Robert Boucher, Elide Bulger,
Gérard Cassivi, Jean-Gilles Chiasson,
Ludger Chiasson, Martin M. Chiasson, Rémi
Chiasson, 2973-0819 Québec inc., 2973-1288
Québec inc., 3087-5199 Québec inc., Robert
Collin, Roméo G. Cormier, Marc Couture,
Les Crustacées de Gaspé ltée, Lino Desbois,
Randy Deveau, Carol Duguay, Charles-Aimé
Duguay, Denis Duguay, Donald Duguay,
Marius Duguay, Edgar Ferron, Armand
Fiset, Livain Foulem, Claude Gionest, Jocelyn
Gionet, Simon J. Gionet, Aurèle Godin, Valois
Goupil, Aurélien Haché, Donald R. Haché,
Gaëtan Haché, Guy Haché, Jacques E. Haché,
Jason-Sylvain Haché, Jean-Pierre Haché,
Jacques A. Haché, René Haché, Rhéal Haché,
Robert F. Haché, Alban Hautcœur, Fernand
Hautcœur, Jean-Claude Hautcœur, Gregg
Hinkley, Jean-Pierre Huard, Réjean Leblanc,
Christian Lelièvre, Elphège Lelièvre, Jean-
Elie Lelièvre, Jules Lelièvre, Dassise Mallet,
Delphis Mallet, Francis Mallet, Jean-Marc
Marcoux, André Mazerolle, Eddy Mazerolle,
Gilles A. Noël, Lévis Noël, Martin Noël,
Nicolas Noël, Onésime Noël, Raymond Noël,
Francis Parisé, Domitien Paulin, Sylvain
Paulin, Pêcheries Denise Quinn Syvrais inc.,
Pêcheries François inc., Pêcheries Jean-Yan II
inc., Pêcheries Jimmy L. ltée, Pêcheries J.V.L.
ltée, Pêcheries Ray-L. inc., Les Pêcheries
Serge-Luc inc., Roger Pinel, Claude Poirier,**

**Procureur général du Canada et James
Blackler, aussi connu sous le nom de Jim
Blackler** *Appelants*

c.

Michiel McArthur *Intimé*

et

**Procureur général de la Colombie-
Britannique, Roland Anglehart père, Roland
Anglehart fils, Bernard Arseneault, Héliodore
Aucoin, Albert Benoît, Robert Boucher, Elide
Bulger, Gérard Cassivi, Jean-Gilles Chiasson,
Ludger Chiasson, Martin M. Chiasson, Rémi
Chiasson, 2973-0819 Québec inc., 2973-1288
Québec inc., 3087-5199 Québec inc., Robert
Collin, Roméo G. Cormier, Marc Couture,
Les Crustacées de Gaspé ltée, Lino Desbois,
Randy Deveau, Carol Duguay, Charles-Aimé
Duguay, Denis Duguay, Donald Duguay,
Marius Duguay, Edgar Ferron, Armand
Fiset, Livain Foulem, Claude Gionest, Jocelyn
Gionet, Simon J. Gionet, Aurèle Godin, Valois
Goupil, Aurélien Haché, Donald R. Haché,
Gaëtan Haché, Guy Haché, Jacques E. Haché,
Jason-Sylvain Haché, Jean-Pierre Haché,
Jacques A. Haché, René Haché, Rhéal Haché,
Robert F. Haché, Alban Hautcœur, Fernand
Hautcœur, Jean-Claude Hautcœur, Gregg
Hinkley, Jean-Pierre Huard, Réjean Leblanc,
Christian Lelièvre, Elphège Lelièvre, Jean-
Elie Lelièvre, Jules Lelièvre, Dassise Mallet,
Delphis Mallet, Francis Mallet, Jean-Marc
Marcoux, André Mazerolle, Eddy Mazerolle,
Gilles A. Noël, Lévis Noël, Martin Noël,
Nicolas Noël, Onésime Noël, Raymond Noël,
Francis Parisé, Domitien Paulin, Sylvain
Paulin, Pêcheries Denise Quinn Syvrais inc.,
Pêcheries François inc., Pêcheries Jean-Yan II
inc., Pêcheries Jimmy L. ltée, Pêcheries J.V.L.
ltée, Pêcheries Ray-L. inc., Les Pêcheries
Serge-Luc inc., Roger Pinel, Claude Poirier,**

Produits Belle Baie Itée, Adrien Roussel, Jean-Camille Roussel, Mathias Roussel, Steven Roussy, Mario Savoie, Succession of Jean-Pierre Robichaud, Succession of Lucien Chiasson, Succession of Sylva Haché, Jean-Marc Sweeney, Michel Turbide, Réal Turbide, Donat Vienneau, Fernand Vienneau, Livain Vienneau and Rhéal Vienneau *Interveniers*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. McARTHUR

2010 SCC 63

File No.: 33043.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown and federal official in Superior Court of Ontario seeking constitutional remedies and damages for wrongful or false imprisonment and for intentional or negligent infliction of emotional and mental distress — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Superior Court of Ontario without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

Between 1994 and 1999, M spent approximately four years and six months in solitary confinement, segregation or in a special handling unit on instructions of B or other federal employees for whom the Crown is responsible. He did not seek to set aside the prison orders, but some years later filed a statement of claim in the Ontario Superior Court seeking damages and alleging that his detention had been arbitrary and constituted cruel and unusual punishment, contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He claimed to have suffered severe emotional and psychological injury and harm. He also alleged that the decisions to place him in solitary confinement were made deliberately and maliciously or negligently. The Superior Court dismissed the claim on the basis of *Canada v. Grenier*, 2005 FCA

Produits Belle Baie Itée, Adrien Roussel, Jean-Camille Roussel, Mathias Roussel, Steven Roussy, Mario Savoie, succession de Jean-Pierre Robichaud, succession de Lucien Chiasson, succession de Sylva Haché, Jean-Marc Sweeney, Michel Turbide, Réal Turbide, Donat Vienneau, Fernand Vienneau, Livain Vienneau et Rhéal Vienneau *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. McARTHUR

2010 CSC 63

N^o du greffe : 33043.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

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

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action intentée contre la Couronne et un fonctionnaire fédéral devant la Cour supérieure de l'Ontario en vue d'obtenir des réparations constitutionnelles et des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal ou séquestration et trouble émotionnel et souffrance morale infligés délibérément ou par négligence — Le demandeur peut-il engager une action devant la Cour supérieure de l'Ontario sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

Entre 1994 et 1999, M a passé environ quatre ans et six mois en isolement cellulaire ou dans une unité spéciale de détention, sur l'ordre de B ou d'autres fonctionnaires fédéraux dont les actes engagent la responsabilité de la Couronne. Il n'a pas cherché à faire annuler les ordres d'isolement, mais quelques années plus tard, il a déposé une déclaration à la Cour supérieure de l'Ontario, réclamant des dommages-intérêts et affirmant que son isolement cellulaire était arbitraire et constituait une peine cruelle et inusitée, en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a dit avoir subi un préjudice émotionnel et psychologique grave. Il a aussi soutenu que les décisions ordonnant son isolement cellulaire avaient été prises de façon délibérée et avec malveillance ou par négligence. La Cour supérieure a rejeté la demande en se

348, [2006] 2 F.C.R. 287, but the Court of Appeal overturned the decision on the ground that relief by way of damages was available in the superior court.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, a textual, contextual and purposive interpretation of the *Federal Courts Act* does not support the view that a plaintiff who claims to have suffered compensable loss as a result of an administrative decision must first have the lawfulness of the decision determined by the Federal Court. Further, the *Federal Courts Act* does not prevent provincial superior court scrutiny of the constitutionality of the conduct of federal officials. Here, the Superior Court is authorized to consider the validity of M's detention in the context of his damages claim, as well as the impact, if any, of any valid detention orders on Crown liability. The collateral attack doctrine does not support the Attorney General's jurisdictional challenge in light of the explicit statutory grant of jurisdiction to the provincial superior courts in the *Federal Courts Act* where "relief is claimed against the [federal] Crown" as well as the provisions of the *Crown Liability and Proceedings Act*.

Cases Cited

Applied: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; **overruled:** *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 9, 12, 24(1).
Constitution Act, 1867, s. 101.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 3, 31, 32, 33.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, ss. 21, 22.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, mais la Cour d'appel a infirmé sa décision au motif qu'il était possible d'obtenir une réparation sous forme de dommages-intérêts en cour supérieure.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs exprimés dans *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la *Loi sur les Cours fédérales* n'étaye pas l'opinion selon laquelle un demandeur qui prétend avoir subi un préjudice indemnisable en raison d'une décision administrative doit d'abord demander à la Cour fédérale de se prononcer sur la légalité de la décision. De plus, la *Loi sur les Cours fédérales* n'empêche pas une cour supérieure provinciale de procéder à l'examen de la constitutionnalité de la conduite de fonctionnaires fédéraux. En l'espèce, la Cour supérieure peut examiner la validité de l'isolement de M dans le contexte de son action en dommages-intérêts, ainsi que les répercussions, le cas échéant, d'un ordre d'isolement valide sur la responsabilité de la Couronne. Le principe de l'interdiction des contestations indirectes n'étaye pas la contestation de la compétence des cours supérieures provinciales, par le procureur général, vu la compétence dans « les cas de demande de réparation contre la Couronne » fédérale que leur confère explicitement la *Loi sur les Cours fédérales* et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; **arrêt renversé :** *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 9, 12, 24(1).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 101.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 3, 31, 32, 33.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.
Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 21, 22.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin. L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, setting aside a decision of Pedlar J., 2006 CarswellOnt 9820. Appeal dismissed.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the appellants.

John A. Ryder-Burbidge, for the respondent.

Written submissions only for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Patrick Ferland and David Quesnel, for the interveners Roland Anglehart Sr. et al.

The judgment of the Court was delivered by

[1] BINNIE J. — The question raised by this appeal is whether a prison inmate who seeks damages in the Ontario Superior Court of Justice against federal prison authorities for arbitrary detention and alleged mistreatment over a decade ago must first seek judicial review in the Federal Court to quash the segregation orders that are the basis of his claim.

[2] As in the companion case of *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, released concurrently, the Attorney General of Canada characterizes the damages claim as a collateral attack on an administrative decision, here the segregation orders, and contests the jurisdiction of the provincial superior court to proceed unless and until the orders are set aside by the Federal Court. Until that happens, he says, the Crown and its servants are fully protected from liability by the statutory authority granted by the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. For the reasons given in *TeleZone*,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman), 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19, 303 D.L.R. (4th) 626, 245 O.A.C. 91, 86 Admin. L.R. (4th) 163, 40 C.E.L.R. (3d) 183, [2008] O.J. No. 5291 (QL), 2008 CarswellOnt 7826, qui a infirmé une décision du juge Pedlar, 2006 CarswellOnt 9820. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour les appellants.

John A. Ryder-Burbidge, pour l'intimé.

Argumentation écrite seulement pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Patrick Ferland et David Quesnel, pour les intervenants Roland Anglehart père et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE BINNIE — Le pourvoi soulève la question de savoir si, pour réclamer des dommages-intérêts contre les autorités carcérales fédérales devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour détention arbitraire et mauvais traitements prétendument subis il y a plus de 10 ans, un détenu doit au préalable présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale pour faire annuler les ordres d'isolement cellulaire sur lesquels repose son recours.

[2] Comme dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, tranché concurremment, le procureur général du Canada qualifie la demande de dommages-intérêts de contestation indirecte d'une décision administrative, en l'occurrence les ordres d'isolement, et conteste la compétence de la cour supérieure provinciale d'instruire la demande tant que ces ordres n'auront pas été annulés par la Cour fédérale. Il soutient que, d'ici là, la Couronne et ses fonctionnaires sont totalement à l'abri d'un recours en responsabilité, vu le pouvoir d'origine législative que leur confère la *Loi sur le système correctionnel*

I believe this objection to provincial superior court jurisdiction is not well founded. The Ontario Court of Appeal so held. I agree with that decision. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[3] In October 1994, while on parole in respect of a previous conviction, Mr. McArthur was arrested and charged with numerous offences including robbery, kidnapping, attempted murder and assault causing bodily harm. He was brought to Millhaven, a federal institution, to await trial. The appellant James Blackler was the warden of Millhaven at that time. According to the allegations in the amended statement of claim, which for present purposes are to be taken as capable of proof, Mr. McArthur was kept in solitary confinement for approximately 18 months at Millhaven on the instructions of Mr. Blackler or other federal employees for whom the Crown is responsible.

[4] In May 1996, Mr. McArthur was voluntarily transferred from Millhaven to the Kingston Penitentiary. Just prior to Mr. McArthur's arrival there, Mr. Blackler became the warden of the penitentiary and, so it is alleged in the amended statement of claim, caused Mr. McArthur to be placed in solitary confinement for another 14 months. This was all done, it is alleged, with "animus and malicious ill-will (*sic*)" (para. 24).

[5] Subsequently, the Correctional Service of Canada ("CSC") transferred Mr. McArthur to the Special Handling Unit at Ste-Anne-des-Plaines, where he was again put in solitary confinement, this time for four months. In total, Mr. McArthur spent approximately four years and six months in solitary confinement, segregation or in a special handling unit between 1994 and 1999.

[6] Mr. McArthur alleges that he suffered losses as a result of four years and six months of

et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20. Pour les motifs exposés dans *TeleZone*, j'estime que cette objection à la compétence de la cour supérieure provinciale n'est pas fondée. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel de l'Ontario. Je suis d'accord avec cette décision et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[3] En octobre 1994, alors qu'il était en libération conditionnelle par suite d'une déclaration de culpabilité antérieure, M. McArthur a été arrêté et accusé de nombreuses infractions, dont vol qualifié, enlèvement, tentative de meurtre et voies de fait causant des lésions corporelles. Il a été incarcéré à Millhaven, une institution fédérale, en attendant son procès. L'appelant James Blackler était le directeur de Millhaven à cette époque. Selon les allégations faites dans la déclaration modifiée, qu'il faut considérer comme pouvant être prouvées pour les besoins du présent pourvoi, M. McArthur a été gardé en isolement cellulaire pendant environ 18 mois à Millhaven sur l'ordre de M. Blackler ou d'autres fonctionnaires fédéraux dont les actes engagent la responsabilité de la Couronne.

[4] En mai 1996, M. McArthur a été transféré avec son consentement de Millhaven au pénitencier de Kingston. Juste avant l'arrivée de M. McArthur à ce pénitencier, M. Blackler en est devenu le directeur et, selon ce qui est allégué dans la déclaration modifiée, il a ordonné que M. McArthur soit placé en isolement cellulaire pendant encore 14 mois. Selon la déclaration, cela a été fait avec [TRADUCTION] « animosité et malveillance » (par. 24).

[5] Par la suite, le Service correctionnel du Canada (« SCC ») a transféré M. McArthur à l'unité spéciale de détention de Ste-Anne-des-Plaines, où il a été placé une fois de plus en isolement cellulaire, pendant quatre mois cette fois. Au total, M. McArthur a passé environ quatre ans et six mois en isolement cellulaire ou dans une unité spéciale de détention entre 1994 et 1999.

[6] M. McArthur dit avoir subi un [TRADUCTION] « préjudice émotionnel et psychologique grave »

involuntary solitary confinement in the form of “severe emotional and psychological *injury and harm*” (para. 26 (emphasis in original)). He was denied private family visits “routinely granted to other inmates whose circumstances [were] similar” (para. 24) as well as schooling, rehabilitation programs and “inmate leisure activities” (para. 25). Moreover, he says the same actions caused his wife and his daughter to suffer severe emotional and psychological harm, as “they were denied contacts and visits with [him] routinely granted to other inmates” (para. 26).

[7] Mr. McArthur insists that his detention in solitary confinement (sometimes referred to as a “prison within a prison”) was arbitrary and constituted cruel and unusual punishment, contrary to ss. 9 and 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He further alleges that the respondents failed to comply with the *Corrections and Conditional Release Act*, which, together with its regulations and the directives of the Commissioner of Corrections, governs the circumstances in which an inmate may be placed in solitary confinement. Mr. McArthur alleges the series of decisions to place and retain him in solitary confinement for such an extensive period of time was made deliberately and maliciously, or, in the alternative, negligently. He seeks damages for wrongful or false imprisonment, and for the intentional or negligent infliction of emotional and mental distress. Mr. McArthur does not seek to set aside the segregation orders, whose practical effects were exhausted over 10 years ago when he was eventually released from solitary confinement.

II. Judicial History

A. *Superior Court of Ontario (Pedlar J.), 2006 CarswellOnt 9820*

[8] The motions judge accepted the Attorney General’s argument based on the decision of the Federal Court of Appeal in *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, which was decided on similar facts. He concluded that to permit the damages action to proceed in the

(par. 26 (en italique dans l’original)) en raison de son isolement involontaire pendant quatre ans et six mois. Il s’est vu refuser des visites familiales privées [TRADUCTION] « habituellement accordées aux autres détenus se trouvant dans une situation semblable » (par. 24), ainsi que des cours, des programmes de réadaptation et des « loisirs » (par. 25). De plus, il affirme que ces mêmes actes ont également causé un préjudice émotionnel et psychologique grave à sa femme et à sa fille puisqu’on [TRADUCTION] « leur a refusé le droit de communiquer avec [lui] et de [lui] rendre visite, un droit habituellement accordé à la famille des autres détenus » (par. 26).

[7] M. McArthur affirme que son isolement cellulaire (que l’on appelle parfois une « prison à l’intérieur d’une prison ») était arbitraire et constituait une peine cruelle et inusitée, en violation des art. 9 et 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ajoute que les intimés n’ont pas observé la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, laquelle, avec ses règlements et les directives du commissaire du Service correctionnel, régit les circonstances dans lesquelles un détenu peut être placé en isolement cellulaire. Selon M. McArthur, les décisions successives ordonnant son isolement cellulaire pendant une période aussi longue ont été prises de façon délibérée et avec malveillance ou, subsidiairement, par négligence. Il réclame des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal ou séquestration et pour trouble émotionnel et souffrance morale infligés délibérément ou par négligence. M. McArthur ne cherche pas à faire annuler les ordres d’isolement, sans effet concret depuis plus de 10 ans, soit depuis que son isolement cellulaire a pris fin.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure de l’Ontario (le juge Pedlar), 2006 CarswellOnt 9820*

[8] Le juge des requêtes a accepté l’argument du procureur général fondé sur l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, qui présentait des faits similaires. Selon lui, permettre à la Cour supérieure d’instruire l’action en dommages-intérêts

Superior Court would disregard or deny the intention clearly expressed by Parliament in the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, to grant the Federal Court *exclusive* jurisdiction in matters of judicial review. Accordingly, a plaintiff who claims to have suffered compensable loss as a result of an administrative decision must first have the lawfulness of the decision determined by the Federal Court. The motions judge stated, “I don’t think the Ontario Superior Court has jurisdiction until that’s done” (para. 8).

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Borins and Feldman J.J.A.)*, 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19

[9] In a unanimous decision authored by Borins J.A., the court concluded that “*Grenier* was not correctly decided” (para. 100). The Attorney General had not established that the plaintiff’s claims fit “squarely within s. 18(1)” (para. 94) of the *Federal Courts Act* which, in the court’s view, is concerned with remedies:

In none of the cases is a remedy sought that comes within the prerogative writs or extraordinary remedies of s. 18. Section 18 does not empower the Federal Court to award damages, which are sought [here]. . . .

. . . Causes of action in contract or tort are distinct from the prerogative writs and extraordinary remedies described in s. 18. Shortly put, relief by way of damages is not a form of relief contemplated by s. 18. [paras. 94-95]

Accordingly, the appeal was allowed.

III. Relevant Provisions

[10] *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20

3. [Purpose of correctional system] The purpose of the federal correctional system is to contribute to the maintenance of a just, peaceful and safe society by

(a) carrying out sentences imposed by courts through the safe and humane custody and supervision of offenders; and

revient à négliger ou à nier l’intention, clairement exprimée par le législateur dans la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, d’octroyer à la Cour fédérale compétence *exclusive* en matière de contrôle judiciaire. Par conséquent, un demandeur qui prétend avoir subi un préjudice indemnisable en raison d’une décision administrative doit d’abord demander à la Cour fédérale de se prononcer sur la légalité de la décision. Le juge des requêtes a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne pense pas que la Cour supérieure de justice de l’Ontario ait compétence tant que cela n’est pas fait » (par. 8).

B. *Cour d’appel de l’Ontario (les juges Laskin, Borins et Feldman)*, 2008 ONCA 892, 94 O.R. (3d) 19

[9] Dans un jugement unanime rédigé par le juge Borins, la Cour d’appel a conclu que [TRADUCTION] « l’arrêt *Grenier* est incorrect » (par. 100). Le procureur général n’avait pas établi que les prétentions du demandeur [TRADUCTION] « étaient clairement visées par le par. 18(1) » (par. 94) de la *Loi sur les Cours fédérales*, dont la Cour d’appel dit qu’il est axé sur les recours :

[TRADUCTION] Dans aucun des dossiers, un recours faisant partie des brefs de prérogative ou des recours extraordinaires visés par l’art. 18 n’a été exercé. L’article 18 ne permet pas à la Cour fédérale d’accorder des dommages-intérêts, ce qui est réclamé [en l’espèce]. . .

. . . Les causes d’action en matière contractuelle ou délictuelle sont distinctes des brefs de prérogative et des recours extraordinaires décrits à l’art. 18. En résumé, une réparation sous forme de dommages-intérêts n’est pas un type de réparation prévu à l’art. 18. [par. 94-95]

Par conséquent, l’appel a été accueilli.

III. Dispositions pertinentes

[10] *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20

3. [But du système correctionnel] Le système correctionnel vise à contribuer au maintien d’une société juste, vivant en paix et en sécurité, d’une part, en assurant l’exécution des peines par des mesures de garde et de surveillance sécuritaires et humaines, et d’autre part, en aidant au moyen de programmes

(b) assisting the rehabilitation of offenders and their reintegration into the community as law-abiding citizens through the provision of programs in penitentiaries and in the community.

Administrative Segregation

31. (1) [Purpose] The purpose of administrative segregation is to keep an inmate from associating with the general inmate population.

(2) [Duration] Where an inmate is in administrative segregation in a penitentiary, the Service shall endeavour to return the inmate to the general inmate population, either of that penitentiary or of another penitentiary, at the earliest appropriate time.

(3) [Grounds for confining inmate in administrative segregation] The institutional head may order that an inmate be confined in administrative segregation if the institutional head believes on reasonable grounds

(a) that

(i) the inmate has acted, has attempted to act or intends to act in a manner that jeopardizes the security of the penitentiary or the safety of any person, and

(ii) the continued presence of the inmate in the general inmate population would jeopardize the security of the penitentiary or the safety of any person,

(b) that the continued presence of the inmate in the general inmate population would interfere with an investigation that could lead to a criminal charge or a charge under subsection 41(2) of a serious disciplinary offence, or

(c) that the continued presence of the inmate in the general inmate population would jeopardize the inmate's own safety,

and the institutional head is satisfied that there is no reasonable alternative to administrative segregation.

32. [Considerations governing release] All recommendations to the institutional head referred to in paragraph 33(1)(c) and all decisions by the institutional head to release or not to release an inmate from administrative segregation shall be based on the considerations set out in section 31.

33. (1) [Case to be reviewed] Where an inmate is involuntarily confined in administrative segregation, a

appropriés dans les pénitenciers ou dans la collectivité, à la réadaptation des délinquants et à leur réinsertion sociale à titre de citoyens respectueux des lois.

Isolement préventif

31. (1) [Objet] L'isolement préventif a pour but d'empêcher un détenu d'entretenir des rapports avec l'ensemble des autres détenus.

(2) [Retour parmi les autres détenus] Le détenu en isolement préventif doit être replacé le plus tôt possible parmi les autres détenus du pénitencier où il est incarcéré ou d'un autre pénitencier.

(3) [Motifs d'isolement préventif] Le directeur du pénitencier peut, s'il est convaincu qu'il n'existe aucune autre solution valable, ordonner l'isolement préventif d'un détenu lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire, selon le cas :

a) que celui-ci a agi, tenté d'agir ou a l'intention d'agir d'une manière compromettant la sécurité d'une personne ou du pénitencier et que son maintien parmi les autres détenus mettrait en danger cette sécurité;

b) que son maintien parmi les autres détenus peut nuire au déroulement d'une enquête pouvant mener à une accusation soit d'infraction criminelle soit d'infraction disciplinaire grave visée au paragraphe 41(2);

c) que le maintien du détenu au sein de l'ensemble des détenus mettrait en danger sa sécurité.

32. [Considérations] Les recommandations faites aux termes du paragraphe 33(1) et les décisions que prend le directeur en matière d'isolement préventif sont fondées sur les principes ou critères énoncés à l'article 31.

33. (1) [Réexamen] Lorsque l'isolement préventif est imposé au détenu, le directeur charge une ou plusieurs

person or persons designated by the institutional head shall

- (a) conduct, at the prescribed time and in the prescribed manner, a hearing to review the inmate's case;
- (b) conduct, at prescribed times and in the prescribed manner, further regular hearings to review the inmate's case; and
- (c) recommend to the institutional head, after the hearing mentioned in paragraph (a) and after each hearing mentioned in paragraph (b), whether or not the inmate should be released from administrative segregation.

Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620

21. (1) Where an inmate is involuntarily confined in administrative segregation, the institutional head shall ensure that the person or persons referred to in section 33 of the Act who have been designated by the institutional head, which person or persons shall be known as a Segregation Review Board, are informed of the involuntary confinement.

(2) A Segregation Review Board referred to in subsection (1) shall conduct a hearing

- (a) within five working days after the inmate's confinement in administrative segregation; and
- (b) at least once every 30 days thereafter that the inmate remains in administrative segregation.

(3) The institutional head shall ensure that an inmate who is the subject of a Segregation Review Board hearing pursuant to subsection (2)

- (a) is given, at least three working days before the hearing, notice in writing of the hearing and the information that the Board will be considering at the hearing;
- (b) is given an opportunity to be present and to make representations at the hearing; and
- (c) is advised in writing of the Board's recommendation to the institutional head and the reasons for the recommendation.

22. Where an inmate is confined in administrative segregation, the head of the region or a staff member in the regional headquarters who is designated by the head of the region shall review the inmate's case at least once

personnes de réexaminer périodiquement chaque cas, par une audition, selon les modalités réglementaires de temps et autres, et de lui faire après chaque réexamen des recommandations quant au maintien ou non du détenu en isolement préventif.

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620

21. (1) Lorsque l'isolement préventif est imposé au détenu, le directeur du pénitencier doit veiller à ce que la ou les personnes visées à l'article 33 de la Loi, qu'il a chargées de réexaminer les cas d'isolement préventif en tant que comité de réexamen des cas d'isolement, soient informées de l'isolement préventif du détenu.

(2) Le comité de réexamen des cas d'isolement visé au paragraphe (1) doit tenir une audition :

- a) dans les cinq jours ouvrables suivant l'isolement préventif du détenu;
- b) par la suite, au moins une fois tous les 30 jours tant qu'est maintenu l'isolement préventif du détenu.

(3) Le directeur du pénitencier doit veiller à ce que le détenu qui fait l'objet d'une audition du comité de réexamen des cas d'isolement conformément au paragraphe (2) :

- a) reçoive, au moins trois jours ouvrables avant l'audition, un avis écrit de l'audition et les renseignements que le comité entend examiner à l'audition;
- b) ait la possibilité d'assister à l'audition et d'y présenter ses observations;
- c) soit avisé par écrit de la recommandation faite par le comité au directeur du pénitencier et des motifs de celle-ci.

22. Lorsque le détenu est mis en isolement préventif, le responsable de la région ou l'agent de l'administration régionale désigné par lui doit examiner son cas au moins une fois tous les 60 jours pendant qu'il est en isolement

every 60 days that the inmate remains in administrative segregation to determine whether, based on the considerations set out in section 31 of the Act, the administrative segregation of the inmate continues to be justified.

IV. Analysis

[11] The important principle at stake in this appeal, as in *TeleZone*, is access to justice. With some notable exceptions, prison inmates are not rich people. Few can afford the luxury of a front-end judicial review procedure to argue about the validity of a segregation order already served where quashing the order is no longer of practical interest. Mr. McArthur may have some interest in the good governance of the prison system but at the moment he is looking for compensation. He may not get it, of course, but he ought to be given his day in court without being put through unnecessary and unproductive proceedings unless the applicable statutes clearly and explicitly compel him to detour to the Federal Court.

[12] For the reasons set out in the companion case of *TeleZone*, I believe that the Attorney General's argument exaggerates the legal effect of the grant in s. 18 of the *Federal Courts Act* of exclusive judicial review jurisdiction over federal decision makers. A textual, contextual and purposive interpretation of the *Federal Courts Act* does not support his case.

[13] As noted by the motions judge, the facts of this case closely resemble *Grenier*. In his amended statement of claim, Mr. McArthur pleads that the segregation orders were made "without just cause or excuse" (para. 12) and lacked "the reasonable grounds required under subsection 31(3) of the Act to justify placing [him] in involuntary administrative segregation" (para. 15). Clearly, he is putting in issue the lawfulness or validity of the segregation orders, but he does so as an element of a private law cause of action over which the provincial superior court has jurisdiction. There is nothing in the federal legislation that says the provincial courts can

préventif pour décider, selon les motifs énoncés à l'article 31 de la Loi, si le maintien de cette mesure est justifié.

IV. Analyse

[11] Un important principe est en jeu dans le présent pourvoi, comme dans *TeleZone*, soit celui de l'accès à la justice. Sauf quelques exceptions notables, les détenus ne sont pas riches. Seuls quelques-uns d'entre eux peuvent se permettre d'engager au départ une procédure de contrôle judiciaire pour contester la validité d'un ordre d'isolement une fois l'isolement terminé, alors que l'annulation de l'ordre ne présente plus aucun intérêt pratique. M. McArthur peut avoir un intérêt dans la bonne administration du système carcéral, mais il cherche actuellement à obtenir une indemnité. Il se peut, bien entendu, qu'il ne l'obtienne pas, mais il devrait pouvoir se faire entendre sans avoir à engager des procédures inutiles et improductives, à moins que les lois applicables le contraignent clairement et expressément à passer par la Cour fédérale.

[12] Pour les motifs exprimés dans l'arrêt connexe *TeleZone*, j'estime que l'argument du procureur général donne une trop grande portée juridique à l'attribution, par l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, d'une compétence exclusive en matière de contrôle judiciaire des actes des décideurs fédéraux. Une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la *Loi sur les Cours fédérales* n'étaye pas ses prétentions.

[13] Comme l'a souligné le juge des requêtes, les faits de l'espèce ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire *Grenier*. Dans sa déclaration modifiée, M. McArthur soutient que les ordres d'isolement ont été donnés [TRADUCTION] « sans raison ou excuse valable » (par. 12) et n'étaient pas fondés sur « les motifs raisonnables requis par le par. 31(3) de la Loi pour justifier [son] isolement préventif involontaire » (par. 15). De toute évidence, il met en cause la légalité ou la validité des ordres d'isolement, mais il le fait dans le cadre d'une cause d'action de droit privé à l'égard de laquelle la cour supérieure provinciale a compétence. Rien dans la législation fédérale

only determine some — but not all — elements of his monetary claims against the Crown.

[14] Moreover, the provincial superior court clearly has jurisdiction to hear Mr. McArthur's claim for compensation under s. 24(1) of the *Charter*. In *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, an argument was made on behalf of the federal Crown that because constitutional relief was sought against federal officials (including the Director of Investigation and Research under the federal *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, now repealed), all of whom fell within the definition of "federal board, commission or other tribunal", the *Federal Courts Act* (at the time titled *Federal Court Act*) had successfully ousted the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court. This Court concluded that Parliament could not, by giving exclusive jurisdiction to the Federal Court over federal officials, deny the provincial superior courts their traditional subject matter jurisdiction over constitutional issues. In my opinion, the *Federal Courts Act* equally cannot operate to prevent provincial superior court scrutiny of the constitutionality of the conduct of federal officials. Section 101 of the *Constitution Act, 1867*, authorizes the creation of "additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". The provincial superior courts retain their historic jurisdiction over the Constitution. This does not preclude concurrent jurisdiction over constitutional subject matters in the Federal Court, of course, but it is not and cannot be made exclusive. Accordingly, quite apart from s. 17 of the *Federal Courts Act*, the Ontario Superior Court had jurisdiction to deal with Mr. McArthur's *Charter* claim.

[15] Clearly, an issue before the Superior Court is whether the Crown defendants are covered by a defence of statutory authority, i.e., that the administrative segregation orders were lawfully made and

n'indique que les cours provinciales peuvent statuer sur certains éléments seulement — et non sur tous les éléments — de ses réclamations pécuniaires contre la Couronne.

[14] En outre, il ne fait aucun doute que la cour supérieure provinciale est compétente pour entendre la demande d'indemnisation de M. McArthur en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, on a fait valoir au nom de la Couronne fédérale que, comme une réparation constitutionnelle était demandée contre des fonctionnaires fédéraux (y compris le directeur des enquêtes et recherches en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, une loi fédérale maintenant abrogée) qui répondaient tous à la définition d'un « office fédéral », la *Loi sur les Cours fédérales* (alors intitulée *Loi sur la Cour fédérale*) avait effectivement écarté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Notre Cour a conclu que le législateur ne pouvait pas, en accordant à la Cour fédérale compétence exclusive à l'égard des fonctionnaires fédéraux, priver les cours supérieures provinciales de leur compétence traditionnelle à l'égard des questions constitutionnelles. À mon avis, la *Loi sur les Cours fédérales* ne peut pas non plus avoir pour effet d'empêcher une cour supérieure provinciale de procéder à l'examen de la constitutionnalité de la conduite de fonctionnaires fédéraux. L'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet la création de « tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada ». Les cours supérieures provinciales conservent leur compétence historique à l'égard de la Constitution. Évidemment, cela n'écarte pas la compétence concurrente de la Cour fédérale sur les questions constitutionnelles, mais cette compétence n'est pas exclusive et elle ne peut le devenir. La Cour supérieure de justice de l'Ontario a donc compétence pour connaître de la demande de M. McArthur fondée sur la *Charte*, sans égard à l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[15] De toute évidence, la Cour supérieure de justice est saisie de la question de savoir si les défendeurs de la Couronne peuvent invoquer le moyen de défense de pouvoir d'origine législative, c.-à-d.

that the emotional and psychological trauma allegedly suffered by Mr. McArthur were an inevitable risk of his lawful detention in solitary confinement. Since this is the case, the Attorney General argues, the claimed losses are not actionable. However, with respect, the Superior Court can readily consider the validity of Mr. McArthur's detention in the context of a damages claim, as well as the impact, if any, of a *valid* order on Crown liability.

[16] While Mr. McArthur's damages claim could be characterized in some sense as a "collateral attack" on the segregation orders, I do not believe that such an "attack" is precluded by the *Federal Courts Act*. Government decision making lies at the heart of many, if not most claims to recover financial loss from the Crown. For the reasons outlined in *TeleZone*, I believe that the explicit statutory grant of jurisdiction to the provincial superior courts in respect of claims against the Crown in s. 17 of the *Federal Courts Act* and s. 21 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, renders the collateral attack doctrine inapplicable here.

[17] The Superior Court has jurisdiction to entertain Mr. McArthur's damages claim (both in its tort and constitutional aspects) because its authority extends to "the person and the subject matter in question and, in addition, [because it] has authority to make the order sought": *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, *per* McIntyre J., at p. 960, quoting Brooke J.A. in *R. v. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, at p. 271, and *per* Lamer J. (as he then was), at p. 890. See also *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 603; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 15; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765. There is nothing in the *Federal Courts Act* to give the Federal Court the exclusive jurisdiction to determine the lawfulness or validity of the order

plaider que les ordres d'isolement préventif ont été donnés en conformité avec la loi et que le traumatisme émotionnel et psychologique qu'aurait subi M. McArthur était un risque inévitable de sa détention légale en isolement cellulaire. Le procureur général affirme que tel est le cas et que, par conséquent, le préjudice allégué n'ouvre pas droit à une action. Cependant, soit dit en toute déférence, la Cour supérieure peut fort bien examiner la validité de la détention de M. McArthur dans le contexte d'une action en dommages-intérêts, ainsi que les répercussions, le cas échéant, d'un ordre *valide* sur la responsabilité de la Couronne.

[16] L'action en dommages-intérêts de M. McArthur pourrait, dans une certaine mesure, être qualifiée de « contestation indirecte » des ordres d'isolement, mais je ne crois pas qu'une telle « contestation » soit interdite par la *Loi sur les Cours fédérales*. Les décisions du gouvernement sont au cœur de bon nombre, voire de la plupart, des demandes d'indemnisation présentées contre la Couronne pour un préjudice pécuniaire. Pour les motifs exposés dans *TeleZone*, j'estime que le principe de l'interdiction des contestations indirectes est inapplicable en l'espèce, vu l'attribution explicite aux cours supérieures provinciales de la compétence à l'égard des réclamations visant la Couronne, à l'art. 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* et à l'art. 21 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50.

[17] La Cour supérieure a compétence pour instruire l'action en dommages-intérêts de M. McArthur (sur les plans délictuel et constitutionnel) car elle possède une compétence « *ratione personae* et *ratione materiae* [...] et [elle] détient en outre le pouvoir de rendre l'ordonnance sollicitée » : *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, le juge McIntyre, p. 960, citant le juge Brooke de la Cour d'appel dans *R. c. Morgentaler* (1984), 41 C.R. (3d) 262, p. 271, et le juge Lamer (plus tard Juge en chef), p. 890. Voir aussi *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, p. 603; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 15; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765. Aucune disposition de la *Loi sur les Cours fédérales* ne prévoit que la Cour fédérale a compétence exclusive pour se prononcer sur

of a “federal board, commission or other tribunal” when Mr. McArthur does not seek any of the remedies listed in s. 18 of the *Federal Courts Act*, and when the practical effects of the segregation orders he complains of are spent, and such orders are now simply one element in a private law cause of action against the Crown and a federal official. To hold otherwise would undermine an explicit statutory grant of jurisdiction to the superior courts of the provinces and would be for formalistic reasons that are neither compelling nor consistent with promotion of access to justice in a direct and cost efficient manner.

V. Conclusion

[18] I would dismiss the appeal with costs throughout to Mr. McArthur and order that the Superior Court has jurisdiction over his claim.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Ryder-Burbidge Hurley Fasano, Kingston.

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

Solicitors for the interveners Roland Anglehart Sr. et al.: Heenan Blaikie, Montréal.

la légalité ou la validité de la décision d’un « office fédéral » dans un cas où M. McArthur ne sollicite aucune des réparations énumérées à l’art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et où les ordres d’isolement dont il se plaint n’ont plus d’effet concret. Ces ordres ne constituent maintenant qu’un élément d’une cause d’action de droit privé intentée contre la Couronne et un fonctionnaire fédéral. Conclure le contraire minerait la compétence conférée expressément par la loi aux cours supérieures provinciales, et ce, pour des raisons formalistes qui ne sont ni impérieuses ni compatibles avec la promotion d’un accès direct, et sans frais inutiles, à la justice.

V. Conclusion

[18] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de M. McArthur devant toutes les cours et de déclarer que la Cour supérieure a compétence pour instruire sa demande.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l’intimé : Ryder-Burbidge Hurley Fasano, Kingston.

Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs des intervenants Roland Anglehart père et autres : Heenan Blaikie, Montréal.

Parrish & Heimbecker Limited *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada
as represented by the Minister of Agriculture
and Agri-Food, Attorney General of
Canada and Canadian Food Inspection
Agency** *Respondents*

**INDEXED AS: PARRISH & HEIMBECKER LTD. v.
CANADA (AGRICULTURE AND AGRI-FOOD)**

2010 SCC 64

File No.: 33006.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron,
Rothstein and Cromwell JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from licensing decisions — Plaintiff not seeking judicial review of licensing decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

P&H obtained import permits from the Canadian Food Inspection Agency (“CFIA”) to import wheat. As P&H’s chartered vessel neared Halifax, the CFIA revoked the permits and P&H was prohibited from off-loading its cargo. The CFIA subsequently issued a new import permit with different conditions. P&H complied, however the new conditions rendered the wheat unacceptable to its intended customers. P&H did not seek judicial review of either licensing decision, but initiated an action against the Crown in the Federal Court seeking damages for various torts, and seeking to recover the additional costs required to fulfill its sales contracts, the loss of profit and the additional expenses incurred as a result of the new permit. The Crown was successful in bringing a motion to strike the statement of claim on the basis that, absent a successful challenge of the licensing decisions by way of judicial review, the Federal Court did not have jurisdiction to hear the matter in light of

Parrish & Heimbecker Limited *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
représentée par le ministre de l’Agriculture
et de l’Agroalimentaire, procureur général du
Canada et Agence canadienne d’inspection
des aliments** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : PARRISH & HEIMBECKER LTD. c.
CANADA (AGRICULTURE ET AGROALIMENTAIRE)**

2010 CSC 64

N° du greffe : 33006.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions concernant des permis — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions concernant les permis — La demanderesse peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d’abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

P&H a obtenu de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (« ACIA ») des permis en vue d’importer du blé. Alors que le navire affrété par P&H s’approchait de Halifax, l’ACIA a révoqué les permis, de sorte qu’il était interdit à P&H de décharger sa cargaison. L’ACIA a par la suite délivré un nouveau permis d’importation assorti de conditions différentes. P&H a respecté les conditions du nouveau permis, mais celles-ci rendaient le blé inacceptable pour les clients à qui il était destiné. Au lieu de solliciter le contrôle judiciaire de l’une ou l’autre décision concernant les permis, P&H a intenté une action en dommages-intérêts contre la Couronne devant la Cour fédérale pour plusieurs délits et elle voulait être indemnisée des frais additionnels qu’elle a dû payer pour exécuter ses contrats de vente, de ses pertes de profit et des dépenses supplémentaires qu’elle a engagées par suite du nouveau permis. La Couronne a présenté avec succès une requête en radiation de la déclaration au motif que,

Canada v. Grenier, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the Federal Court should have decided P&H's claim for damages without requiring it to first be successful on judicial review. Section 17 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court concurrent jurisdiction over claims for damages against the Crown. Section 18 of the Act does not derogate from this concurrent jurisdiction. Nothing in ss. 17 or 18 of the Act requires a plaintiff to be successful on judicial review before bringing a claim for damages against the Crown. Bringing an application for judicial review to invalidate the licensing decisions in this case would serve no practical purpose, since P&H complied with the re-issued import licence and fulfilled its contracts. The merits of the defence of statutory authority, if raised, may be determined at trial.

Cases Cited

Applied: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; **overruled:** *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287.

Statutes and Regulations Cited

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 8.

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

Plant Protection Act, S.C. 1990, c. 22, s. 47.

Plant Protection Regulations, SOR/95-212, s. 34.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Sharlow and Pelletier J.J.A.), 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568, 303 D.L.R. (4th) 608, 384 N.R. 85, [2008] F.C.J. No. 1642 (QL), 2008 CarswellNat 4409, affirming a decision of Barnes J., 2007 FC 789, [2007] F.C.J. No. 1032 (QL), 2007 CarswellNat 2112. Appeal allowed.

Matthew G. Williams, for the appellant.

compte tenu de l'arrêt *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, la Cour fédérale n'était pas compétente pour connaître de l'affaire sans que les décisions concernant les permis soient annulées au préalable par voie de contrôle judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Pour les motifs fournis dans *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, la Cour fédérale aurait dû statuer sur l'action en dommages-intérêts de P&H, sans exiger que cette dernière ait d'abord gain de cause en contrôle judiciaire. L'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. L'article 18 de la *Loi* n'amoindrit pas cette compétence concurrente. Ni l'art. 17, ni l'art. 18 de la *Loi* n'exigent que le demandeur ait gain de cause en contrôle judiciaire avant de pouvoir intenter une action en dommages-intérêts contre la Couronne. Il ne servirait à rien pour P&H de déposer une demande de contrôle judiciaire pour faire invalider les décisions concernant les permis en l'espèce, vu qu'elle a respecté les conditions du nouveau permis d'importation et exécuté ses contrats. Le bien-fondé de la défense de pouvoir d'origine législative pourra, le cas échéant, être examiné lors du procès.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; **arrêt renversé :** *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287.

Lois et règlements cités

Loi sur la protection des végétaux, L.C. 1990, ch. 22, art. 47.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 8.

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

Règlement sur la protection des végétaux, DORS/95-212, art. 34.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Nadon, Sharlow et Pelletier), 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568, 303 D.L.R. (4th) 608, 384 N.R. 85, [2008] A.C.F. n° 1642 (QL), 2008 CarswellNat 5976, qui a confirmé une décision du juge Barnes, 2007 CF 789, [2007] A.C.F. n° 1032 (QL), 2007 CarswellNat 3078. Pourvoi accueilli.

Matthew G. Williams, pour l'appelante.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue in this appeal is whether a plaintiff seeking damages for the revocation and re-issuance of an import licence must first bring an application for judicial review of the licensing decisions.

I. Facts

[2] Parrish & Heimbecker Limited (“Parrish”) is a Canadian grain trader. On October 24, 2002, Parrish obtained two import permits from the Canadian Food Inspection Agency (“CFIA”) to import wheat from Ukraine and Russia. Parrish chartered a vessel, the *Nobility*. On November 17, 2002, the *Nobility* left Ukraine destined for Halifax with a full cargo of wheat.

[3] On December 5, 2002, as the *Nobility* was nearing Halifax, the CFIA revoked Parrish’s import permits, allegedly pursuant to s. 34 of the *Plant Protection Regulations*, SOR/95-212. As a result, Parrish was prohibited from offloading its cargo.

[4] The *Nobility* remained moored in the port of Halifax for the month of December. Parrish made numerous inquiries as to why the licences were revoked. According to Parrish, the CFIA refused to explain the revocation and it refused to test the wheat for contaminants or otherwise try to settle the matter.

[5] On December 31, 2002, the CFIA issued a new import permit with different conditions. The new permit required that the wheat be pelletized and offloaded in Montréal and Québec. Parrish complied with the new permit; however, the new permit conditions rendered the wheat unacceptable to its intended customers. Parrish filled its original contracts with alternate wheat that it had to purchase at a greater cost.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La question en litige dans le présent appel est de savoir si un demandeur, qui réclame des dommages-intérêts pour la révocation d’un permis d’importation et la délivrance d’un nouveau permis, doit d’abord demander le contrôle judiciaire des décisions concernant les permis.

I. Faits

[2] Parrish & Heimbecker Limited (« Parrish ») est un négociant canadien en grains. Le 24 octobre 2002, Parrish a obtenu de l’Agence canadienne d’inspection des aliments (« ACIA ») deux permis en vue d’importer du blé de l’Ukraine et de la Russie. Parrish a affrété un navire, le *Nobility*. Le *Nobility* a quitté l’Ukraine le 17 novembre 2002 à destination de Halifax avec une pleine cargaison de blé.

[3] Le 5 décembre 2002, alors que le *Nobility* s’approchait de Halifax, l’ACIA a révoqué les permis d’importation de Parrish, conformément, prétend-on, à l’art. 34 du *Règlement sur la protection des végétaux*, DORS/95-212. Il était donc interdit à Parrish de décharger sa cargaison.

[4] Le *Nobility* est resté amarré au port de Halifax pendant le mois de décembre. Parrish a demandé à maintes reprises pourquoi les permis avaient été révoqués. Selon Parrish, l’ACIA a refusé de motiver la révocation des permis et de faire des tests sur le blé pour savoir s’il contenait des contaminants, ou de régler autrement l’affaire.

[5] Le 31 décembre 2002, l’ACIA a délivré un nouveau permis d’importation assorti de conditions différentes. Selon le nouveau permis, le blé devait être aggloméré sous forme de pellets et déchargé à Montréal et à Québec. Parrish a respecté les conditions du nouveau permis, mais celles-ci rendaient le blé inacceptable pour les clients à qui il était destiné. Parrish a exécuté ses contrats initiaux en achetant d’autre blé à un prix supérieur.

[6] Parrish did not seek judicial review of either licensing decision. In its statement of claim it stated that, “time considerations meant it was entirely impractical for Parrish & Heimbecker to address the purported revocation of the import permits through the judicial review process” (R.R., at p. 68). Parrish further explained that it could not wait for legal proceedings as it had to address the ongoing overtime use charges for the *Nobility* and fulfill its contractual obligations with its customers.

[7] On December 2, 2005, Parrish initiated the present action against the respondents (collectively the “Crown”) in the Federal Court. It seeks damages for misfeasance in public office, unlawful interference with economic relations, negligent misrepresentation and negligence. Parrish seeks to recover the additional costs required to fulfill its sales contracts, the loss of profit and the additional expenses incurred as a result of the new import permit.

[8] Before filing a statement of defence, the Crown brought a motion to strike Parrish’s statement of claim on the basis that the Federal Court did not have jurisdiction to hear the matter and that the statement of claim failed to disclose a reasonable cause of action.

II. Judicial History

A. *Federal Court, 2006 FC 1102, 303 F.T.R. 21*

[9] Prothonotary Morneau allowed the Crown’s motion to strike Parrish’s action. He assessed Parrish’s claims and determined that they relied, to a large extent, on the invalidity or unlawfulness of the decisions to revoke the licences and then issue another one (para. 22). He concluded that the action for damages was a collateral or indirect challenge of the decisions and was barred by the Federal Court of Appeal’s decision in *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, at paras. 29-30. Prothonotary Morneau found that Parrish

[6] Parrish n’a pas sollicité le contrôle judiciaire de l’une ou l’autre décision concernant les permis. Dans sa déclaration, elle a affirmé que, [TRADUCTION] « en raison de contraintes de temps, Parrish & Heimbecker ne pouvait absolument pas contester la supposée révocation des permis d’importation en engageant une procédure de contrôle judiciaire » (d.i., p. 68). Parrish a aussi expliqué qu’elle ne pouvait pas attendre l’issue d’une procédure judiciaire, car il lui fallait payer les surestaries qui s’accumulaient pour le *Nobility* et remplir les obligations contractuelles qu’elle avait envers ses clients.

[7] Le 2 décembre 2005, Parrish a intenté la présente action contre les intimés (collectivement la « Couronne ») devant la Cour fédérale. Elle demande des dommages-intérêts pour faute dans l’exercice d’une charge publique, atteinte illégale à des relations économiques, déclaration inexacte faite par négligence et négligence. Parrish veut être indemnisée des frais additionnels qu’elle a dû payer pour exécuter ses contrats de vente, de ses pertes de profit et des dépenses supplémentaires qu’elle a engagées par suite du nouveau permis d’importation.

[8] Avant de déposer une défense, la Couronne a présenté une requête en radiation de la déclaration de Parrish, au motif que la Cour fédérale n’avait pas compétence pour instruire l’affaire et que la déclaration ne révélait aucune cause d’action raisonnable.

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, 2006 CF 1102 (CanLII)*

[9] Le protonotaire Morneau a accueilli la requête de la Couronne en radiation de l’action de Parrish. Il a examiné les prétentions de Parrish et jugé qu’elles reposaient en grande partie sur la nullité ou l’illégalité des décisions de révoquer les permis et d’en délivrer un nouveau par la suite (par. 22). Selon lui, l’action en dommages-intérêts était une contestation incidente ou indirecte de ces décisions, interdite par l’arrêt *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287 (par. 29 et 30), de la Cour d’appel fédérale. Le protonotaire Morneau a conclu que Parrish

must first challenge the licensing decisions by way of judicial review.

[10] Prothonotary Morneau suspended the order striking the action to permit Parrish to bring a motion to extend the time for initiating an application for judicial review. Parrish's action would be struck if it was unsuccessful either in obtaining an extension of time or on its application for judicial review (para. 34).

B. *Federal Court, 2007 FC 789 (CanLII)*

[11] Parrish appealed the decision of the Prothonotary and, alternatively, sought an extension of time to file an application for judicial review. Barnes J. decided the appeal *de novo*, but reached the same conclusion as Prothonotary Morneau. Barnes J. concluded that the present case was indistinguishable from *Grenier* (para. 12). He permitted Parrish an extension of time to file its application for judicial review, but refused to merge the application and action, as it would constitute an "end run" around *Grenier* (para. 26).

C. *Federal Court of Appeal, 2008 FCA 362, [2009] 3 F.C.R. 568*

[12] Pelletier J.A. upheld the lower court decisions, again concluding that Parrish's claim "falls squarely within the principle stated in *Grenier*" (para. 13). He upheld Barnes J.'s decision to extend the time to file an application for judicial review and the decision not to merge the application and the action.

[13] Nadon J.A. concurred with Pelletier J.A. In his view, it had not been shown that *Grenier* was "manifestly wrong" (para. 29). It was therefore binding authority and barred Parrish from bringing its action without first seeking judicial review.

[14] Sharlow J.A. dissented. She acknowledged that Parrish's action for damages would require an evaluation of the lawfulness of the licensing

devait d'abord contester les décisions concernant les permis par voie de contrôle judiciaire.

[10] Le protonotaire Morneau a suspendu l'exécution de l'ordonnance radiant l'action pour permettre à Parrish de déposer une requête en prorogation du délai de présentation d'une demande de contrôle judiciaire. L'action de Parrish serait radiée si celle-ci ne parvenait pas à obtenir une prorogation de délai ou si sa demande de contrôle judiciaire était rejetée (par. 34).

B. *Cour fédérale, 2007 CF 789 (CanLII)*

[11] Parrish a fait appel de la décision du protonotaire et a demandé, subsidiairement, une prorogation du délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire. Le juge Barnes a tranché l'appel *de novo*, mais il est arrivé à la même conclusion que le protonotaire Morneau. Selon le juge Barnes, il est impossible de distinguer la présente affaire de l'affaire *Grenier* (par. 12). Il a accordé à Parrish une prorogation du délai pour le dépôt de sa demande de contrôle judiciaire, mais il a refusé de fusionner la demande et l'action, vu que cela aurait pour effet de « contourner » l'arrêt *Grenier* (par. 26).

C. *Cour d'appel fédérale, 2008 CAF 362, [2009] 3 R.C.F. 568*

[12] Le juge Pelletier a confirmé les décisions de la cour inférieure, concluant lui aussi que la demande de Parrish « tombe clairement sous le coup du principe énoncé dans l'arrêt *Grenier* » (par. 13). Il a confirmé la décision du juge Barnes de proroger le délai de dépôt d'une demande de contrôle judiciaire, ainsi que sa décision de ne pas fusionner la demande et l'action.

[13] Le juge Nadon a souscrit à l'avis du juge Pelletier. D'après lui, il n'a pas été démontré que l'arrêt *Grenier* était « manifestement erroné » (par. 29). Cet arrêt faisait donc jurisprudence et empêchait Parrish d'intenter son action sans avoir d'abord présenté une demande de contrôle judiciaire.

[14] La juge Sharlow, dissidente, a reconnu que l'action en dommages-intérêts de Parrish demanderait une évaluation de la légalité des décisions

decisions. She stated: “The question that arises in this case is who is to determine, in the first instance, whether the exercise of statutory authority is valid” (para. 37). Sharlow J.A. concluded that there was no indication in the relevant statutes that this could only be completed through judicial review. In particular, she saw s. 8 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, which codifies the defence of statutory authority, as evidence that the assessment of lawfulness can be done in the course of a claim for damages (para. 39). Further, she noted that s. 18(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, gives the Federal Court jurisdiction to grant traditional public law remedies. It does not say that a dispute over the lawfulness of exercise of statutory authority cannot be assessed in the course of a trial governed by the *Crown Liability and Proceedings Act* (para. 44). In her view, the manifest intention of Parliament is that claims for damages can be heard by both the Federal Court or provincial superior courts (para. 46). She would have allowed the appeal and allowed Parrish’s action for damages to proceed.

III. Relevant Provisions

[15] *Plant Protection Regulations*, SOR/95-212

34. (1) A person who imports a thing under a permit shall comply with all the conditions set out in the permit.

(2) Where the Minister determines that it is necessary to prevent the introduction into Canada or the spread within Canada of any pest or biological obstacle to the control of a pest, the Minister shall amend a permit by adding, removing or amending a condition or any information set out in the permit.

(3) The Minister may revoke a permit issued to a person or refuse to issue any other permit to a person where the Minister determines that the person has not complied with

(a) any condition set out in the permit;

concernant les permis. Selon elle, « [l]a question qui se pose dans le cas qui nous occupe est celle de savoir qui décide, au départ, si l’exercice du pouvoir par la loi est valide ou non » (par. 37). La juge Sharlow a conclu que rien dans les lois pertinentes n’indique que seul le contrôle judiciaire permet de mener à bien cette tâche. Plus particulièrement, elle était d’avis que l’art. 8 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, qui codifie la défense de pouvoir d’origine législative, prouve que la légalité de la décision attaquée peut être examinée dans le cadre d’une action en dommages-intérêts (par. 39). De plus, elle a souligné que le par. 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, confère à la Cour fédérale compétence pour connaître des recours traditionnels de droit public. Il ne dit pas qu’un litige portant sur la légalité de l’exercice d’un pouvoir d’origine législative ne peut être examiné dans le cadre d’un procès régi par la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (par. 44). Selon la juge Sharlow, le législateur fédéral souhaite manifestement que les demandes de dommages-intérêts puissent être entendues soit par la Cour fédérale, soit par l’une des cours supérieures des provinces (par. 46). Elle aurait accueilli l’appel et laissé l’action de Parrish en dommages-intérêts suivre son cours.

III. Dispositions pertinentes

[15] *Règlement sur la protection des végétaux*, DORS/95-212

34. (1) Quiconque importe une chose conformément à un permis est tenu de respecter toutes les conditions qui y sont énoncées.

(2) Le ministre modifie un permis en y ajoutant, en en enlevant ou en en modifiant toute condition ou tout renseignement lorsqu’il établit qu’une telle modification est nécessaire pour prévenir l’introduction ou la propagation au Canada de tout parasite ou de tout obstacle biologique à la lutte antiparasitaire.

(3) Le ministre peut révoquer le permis d’une personne ou refuser de lui en délivrer un autre lorsqu’il établit que celle-ci :

a) soit n’a pas respecté une condition du permis;

(b) any provision of the Act or any regulation or order made thereunder; or

(c) any order made by the Minister under subsection 15(3) of the Act.

(4) The Minister may revoke a permit issued to a person or refuse to issue a permit to a person where the Minister has reasonable grounds to believe that

(a) there is an infestation in the country or place of origin of a thing or the country or place from which the thing was re-shipped; or

(b) the person has not complied with

(i) any condition set out in the permit,

(ii) any provision of the Act or any regulation or order made thereunder, or

(iii) any order made by the Minister under subsection 15(3) of the Act.

(5) Where a foreign exporter has shipped to Canada any thing that is a pest, infested or a biological obstacle to the control of a pest or that contravenes any provision of the Act or any regulation or order made thereunder, the Minister may revoke a permit issued to any person, or refuse to issue a permit in respect of a thing to any person, to import from that foreign exporter or from the country or place of origin or reshipment until

(a) the thing shipped or to be shipped is no longer a pest, infested or a biological obstacle to the control of a pest;

(b) the phytosanitary authorities in the country or place of origin or reshipment have identified to the Minister the cause or source of the infestation that is the subject-matter of the contravention; and

(c) the foreign exporter or the phytosanitary authorities referred to in paragraph (b) have given a written undertaking to comply with the provisions of the Act and all regulations and orders made thereunder.

IV. Analysis

[16] On the basis of *Grenier*, the Crown argues that Parrish's action is a collateral attack on its administrative decisions to revoke the import licences and

b) soit n'a pas respecté une disposition de la Loi ou de ses textes d'application;

c) soit ne s'est pas conformée à un arrêté du ministre pris en vertu du paragraphe 15(3) de la Loi.

(4) Le ministre peut révoquer un permis ou refuser de délivrer un permis à une personne s'il a des motifs raisonnables de croire que, selon le cas :

a) il y a une infestation dans le pays ou le lieu d'origine ou de réexpédition de la chose;

b) la personne :

(i) soit n'a pas respecté une condition du permis,

(ii) soit n'a pas respecté une disposition de la Loi ou de ses textes d'application,

(iii) soit ne s'est pas conformée à un arrêté du ministre pris en vertu du paragraphe 15(3) de la Loi.

(5) Lorsqu'un exportateur étranger a expédié au Canada une chose qui soit est un parasite, soit est parasitée ou constitue un obstacle biologique à la lutte antiparasitaire ou qui n'est pas conforme à la Loi ou à ses textes d'application, le ministre peut révoquer, aux fins de l'importation de choses de cet exportateur, ou aux fins de l'importation de choses à partir du pays ou du lieu d'origine ou de réexpédition de la chose, tout permis délivré à une personne ou refuser de lui en délivrer un à l'égard de ces choses jusqu'à ce que les conditions suivantes soient réunies :

a) la chose expédiée ou à expédier n'est plus un parasite ou n'est plus parasitée ou ne constitue plus un obstacle biologique à la lutte antiparasitaire;

b) les autorités phytosanitaires du pays ou du lieu d'origine ou de réexpédition ont identifié pour le ministre la cause ou la source de l'infestation qui constitue l'infraction;

c) les autorités phytosanitaires visées à l'alinéa b) ou l'exportateur étranger se sont engagés par écrit à se conformer aux dispositions de la Loi et de ses textes d'application.

IV. Analyse

[16] Se fondant sur *Grenier*, la Couronne fait valoir que l'action de Parrish conteste indirectement ses décisions administratives de révoquer les

issue another one. It argues that “Parrish cannot succeed in its claims without attacking the lawfulness or validity of the revocation decisions” (R.F., at para. 23). According to the Crown, this attack on the licensing decisions must first occur by way of judicial review.

[17] For the reasons given by Binnie J. in the companion decision of *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the Crown’s arguments must fail.

[18] Unlike in *TeleZone*, the Federal Court’s jurisdiction is not at issue in this appeal. Parrish brought its action in the Federal Court. However, the correct procedure — action or application for judicial review — is at issue. Section 17 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court concurrent jurisdiction over claims for damages against the Crown. Section 18 of the *Federal Courts Act* does not derogate from this concurrent jurisdiction. There is nothing in ss. 17 or 18 that requires Parrish to be successful on judicial review before bringing its claim for damages against the Crown.

[19] Parrish complied with the re-issued import licence. It imported the wheat and fulfilled its contracts. Bringing an application for judicial review to invalidate the licensing decisions would serve no practical purpose. Parrish now brings an action in tort to recover the additional costs of complying with the CFIA’s licensing decisions.

[20] The Crown may seek to defend against the action by relying on its statutory authority, under s. 47 of the *Plant Protection Act*, S.C. 1990, c. 22, and s. 34 of the *Plant Protection Regulations*, to revoke or amend import permits. If it does so, the merits of this defence will have to be determined at trial.

permis d’importation et d’en délivrer un nouveau. Elle soutient que [TRADUCTION] « Parrish ne peut avoir gain de cause quant à ses demandes sans contester la légalité ou la validité des décisions portant révocation » (m.i., par. 23). Toujours selon la Couronne, cette contestation des décisions concernant les permis doit d’abord être faite par voie de contrôle judiciaire.

[17] Pour les motifs exposés par le juge Binnie dans l’arrêt connexe *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, les arguments de la Couronne ne peuvent être retenus.

[18] Contrairement à *TeleZone*, le présent appel ne soulève pas la question de la compétence de la Cour fédérale. Parrish a intenté son action en Cour fédérale. Cependant, il est question en l’espèce du choix de la procédure à suivre — une action ou une demande de contrôle judiciaire. L’article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. L’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* n’amointrit pas cette compétence concurrente. Ni l’art. 17, ni l’art. 18 n’exigent que Parrish ait gain de cause en contrôle judiciaire avant de pouvoir intenter son action en dommages-intérêts contre la Couronne.

[19] Parrish a respecté les conditions du nouveau permis d’importation. Elle a importé le blé et exécuté ses contrats. Il ne lui servirait à rien de déposer une demande de contrôle judiciaire pour faire invalider les décisions concernant les permis. Parrish intente maintenant une action en responsabilité délictuelle afin de recouvrer les frais additionnels qu’elle a dû payer pour se conformer aux décisions de l’ACIA concernant les permis.

[20] La Couronne voudra peut-être se défendre contre l’action en s’appuyant sur le pouvoir de révoquer ou de modifier des permis d’importation que lui confèrent l’art. 47 de la *Loi sur la protection des végétaux*, L.C. 1990, ch. 22, et l’art. 34 du *Règlement sur la protection des végétaux*. Le cas échéant, le bien-fondé de ce moyen de défense sera examiné lors du procès.

[21] For the reasons given in *TeleZone*, the Federal Court should have decided Parrish's claim for damages without requiring it to first be successful on judicial review.

V. Conclusion

[22] I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Ritch Durnford, Halifax.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

[21] Pour les motifs fournis dans *TeleZone*, la Cour fédérale aurait dû statuer sur l'action en dommages-intérêts de Parrish, sans exiger que cette dernière ait d'abord gain de cause en contrôle judiciaire.

V. Conclusion

[22] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours.

Appel accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Ritch Durnford, Halifax.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Nu-Pharm Inc. *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada,
Attorney General of Canada and Director-
General, Therapeutic Products Directorate of
Health Canada** *Respondents*

INDEXED AS: NU-PHARM INC. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)

2010 SCC 65

File No.: 32830.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron,
Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from decisions prohibiting sale of drug — Plaintiff not seeking judicial review of decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

In 1997, N applied unsuccessfully to Health Canada to obtain authorization to sell its drug Nu-Enalapril in Canada. The decision was set aside on judicial review, and Health Canada issued a notice of compliance, but that decision was subsequently overturned on judicial review. As a result, N could no longer sell and market the drug. In 2001, N initiated an application for judicial review, alleging that Health Canada was acting unlawfully in requiring it to obtain a notice of compliance and by prohibiting the sale of the drug, but later discontinued its application. In 2002, N filed a statement of claim in the Federal Court against the Crown seeking injunctive and mandatory relief and damages for various torts. The Crown was successful in bringing a motion for summary judgment dismissing the action on the basis that, absent a successful challenge of the decisions of Health Canada by way of judicial review, the Federal Court did not have jurisdiction to hear the

Nu-Pharm Inc. *Appelante*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada,
procureur général du Canada et directeur
général de la Direction des produits
thérapeutiques de Santé Canada** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : NU-PHARM INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

2010 CSC 65

N° du greffe : 32830.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella,
Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions d'interdire la vente d'un médicament — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions — La demanderesse peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

En 1997, Santé Canada a refusé à N l'autorisation de vendre son médicament, le Nu-Enalapril, au Canada. Cette décision a été annulée à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire et Santé Canada a délivré un avis de conformité, mais cette décision a elle aussi été annulée à la suite d'une demande de contrôle judiciaire. N ne pouvait donc plus vendre et commercialiser le médicament. En 2001, N a introduit une demande de contrôle judiciaire, alléguant que Santé Canada agissait illégalement en l'obligeant à obtenir un avis de conformité et en interdisant la vente du médicament, mais elle s'est plus tard désistée de cette demande. En 2002, N a déposé une déclaration à la Cour fédérale contre la Couronne, sollicitant une injonction, une ordonnance de faire et des dommages-intérêts pour différents délits. La Couronne a déposé avec succès une requête en jugement sommaire rejetant l'action au motif que, compte tenu de l'arrêt *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287,

matter in light of *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the Federal Court should have decided N's claim for damages without requiring it to first be successful on judicial review. Section 17 of the *Federal Courts Act* gives the Federal Court concurrent jurisdiction over claims for damages against the Crown. Section 18 of the Act does not derogate from this concurrent jurisdiction. Nothing in ss. 17 or 18 of the Act requires a plaintiff to be successful on judicial review before bringing a claim for damages against the Crown. N is currently authorized to distribute the drug across the country and, since the discontinuance of the claims for injunctive and declaratory relief, there is no longer any practical effect in seeking judicial review. The merits of the defence of statutory authority, if raised, may be determined at trial.

Cases Cited

Applied: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; **overruled:** *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620; *Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21, aff'd (2000), 254 N.R. 68, leave to appeal refused, [2000] 1 S.C.R. xvii.

Statutes and Regulations Cited

Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. C.08.001, C.08.002(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Linden, Nadon and Sexton J.J.A.), 2008 FCA 227, 387 N.R. 300, 67 C.P.R. (4th) 175, [2008] F.C.J. No. 1054 (QL), 2008 CarswellNat 2294, affirming a decision of Hugessen J., 2007 FC 977, [2007] F.C.J. No. 1273 (QL), 2007 CarswellNat 3146. Appeal allowed.

Andrew Brodtkin and Cynthia L. Tape, for the appellant.

la Cour fédérale n'était pas compétente pour connaître de l'affaire sans que les décisions de Santé Canada soient annulées au préalable par voie de contrôle judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Pour les motifs fournis dans *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, la Cour fédérale aurait dû statuer sur l'action en dommages-intérêts de N, sans exiger que cette dernière ait d'abord gain de cause en contrôle judiciaire. L'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. L'article 18 de la *Loi* n'amoindrit pas cette compétence concurrente. Ni l'art. 17, ni l'art. 18 n'exigent que le demandeur ait gain de cause en contrôle judiciaire avant de pouvoir intenter une action en dommages-intérêts contre la Couronne. N est maintenant autorisée à distribuer le médicament dans tout le pays et, depuis qu'elle s'est désistée des demandes d'injonction et de jugement déclaratoire, il ne lui sert à rien de présenter une demande de contrôle judiciaire. Le bien-fondé de la défense de pouvoir d'origine législative pourra, le cas échéant, être examiné lors du procès.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; **arrêt renversé :** *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620; *Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090, conf. par 2000 CanLII 15094, autorisation d'appel refusée, [2000] 1 R.C.S. xvii.

Lois et règlements cités

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.001, C.08.002(1).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Linden, Nadon et Sexton), 2008 CAF 227, 387 N.R. 300, 67 C.P.R. (4th) 175, [2008] A.C.F. n° 1054 (QL), 2008 CarswellNat 4244, qui a confirmé une décision du juge Hugessen, 2007 CF 977, [2007] A.C.F. n° 1273 (QL), 2007 CarswellNat 4293. Pourvoi accueilli.

Andrew Brodtkin et Cynthia L. Tape, pour l'appellante.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue in this appeal is whether a plaintiff, who seeks damages for a decision by Health Canada to prohibit the sale of a drug, must first invalidate that decision by way of judicial review in the Federal Court.

I. Facts

[2] Nu-Pharm is a generic drug manufacturing and distribution company. It produces the product “Nu-Enalapril”, a cardiovascular medication for the treatment of hypertension. In 1997, Nu-Pharm filed an abbreviated new drug submission with Health Canada in order to obtain authorization to sell Nu-Enalapril in Canada. In the submission, Nu-Pharm relied on a comparison with a generic version of a drug produced by Merck and Co. Health Canada refused to accept the abbreviated new drug submission because it failed to reference a valid Canadian reference product, a requirement under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870. Health Canada’s decision was set aside on judicial review at the Federal Court (*Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 620).

[3] As a result, Health Canada reviewed the abbreviated new drug submission and issued a notice of compliance for Nu-Enalapril, which is a requirement for the advertisement and sale of the drug (*Food and Drug Regulations*, s. C.08.002(1)(b)). Merck applied for judicial review of the decision to grant the notice of compliance because Nu-Pharm had compared its product to the generic version of Merck’s drug but not the patented version, Vasotec. The application for judicial review was allowed at the Federal Court on the basis that the decision to issue a notice of compliance was in violation of the *Patented Medicines (Notice of*

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La question en litige dans le présent appel est de savoir si un demandeur, qui réclame des dommages-intérêts en raison de la décision de Santé Canada d’interdire la vente d’un médicament, doit d’abord faire annuler cette décision par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

I. Faits

[2] Nu-Pharm est une société qui fabrique et distribue des médicaments génériques. Elle fabrique le « Nu-Enalapril », un médicament cardiovasculaire qui combat l’hypertension. En 1997, Nu-Pharm a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle à Santé Canada afin d’obtenir l’autorisation de vendre le Nu-Enalapril au Canada. Dans la présentation, Nu-Pharm a comparé le Nu-Enalapril et la version générique d’un médicament fabriqué par Merck and Co. Santé Canada a refusé la présentation abrégée de drogue nouvelle, parce que celle-ci ne faisait pas mention d’un produit de référence canadien valide, comme l’exige le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. La Cour fédérale a annulé la décision de Santé Canada à l’issue d’une procédure de contrôle judiciaire (*Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 620).

[3] Santé Canada a donc examiné la présentation abrégée de drogue nouvelle et délivré un avis de conformité pour le Nu-Enalapril, une condition à respecter pour annoncer et vendre le médicament (*Règlement sur les aliments et drogues*, al. C.08.002(1)(b)). Merck a demandé le contrôle judiciaire de la décision accordant l’avis de conformité, car Nu-Pharm avait comparé son produit à la version générique du médicament de Merck, et non à sa version brevetée, le Vasotec. La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire, au motif que cette décision était contraire au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*,

Compliance) Regulations, SOR/93-133 (*Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (1999), 176 F.T.R. 21). The decision was upheld at the Federal Court of Appeal (*Merck & Co. v. Canada (Attorney General)* (2000), 254 N.R. 68). This Court dismissed Nu-Pharm's leave to appeal application ([2000] 1 S.C.R. xvii).

[4] As a result of these proceedings, Nu-Pharm no longer had a notice of compliance for the marketing of Nu-Enalapril. The Director General of the Therapeutic Products Directorate of Health Canada advised the provincial drug benefit managers and Registrars of Pharmacists that the sale or advertisement of Nu-Enalapril was now prohibited:

1. Letter of March 22, 2000:

A recent judgment from the Federal Court of Appeal has affected the status of the Notice of Compliance (NOC) for Nu-Enalapril 2.5, 5, 10 and 20 mg tablets, issued on February 25, 1999.

On March 13th, 2000, in Court File No. A-804-99, a decision was delivered by the Court which dismissed the appeal sought by Nu-Pharm of the trial division's decision in Court File No. T-398-99.

Pursuant to the decision, the NOC for Nu-Enalapril is no longer valid. Consequently, the Nu-Enalapril products may no longer be sold or advertised pursuant to the NOC issued on February 25, 1999, subject to any further judicial consideration of the decision.

2. Letter of March 31, 2000:

Unless a further judicial order is made to the contrary, the NOC for Nu-Enalapril is invalid from the date of issuance of the Judgment of the Court of Appeal, March 13, 2000. Continued sale or advertisement of Nu-Enalapril by anyone is contrary to section C.08.002 of the *Food & Drug Regulations*. This includes the distributing or dispensing of existing stock of the drug purchased from Nu-Pharm prior to the Judgment.

The TPP has clarified the above interpretation with Nu-Pharm.

DORS/93-133 (*Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, 1999 CanLII 9090). La Cour d'appel fédérale a confirmé cette décision (*Merck & Co. c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15094). La Cour a rejeté la demande d'autorisation d'appel de Nu-Pharm ([2000] 1 R.C.S. xvii).

[4] Par suite des décisions susmentionnées, Nu-Pharm ne disposait plus d'un avis de conformité lui permettant de mettre en marché le Nu-Enalapril. Le directeur général de la Direction des produits thérapeutiques de Santé Canada a avisé les responsables provinciaux des programmes d'assurance médicaments et des registres des pharmaciens qu'il était désormais interdit de vendre et d'annoncer le Nu-Enalapril.

1. Lettre du 22 mars 2000 :

[TRADUCTION] Un jugement récent de la Cour d'appel fédérale a modifié le statut de l'avis de conformité délivré le 25 février 1999 relativement aux comprimés Nu-Enalapril de 2,5, 5, 10 et 20 mg.

Le 13 mars 2000, dans le dossier portant le numéro de greffe A-804-99, la Cour a rejeté l'appel interjeté par Nu-Pharm à l'encontre de la décision rendue par la Section de première instance dans le dossier portant le numéro de greffe T-398-99.

En application de cette décision, l'avis de conformité concernant le Nu-Enalapril n'est plus valide. Par conséquent, les produits Nu-Enalapril ne peuvent plus être vendus ou annoncés conformément à l'avis de conformité délivré le 25 février 1999, sous réserve d'un examen judiciaire ultérieur de la décision.

2. Lettre du 31 mars 2000 :

[TRADUCTION] À moins d'une ordonnance judiciaire ultérieure à l'effet contraire, l'avis de conformité concernant le Nu-Enalapril est invalide depuis le jugement prononcé par la Cour d'appel fédérale le 13 mars 2000. Désormais, la vente du Nu-Enalapril ou la publicité relative à ce médicament constitue une violation de l'article C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*. Cela vise la distribution et l'exécution des ordonnances en utilisant les stocks de médicaments achetés de Nu-Pharm avant le jugement.

La DPT a fait le point sur cette interprétation avec Nu-Pharm.

[5] Nu-Pharm wrote to the Director General advising that it disagreed with the position of Health Canada and the statements in the letters. Nu-Pharm argued that Nu-Enalapril was not a new drug, as defined in the regulations. Accordingly, a notice of compliance was not necessary for its lawful sale. In a further letter to the Director General, Nu-Pharm noted that the Therapeutic Products Directorate's official policy provided that seven years after the initial date of marketing a medicinal substance, a drug containing that medicinal substance would no longer be considered "new". Nu-Pharm requested that the Director General agree with its position that Nu-Enalapril was not a "new drug" and lift the prohibition on its sale and marketing.

[6] The Director General responded to Nu-Pharm's letters and indicated that he did not agree with Nu-Pharm's position on the necessity of obtaining a notice of compliance for the marketing of Nu-Enalapril. Nu-Pharm and the Director General exchanged several more letters over the course of several months. Neither party changed its view on the matter.

[7] On February 22, 2001, Nu-Pharm initiated an application for judicial review, alleging that the Director General was acting unlawfully in requiring Nu-Pharm to obtain a notice of compliance and by prohibiting the sale of Nu-Enalapril. Nu-Pharm later discontinued this application.

[8] On February 12, 2002, Nu-Pharm filed a statement of claim in the Federal Court bringing an action against Her Majesty the Queen, the Attorney General of Canada and the Director General (collectively, the "Crown"). The statement initially sought:

- an order enjoining the Director General from publishing further statements advising that the sale of Nu-Enalapril is unlawful;
- a mandatory order requiring the Director General to retract the previous statements to the same effect; and

[5] Nu-Pharm a écrit au directeur général pour l'aviser qu'elle était en désaccord avec la position de Santé Canada et les affirmations faites dans les lettres. Nu-Pharm a fait valoir que le Nu-Enalapril n'était pas une drogue nouvelle au sens du Règlement. Il n'était donc pas nécessaire d'obtenir un avis de conformité pour vendre légalement ce médicament. Dans une autre lettre adressée au directeur général, Nu-Pharm a souligné que, selon la politique officielle de la Direction des produits thérapeutiques, un médicament contenant une substance médicinale n'est plus considéré comme une drogue « nouvelle » sept ans après la date initiale de la mise en marché de cette substance. Nu-Pharm a demandé au directeur général de souscrire à sa position que le Nu-Enalapril n'était pas une « drogue nouvelle », et de lever l'interdiction de vendre et de commercialiser ce médicament.

[6] Le directeur général a répondu aux lettres de Nu-Pharm et lui a indiqué qu'il ne partageait pas son opinion sur la nécessité d'obtenir un avis de conformité pour commercialiser le Nu-Enalapril. Nu-Pharm et le directeur général ont échangé plusieurs autres lettres au cours des mois qui ont suivi, mais aucune des parties n'a changé d'avis sur cette question.

[7] Le 22 février 2001, Nu-Pharm a introduit une demande de contrôle judiciaire, alléguant que le directeur général agissait illégalement en l'obligeant à obtenir un avis de conformité et en interdisant la vente du Nu-Enalapril. Nu-Pharm s'est plus tard désistée de cette demande.

[8] Le 12 février 2002, Nu-Pharm a intenté une action devant la Cour fédérale contre Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada et le directeur général (collectivement la « Couronne »). Dans sa déclaration initiale, elle sollicitait :

- une ordonnance interdisant au directeur général de publier d'autres déclarations selon lesquelles la vente du Nu-Enalapril est illégale;
- une ordonnance enjoignant au directeur général de retirer les déclarations antérieures en ce sens;

- damages for misfeasance in public office, abuse of authority, illegal interference with Nu-Pharm's economic interests, and gross negligence, or alternatively negligence.

Nu-Pharm brought this action to mitigate its financial losses resulting from the prohibition on the marketing of its product.

[9] During these proceedings, Nu-Pharm obtained authorization to market Nu-Enalapril in Canada. Therefore, the injunctive and mandatory orders that it sought are moot and Nu-Pharm no longer pursues these claims. All that remains of Nu-Pharm's action against the federal Crown is the claim for damages incurred during the period between the Director General's first letter and the moment it was able to market its product (approximately from March 2000 to October 2006).

[10] On April 13, 2007, the Crown filed a notice of motion for summary judgment on the ground that "Nu-Pharm is not entitled to seek damages in an action resulting from the decisions of the Director-General without first proceeding by way of judicial review in order to have the decision invalidated" (R.R., vol. I, at p. 41).

II. Judicial History

A. *Federal Court, 2007 FC 977 (CanLII)*

[11] Mr. Justice Hugessen allowed the Crown's motion for summary judgment on the basis of *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287. He concluded that

the obtaining of the damages claimed in paragraph 1(c) of the amended statement of claim above is entirely dependant upon the plaintiff showing the unlawful character of the Director-General's decisions . . . The addition of an allegation of negligence, gross or not, in the action cannot be divorced from the allegation that the Director-General acted unlawfully. [para. 16]

[12] Having determined that Nu-Pharm's action was "fatally flawed by its failure to maintain its application for judicial review" (at para. 17),

- des dommages-intérêts pour faute dans l'exercice d'une charge publique, abus de pouvoir, atteinte illégale aux intérêts économiques de Nu-Pharm et négligence grave ou, subsidiaire, négligence.

Nu-Pharm a intenté cette action pour limiter ses pertes financières attribuables à l'interdiction de commercialiser son produit.

[9] Durant l'instance, Nu-Pharm a obtenu l'autorisation de commercialiser le Nu-Enalapril au Canada. L'injonction et l'ordonnance de faire que Nu-Pharm sollicitait sont donc caduques, et Nu-Pharm ne demande plus ces réparations. De l'action intentée par Nu-Pharm contre la Couronne fédérale, seule demeure la réclamation pour les dommages subis entre la première lettre du directeur général et le moment où Nu-Pharm a pu commercialiser son produit (soit approximativement de mars 2000 à octobre 2006).

[10] Le 13 avril 2007, la Couronne a déposé un avis de requête en jugement sommaire au motif que [TRADUCTION] « Nu-Pharm n'a pas le droit de demander des dommages-intérêts dans une action découlant des décisions du directeur général sans demander au préalable l'annulation de la décision par voie de contrôle judiciaire » (d.i., vol. I, p. 41).

II. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour fédérale, 2007 CF 977 (CanLII)*

[11] Se fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, le juge Hugessen a accueilli la requête en jugement sommaire de la Couronne. Il a conclu que

l'obtention des dommages-intérêts réclamés à l'alinéa 1c) de la déclaration modifiée repose entièrement sur la démonstration par la demanderesse de l'illégalité des décisions du directeur général [. . .] L'allégation de négligence, grave ou non, qui est ajoutée dans l'action ne peut être dissociée de l'allégation selon laquelle le directeur général a agi de façon illégale. [par. 16]

[12] Ayant décidé que l'action de Nu-Pharm « souffrait d'un défaut fatal, à savoir la non-poursuite de sa demande de contrôle judiciaire »

Hugessen J. considered possible alternative remedies. Hugessen J. ordered a temporary stay of his judgment to allow Nu-Pharm to seek an extension of time to file for judicial review and to pursue that course of action. If Nu-Pharm was successful on judicial review, Hugesson J.'s judgment could be vacated. If unsuccessful, the judgment would become permanent.

B. *Federal Court of Appeal, 2008 FCA 227, 387 N.R. 300*

[13] Nu-Pharm's appeal was dismissed at the Federal Court of Appeal, again on the basis of *Grenier*. Nadon J.A., writing for a unanimous court, concluded that Nu-Pharm's action constituted a collateral attack on the decisions of the Director General. As the court had found in *Grenier*, the decisions could only be challenged by way of judicial review.

III. Relevant Provisions

[14] *Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870*

C.08.001. For the purposes of the Act and this Division, "new drug" means

(a) a drug that contains or consists of a substance, whether as an active or inactive ingredient, carrier, coating, excipient, menstruum or other component, that has not been sold as a drug in Canada for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that substance for use as a drug;

(b) a drug that is a combination of two or more drugs, with or without other ingredients, and that has not been sold in that combination or in the proportion in which those drugs are combined in that drug, for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that combination and proportion for use as a drug; or

(c) a drug, with respect to which the manufacturer prescribes, recommends, proposes or claims a use as a drug, or a condition of use as a drug, including

(par. 17), le juge Hugessen a examiné la possibilité d'accorder d'autres mesures de redressement. Il a sursis temporairement à l'exécution de son jugement afin de permettre à Nu-Pharm de demander une prorogation de délai pour déposer une demande de contrôle judiciaire et d'exercer ce recours. La décision du juge Hugessen pourrait être annulée si Nu-Pharm avait gain de cause en contrôle judiciaire. Si cette dernière était déboutée, le jugement deviendrait permanent.

B. *Cour d'appel fédérale, 2008 CAF 227, 387 N.R. 300*

[13] La Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel de Nu-Pharm, encore une fois sur la base de *Grenier*. S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, le juge Nadon a conclu que l'action de Nu-Pharm constituait une contestation indirecte des décisions du directeur général. Comme l'a conclu la Cour d'appel dans *Grenier*, ces décisions ne peuvent être contestées que par voie de contrôle judiciaire.

III. Dispositions pertinentes

[14] *Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870*

C.08.001. Pour l'application de la Loi et du présent titre, « drogue nouvelle » désigne :

a) une drogue qui est constituée d'une substance ou renferme une substance, sous forme d'ingrédient actif ou inerte, de véhicule, d'enrobage, d'excipient, de solvant ou de tout autre constituant, laquelle substance n'a pas été vendue comme drogue au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de ladite substance employée comme drogue;

b) une drogue qui entre dans une association de deux drogues ou plus, avec ou sans autre ingrédient, qui n'a pas été vendue dans cette association particulière, ou dans les proportions de ladite association pour ces drogues particulières, pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de cette association ou de ces proportions employées comme drogue; ou

c) une drogue pour laquelle le fabricant prescrit, recommande, propose ou déclare un usage comme drogue ou un mode d'emploi comme drogue, y

dosage, route of administration, or duration of action and that has not been sold for that use or condition of use in Canada, for sufficient time and in sufficient quantity to establish in Canada the safety and effectiveness of that use or condition of use of that drug.

compris la posologie, la voie d'administration et la durée d'action, et qui n'a pas été vendue pour cet usage ou selon ce mode d'emploi au Canada pendant assez longtemps et en quantité suffisante pour établir, au Canada, l'innocuité et l'efficacité de cet usage ou de ce mode d'emploi pour ladite drogue.

C.08.002. (1) No person shall sell or advertise a new drug unless

C.08.002. (1) Il est interdit de vendre ou d'annoncer une drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies :

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission relating to the new drug that is satisfactory to the Minister;

a) le fabricant de la drogue nouvelle a, relativement à celle-ci, déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle que celui-ci juge acceptable;

(b) the Minister has issued, pursuant to section C.08.004, a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the new drug submission or abbreviated new drug submission;

b) le ministre a, aux termes de l'article C.08.004, délivré au fabricant de la drogue nouvelle un avis de conformité relativement à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

(c) the notice of compliance in respect of the submission has not been suspended pursuant to section C.08.006; and

c) l'avis de conformité relatif à la présentation n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006;

(d) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any labels, including package inserts, product brochures and file cards, intended for use in connection with that new drug, and a statement setting out the proposed date on which those labels will first be used.

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons des étiquettes — y compris toute notice jointe à l'emballage, tout dépliant et toute fiche sur le produit — destinées à être utilisées pour la drogue nouvelle, ainsi qu'une déclaration indiquant la date à laquelle il est prévu de commencer à utiliser ces étiquettes.

IV. Analysis

IV. Analyse

[15] The Crown's position is that the decisions by the Director General are decisions of a federal board, commission or tribunal, and, as such, any challenge to the lawfulness of these decisions must occur through an application for judicial review in the Federal Court.

[15] La Couronne plaide que les décisions du directeur général constituent des décisions d'un office fédéral et que, pour cette raison, leur légalité ne peut être contestée que par voie de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale.

[16] For the reasons set out by Binnie J. in the companion case of *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the Crown's argument must fail.

[16] Pour les motifs exposés par le juge Binnie dans l'affaire connexe *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, l'argument de la Couronne ne peut être retenu.

[17] Unlike in *TeleZone*, the Federal Court's jurisdiction is not at issue in this appeal. Nu-Pharm brought its action in the Federal Court. However,

[17] Contrairement à *TeleZone*, le présent pourvoi ne soulève pas la question de la compétence de la Cour fédérale. Nu-Pharm a intenté son action en

the correct procedure — action or application for judicial review — is at issue. Section 17 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, gives the Federal Court concurrent jurisdiction over claims for damages against the Crown. Section 18 of the *Federal Courts Act* does not derogate from this concurrent jurisdiction. There is nothing in ss. 17 or 18 that requires Nu-Pharm to be successful on judicial review before bringing its claim for damages against the Crown.

[18] Nu-Pharm is now authorized to distribute Nu-Enalapril across the country. As Nu-Pharm has recognized by discontinuing its claims for injunctive and declaratory relief, there is no longer any practical effect in seeking judicial review. It now seeks to recover damages for loss that occurred as a result of, what it says, was intentional or negligent conduct on the part of the Director General. It brings its claim in tort.

[19] It is true that the decisions by the Director General were made pursuant to federal legislation. Thus, it is expected that in the case on its merits, the Crown will argue the defence of statutory authority. However, that is an issue that will have to be resolved at trial.

[20] For the reasons given in *TeleZone*, the Federal Court should have decided Nu-Pharm's claim for damages without requiring it to first be successful on judicial review.

V. Conclusion

[21] I would allow the appeal with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodmans, Toronto.

Solicitor for the respondents: Attorney General of Canada, Ottawa.

Cour fédérale. Cependant, il est question en l'espèce du choix de la procédure à suivre — une action ou une demande de contrôle judiciaire. L'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, confère à la Cour fédérale compétence concurrente dans les cas de demande de réparation contre la Couronne. L'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* n'amointrit pas cette compétence concurrente. Ni l'art. 17, ni l'art. 18 n'exigent que Nu-Pharm ait gain de cause en contrôle judiciaire avant de pouvoir intenter son action en dommages-intérêts contre la Couronne.

[18] Nu-Pharm est maintenant autorisée à distribuer le Nu-Enalapril dans tout le pays. Comme Nu-Pharm l'a reconnu en se désistant de ses demandes d'injonction et de jugement déclaratoire, il ne lui sert à rien dans les faits de présenter une demande de contrôle judiciaire. Elle réclame maintenant des dommages-intérêts pour ses pertes qu'elle attribue à la conduite intentionnelle ou négligente du directeur général. Elle présente une demande en responsabilité délictuelle.

[19] Certes, le directeur général a pris ses décisions en vertu de la législation fédérale. On s'attend donc à ce que la Couronne invoque, sur le fond, le moyen de défense de pouvoir d'origine législative. Cette question devra toutefois être tranchée lors du procès.

[20] Pour les motifs fournis dans *TeleZone*, la Cour fédérale aurait dû statuer sur l'action en dommages-intérêts de Nu-Pharm, sans exiger que cette dernière ait d'abord gain de cause en contrôle judiciaire.

V. Conclusion

[21] Je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Goodmans, Toronto.

Procureur des intimés : Procureur général du Canada, Ottawa.

Canadian Food Inspection Agency *Appellant*

Agence canadienne d'inspection des aliments *Appelante*

v.

c.

Professional Institute of the Public Service of Canada, Dany Beauregard, Gaston Duchemin, Jacques Vézina, Normand Bélaïr, Lyn Couture, Jacques Guy, Sonja Laurendeau, Guy Boulard, Stéphan Cagna, Mona Gauthier, Michel Marcoux, Patrick Poulin, François Saulnier, Madjid Boussouira, Nicole Loranger, France Sylvestre, Peter O'Donnell, Johanne Marcotte, Pierre Rousselle, Ginette Caissie, Corine Petitclerc, Patrice Cossette, Brigitte Flibotte, Réjean Germain, Sonia Poisson, Pierre Parrot, Daniel Colas, Martin Rodrigue, Jeanne Dufour, Louis Fortin, Marcel Gourde, Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole and Supraliment S.E.C. *Respondents*

Institut professionnel de la fonction publique du Canada, Dany Beauregard, Gaston Duchemin, Jacques Vézina, Normand Bélaïr, Lyn Couture, Jacques Guy, Sonja Laurendeau, Guy Boulard, Stéphan Cagna, Mona Gauthier, Michel Marcoux, Patrick Poulin, François Saulnier, Madjid Boussouira, Nicole Loranger, France Sylvestre, Peter O'Donnell, Johanne Marcotte, Pierre Rousselle, Ginette Caissie, Corine Petitclerc, Patrice Cossette, Brigitte Flibotte, Réjean Germain, Sonia Poisson, Pierre Parrot, Daniel Colas, Martin Rodrigue, Jeanne Dufour, Louis Fortin, Marcel Gourde, Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole et Supraliment S.E.C. *Intimés*

INDEXED AS: CANADIAN FOOD INSPECTION AGENCY v. PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA

2010 SCC 66

File No.: 32880.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Courts — Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown servants and union in Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourses in warranty against federal agency — Whether defendants entitled to bring recourses in warranty in Superior Court of Quebec without first proceeding by way of judicial review before Federal Court.

Crown law — Crown liability — Civil liability — Action brought against Crown servants and union in

RÉPERTORIÉ : AGENCE CANADIENNE D'INSPECTION DES ALIMENTS c. INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA

2010 CSC 66

N° du greffe : 32880.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en responsabilité civile intentée contre des préposés de l'État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale — Les défendeurs peuvent-ils exercer un recours en garantie devant la Cour supérieure du Québec sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale?

Droit de la Couronne — Responsabilité de la Couronne — Responsabilité civile — Action en responsabilité

Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourse in warranty against federal agency alleging that cause of damage was agency's decision — Whether decision of federal agency can constitute fault in Quebec even if it is lawful and valid — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2, 3; Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1376, 1457.

In 2001, veterinarians assigned to inspect slaughterhouses in Quebec were involved in a labour dispute with the Canadian Food Inspection Agency (“CFIA”). They did not report for work during December 2001. The CFIA subsequently issued a direction providing that, since the veterinarians were not available to carry out inspections during the relevant period, the meat and meat products did not meet the requirements of the *Meat Inspection Regulations, 1990*, and therefore had to be destroyed or disposed of as inedible material. The slaughterhouse operators did not apply for judicial review, but commenced an action in the Quebec Superior Court, seeking nearly \$1.8 million in damages from the veterinarians and their representative, the Professional Institute of the Public Service of Canada (“Institute”). In their defence, the Institute and the veterinarians argued that any damage resulted from the decision and measures of the CFIA. They each called the CFIA in warranty, but the CFIA brought motions to dismiss the recourse in warranty on the ground that the direction issued by it was a decision of a federal board in respect of which the Superior Court could have no jurisdiction unless the decision was first quashed on judicial review by the Federal Court. The Superior Court dismissed the motions and the Court of Appeal upheld the decision. It held that the recourse in warranty, viewed as a whole, and the nature of the particular conclusions being sought showed that the Institute and the veterinarians were seeking a remedy in the form of damages and were not, at least at this stage, contesting the validity of the CFIA’s decision. The lower courts also held that a decision of the CFIA could constitute a fault in Quebec civil law even if it were valid.

Held: The appeal should be dismissed.

For the reasons set out in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, successfully challenging an administrative decision of a federal board on judicial review before the Federal

civile intentée contre des préposés de l’État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale au motif que le préjudice découlerait de la décision de l’agence — La décision légale et valide d’une agence fédérale peut-elle néanmoins constituer une faute au Québec? — Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 2, 3; Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1376, 1457.

En 2001, des vétérinaires chargés d’inspecter des abattoirs au Québec étaient engagés dans un conflit de travail avec l’Agence canadienne d’inspection des aliments (« ACIA »). Ils ne se sont pas présentés au travail en décembre 2001. L’ACIA a communiqué par la suite une note de service selon laquelle, puisque les vétérinaires n’étaient pas disponibles pour mener des inspections pendant la période pertinente, la viande et les produits de viande ne satisfaisaient pas aux exigences du *Règlement de 1990 sur l’inspection des viandes* et devaient être détruits ou traités comme des matières non comestibles. Les exploitants d’abattoirs n’ont pas présenté de demande de contrôle judiciaire, mais ont intenté une action devant la Cour supérieure du Québec en vue d’obtenir des vétérinaires et de leur représentant, l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (« Institut »), des dommages-intérêts de près de 1,8 million de dollars. En défense, l’Institut et les vétérinaires ont soutenu que le préjudice, s’il en est, découlait de la décision et des mesures prises par l’ACIA. Ils ont exercé chacun un recours en garantie contre l’ACIA, mais celle-ci a présenté des requêtes en irrecevabilité des recours en garantie au motif que sa note de service était une décision d’un office fédéral à l’égard de laquelle la Cour supérieure ne pouvait pas avoir compétence sans que la décision ne soit au préalable annulée par la Cour fédérale à l’issue d’une procédure de contrôle judiciaire. La Cour supérieure a rejeté les requêtes, et la Cour d’appel a confirmé cette décision. Selon celle-ci, les recours en garantie considérés dans leur ensemble et la nature des conclusions précises recherchées montrent que l’Institut et les vétérinaires voulaient obtenir une réparation sous la forme de dommages-intérêts et qu’ils ne contestaient pas, du moins à ce stade, la validité de la décision prise par l’ACIA. Les juridictions inférieures étaient aussi d’avis qu’une décision de l’ACIA pourrait, même en étant valide, constituer une faute en droit civil québécois.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Pour les motifs exposés dans *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, il n’est pas nécessaire de contester avec succès la décision administrative d’un office fédéral par voie

Court is not a requirement for bringing an action for damages with respect to that decision. The principle formulated in *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, namely that the only remedy for damage resulting from an action of a federal administrative agency lies in an application to the Federal Court for judicial review, should no longer be seen as shielding the federal Crown from civil liability in respect of all damage caused by its agents. In Quebec, the combined effect of the *Crown Liability and Proceedings Act* and the *Civil Code of Québec* is that the federal Crown is subject to the rules respecting civil liability set out in art. 1457 *C.C.Q.* The fact that the federal Crown is subject to Quebec's rules of extracontractual civil liability where damage allegedly caused by the fault of its agents is concerned does not preclude it from invoking its immunity, but such arguments are more appropriately dealt with at the hearing on the merits. Here, the Superior Court has jurisdiction over the parties and over the subject matter of the dispute. The recourses in warranty could not be characterized as an attack on the legality or the validity of the CFIA's decision in the guise of an action for damages.

Cases Cited

Applied: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; **overruled:** *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **approved:** *Montambault v. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893; **referred to:** *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Food Inspection Agency Act, S.C. 1997, c. 6, ss. 12, 13, 15.
Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1376, 1457.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 216.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2 "liability", 3, 10.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.
Meat Inspection Regulations, 1990, SOR/90-288.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Rochette, Pelletier and Vézina J.J.A.), 2008 QCCA 1726, [2008] R.J.Q. 2093, 80 Admin. L.R. (4th) 43, [2008] Q.J. No. 8906 (QL), 2008 CarswellQue 14621, affirming a decision of

de contrôle judiciaire en Cour fédérale avant d'intenter une action en dommages-intérêts à l'égard de cette décision. Le principe énoncé dans *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, selon lequel le seul recours possible par suite d'un préjudice découlant d'un acte d'un organisme administratif fédéral est une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale, ne devrait plus être considéré comme mettant l'État fédéral à l'abri de toute responsabilité civile pour les dommages causés par ses mandataires. Au Québec, vu l'effet combiné de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et du *Code civil du Québec*, l'État fédéral est assujéti aux règles de responsabilité civile établies à l'art. 1457 *C.c.Q.* L'assujettissement de l'État fédéral aux règles de responsabilité civile extracontractuelle du Québec, dans le cas de dommages prétendument causés par la faute de ses mandataires, ne l'empêche pas d'invoquer son immunité, mais il vaut mieux examiner ces arguments lors de l'instruction sur le fond. En l'espèce, la Cour supérieure a compétence sur les parties et sur l'objet du litige. On ne pouvait pas considérer les recours en garantie comme une contestation de la légalité et de la validité de la décision de l'ACIA engagée sous le couvert d'une action en dommages-intérêts.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; **arrêt renversé :** *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêt approuvé :** *Montambault c. Hôpital Maisonneuve-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893; **arrêts mentionnés :** *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1376, 1457.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 216.
Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments, L.C. 1997, ch. 6, art. 12, 13, 15.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 2 « responsabilité », 3, 10.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.
Règlement de 1990 sur l'inspection des viandes, DORS/90-288.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Pelletier et Vézina), 2008 QCCA 1726, [2008] R.J.Q. 2093, 80 Admin. L.R. (4th) 43, [2008] J.Q. n° 8906 (QL), 2008 CarswellQue 8810, qui a confirmé une décision du

Barakett J., 2007 QCCS 1791, [2007] J.Q. n° 3353 (QL), 2007 CarswellQue 3131. Appeal dismissed.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the appellant.

Pierre Labelle, for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada.

Philippe Ferland and France Brosseau, for the respondents Dany Beauregard et al.

Louis Huot, for the respondents Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole and Supraliment S.E.C.

The judgment of the Court was delivered by

[1] **LEBEL J.** — The main issue in this appeal is whether three meat producers that wish to sue the Professional Institute of the Public Service of Canada (“Institute”) and certain veterinarians employed by the appellant, the Canadian Food Inspection Agency (“Agency”), for having disrupted the marketing of their meat must first apply to the Federal Court of Canada for judicial review of the Agency’s decision to prohibit the distribution of the meat in question. The appeal also raises the important question whether a decision of a federal administrative agency that has not been determined on judicial review to be unlawful or invalid can ground a finding of civil liability in Quebec civil law.

[2] As in the companion case of *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the appellant characterizes the action for damages as a collateral attack on the administrative decision of a federal agency. For the reasons given by Binnie J. in *TeleZone*, and for additional reasons set out below that relate to extracontractual civil liability of the federal Crown in the province of Quebec, the objection to the jurisdiction of the Quebec Superior Court must fail. I would therefore dismiss this appeal.

juge Barakett, 2007 QCCS 1791, [2007] J.Q. n° 3353 (QL), 2007 CarswellQue 3131. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour l’appelante.

Pierre Labelle, pour l’intimé l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada.

Philippe Ferland et France Brosseau, pour les intimés Dany Beauregard et autres.

Louis Huot, pour les intimées Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole et Supraliment S.E.C.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] **LE JUGE LEBEL** — La principale question à trancher dans le présent pourvoi est de savoir si trois producteurs de viande, qui souhaitent poursuivre l’Institut professionnel de la fonction publique du Canada (« Institut ») et des vétérinaires au service de l’appelante, l’Agence canadienne d’inspection des aliments (« Agence »), pour avoir perturbé la commercialisation de leur viande, doivent d’abord présenter à la Cour fédérale une demande de contrôle judiciaire de la décision de l’Agence d’interdire la distribution de la viande en question. Le pourvoi soulève une autre question importante : celle de déterminer si la décision d’un organisme administratif fédéral qui n’a pas été jugée illégale ou invalide dans le cadre d’une procédure de contrôle judiciaire peut servir de fondement à une conclusion de responsabilité civile en droit civil québécois.

[2] Comme dans le pourvoi connexe *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, l’appelante qualifie l’action en dommages-intérêts de contestation indirecte de la décision administrative d’un organisme fédéral. Pour les motifs exposés par le juge Binnie dans *TeleZone*, et pour les motifs additionnels énoncés ci-après au sujet de la responsabilité civile extracontractuelle de l’État fédéral dans la province de Québec, l’objection à la compétence de la Cour supérieure du Québec doit être rejetée. Je suis donc d’avis de rejeter l’appel.

I. Facts

[3] The respondents Olymel S.E.C. and Exceldor coopérative avicole and the predecessor to the respondent Supraliment S.E.C. operated pig and poultry slaughterhouses in Quebec (these three respondents will be referred to collectively as the “slaughterhouse operators”). In each slaughterhouse, veterinarians employed by the Agency were assigned to approve the slaughter of animals and carry out ante- and post-mortem inspections. The veterinarians were represented by the Institute as their bargaining agent, and both are respondents in this appeal.

[4] In December 2001, the veterinarians were involved in an ongoing labour dispute with the Agency and had been without a collective agreement for over a year. On December 17, 2001, the veterinarians did not report for work.

[5] Four days later, the Federal Court issued an interlocutory injunction, ordering the Institute to stop causing the use of pressure tactics that prevented or impeded the inspections the veterinarians were required to perform in the slaughterhouses to which they were assigned under the *Meat Inspection Regulations, 1990*, SOR/90-288 (“Regulations”). This interlocutory injunction was not appealed. On January 30, 2002, the Public Service Labour Relations Board of Canada found that the veterinarians’ refusal to report for work was tantamount to an illegal strike.

[6] On February 7, 2002, the Agency’s Executive Director for Quebec issued a direction concerning the release for human consumption to national or international markets of meat and meat products derived from animals slaughtered during the work stoppage. In his opinion, since the veterinarians were not available to carry out inspections in the slaughterhouses during the relevant period, the meat and meat products did not meet the requirements of the Regulations and therefore had to be destroyed or disposed of as inedible material.

I. Faits

[3] Les intimées Olymel S.E.C. et Exceldor coopérative avicole et le prédécesseur de l’intimée Supraliment S.E.C. exploitaient des abattoirs de porcs et de volailles au Québec (ces trois intimés seront appelés collectivement les « exploitants d’abattoirs »). Dans chaque abattoir, les vétérinaires au service de l’Agence étaient chargés d’autoriser l’abattage des animaux et de procéder à des inspections avant et après leur mort. Les vétérinaires étaient représentés par l’Institut, leur agent négociateur, et tant les vétérinaires que l’Institut sont parties au pourvoi en qualité d’intimés.

[4] En décembre 2001, les vétérinaires étaient engagés dans un conflit de travail avec l’Agence et ils se trouvaient sans convention collective depuis plus d’un an. Le 17 décembre 2001, les vétérinaires ne se sont pas présentés au travail.

[5] Quatre jours plus tard, la Cour fédérale a rendu une injonction interlocutoire enjoignant à l’Institut de ne plus provoquer de moyens de pression ayant pour effet d’empêcher les vétérinaires de faire les inspections requises par le *Règlement de 1990 sur l’inspection des viandes*, DORS/90-288 (« Règlement »), dans les abattoirs auxquels ils étaient affectés ou de nuire à ces inspections. Cette injonction interlocutoire n’a pas été portée en appel. Le 30 janvier 2002, la Commission des relations de travail dans la fonction publique du Canada a conclu que le refus des vétérinaires de se présenter au travail équivalait à une grève illégale.

[6] Le 7 février 2002, le directeur exécutif de l’Agence au Québec a communiqué une note de service relative à la distribution pour consommation humaine, sur les marchés national et international, de la viande et des produits de viande issus des animaux qui avaient été abattus durant l’arrêt de travail. Selon lui, comme les vétérinaires n’étaient pas disponibles pour mener des inspections aux abattoirs pendant la période pertinente, la viande et les produits de viande ne satisfaisaient pas aux exigences du Règlement. Il fallait donc détruire cette viande et ces produits de viande ou les traiter comme des matières non comestibles.

[7] The slaughterhouse operators did not apply for judicial review of the Agency's direction. Instead, on December 10, 2004, they commenced an action in the Quebec Superior Court, seeking nearly \$1.8 million in damages from the Institute and the veterinarians. In their motion to institute proceedings, the slaughterhouse operators alleged that the veterinarians [TRANSLATION] "knew or ought to have known that the immediate effect" of their unlawful actions on December 17, 2001, which the Institute had encouraged, "would be to halt slaughtering and that, as a result, after many hours, the animals would die of thirst, hunger, or asphyxia in the pens of the supply trucks in which they were being kept". The slaughterhouse operators alleged that the meat that had not been inspected on December 17, 2001, could not be distributed for consumption, that their delivery and slaughter schedules were disrupted for several weeks, and that there was therefore an impact on the marketing of their meat.

[8] In their defences, the Institute and the veterinarians argued that there was no causal link between the veterinarians' work stoppage and the alleged damage. Any such damage resulted not from the work stoppage, but from the decisions of the Agency not to proceed with, or to interrupt, the slaughtering of the animals on December 17, 2001, and to subsequently order the destruction of the slaughtered animals. Before filing their defences, the Institute and the veterinarians had each called the Agency in warranty, on the same grounds, under art. 216 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25.

[9] In response, the Agency brought motions to dismiss the recourses in warranty. It argued that the direction of February 7, 2002 was a decision of a federal board in respect of which the Superior Court could have no jurisdiction unless the decision was first quashed on judicial review by the Federal Court. The Agency added that the recourses in warranty amounted to a disguised appeal of the interlocutory injunction ordered by the Federal Court of December 21, 2001, which was *res judicata*, and that they therefore constituted an abuse

[7] Les exploitants d'abattoirs n'ont pas sollicité le contrôle judiciaire de la note de service de l'Agence. Ils ont plutôt intenté une action devant la Cour supérieure du Québec, le 10 décembre 2004, en vue d'obtenir de l'Institut et des vétérinaires des dommages-intérêts de près de 1,8 million de dollars. Dans leur requête introductive d'instance, les exploitants d'abattoirs ont allégué que les vétérinaires « savaient ou devaient savoir » que les actes illégaux qu'ils ont commis le 17 décembre 2001 avec l'encouragement de l'Institut « aurai[ent] pour effet immédiat d'arrêter l'abattage et de faire en sorte que, après de longues heures, les animaux meurent de soif, de faim ou d'asphyxie dans les cageots des camions d'approvisionnement où ils étaient retenus ». Selon les exploitants d'abattoirs, la viande qui n'avait pas été inspectée le 17 décembre 2001 ne pouvait pas être distribuée aux fins de consommation humaine. De plus, leurs horaires de livraison et d'abattage ont été perturbés pendant plusieurs semaines et cette situation a eu une incidence sur la commercialisation de leur viande.

[8] Dans leurs défenses, l'Institut et les vétérinaires ont plaidé l'absence de lien de causalité entre l'arrêt de travail des vétérinaires et le préjudice allégué. Ce préjudice, s'il en est, découlait non pas de l'arrêt de travail, mais des décisions de l'Agence de ne pas effectuer l'abattage des animaux ou de l'interrompre le 17 décembre 2001, et d'ordonner ensuite la destruction des animaux abattus. Avant de déposer leurs défenses, l'Institut et les vétérinaires ont exercé chacun un recours en garantie contre l'Agence, pour les mêmes motifs, en vertu de l'art. 216 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25.

[9] En réponse, l'Agence a présenté des requêtes en irrecevabilité des recourses en garantie. Selon elle, la note de service du 7 février 2002 était une décision d'un office fédéral à l'égard de laquelle la Cour supérieure ne pouvait pas avoir compétence sans que la décision ne soit au préalable annulée par la Cour fédérale à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire. L'Agence a ajouté que les recourses en garantie équivalaient à un appel déguisé de l'injonction interlocutoire prononcée par la Cour fédérale le 21 décembre 2001, qui était chose jugée, et que

of process. The Agency further argued that it was not the principal of the veterinarians, but an agent of the federal Crown, and that it was therefore not liable for their actions. Finally, it argued that the facts alleged by the Institute and the veterinarians in support of their recourses in warranty would not support a finding of extracontractual liability, since no legal relationship existed between them and the Agency.

[10] The slaughterhouse operators made only brief submissions — at trial, on appeal and in this Court — in order to clarify certain facts. They submitted that the impugned decision of the Agency was lawful and was made in accordance with the existing legislation in order to protect public health and to preserve public confidence in food safety and the system for slaughtering animals in Canada. If the Institute or the veterinarians considered the Agency's decision to be wrong, they should have applied for judicial review, which they did not do.

II. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (Barakett J.), 2007 QCCS 1791 (CanLII)*

[11] Barakett J. dismissed the Agency's motions to dismiss the recourses in warranty. In his opinion, for the purposes of art. 216 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, a recourse in warranty requires the existence of a legal relationship between the plaintiff and the third party and a nexus between the recourse in warranty and the principal action such that they cannot proceed in different courts without a risk of contradictory judgments. The motion judge concluded that the existence of such a legal relationship between the Institute, the veterinarians and the Agency had been established. The Agency had, by its fault, contributed to the damage alleged by the slaughterhouse operators and was therefore, *prima facie*, solidarily liable with the Institute and veterinarians for that damage. In addition, the recourses in warranty and the principal action were related, as they both concerned the same facts, and there would be a risk of contradictory judgments

les recours constituaient donc un abus de procédure. L'Agence a ajouté qu'elle n'était pas le commettant des vétérinaires, mais un mandataire de l'État fédéral, et qu'elle n'était donc pas responsable de leurs actes. Enfin, l'Agence a soutenu que les faits allégués par l'Institut et les vétérinaires à l'appui de leurs recours en garantie ne pourraient étayer une conclusion de responsabilité extracontractuelle, en l'absence de tout rapport juridique entre eux et l'Agence.

[10] Les exploitants d'abattoirs n'ont présenté que de brèves observations — en première instance, en appel et devant notre Cour — pour clarifier certains faits. Ils ont prétendu que la décision contestée de l'Agence était légale et rendue conformément à la législation existante afin de protéger la santé publique et de maintenir la confiance du public à l'égard de la salubrité des aliments et du régime d'abattage des animaux au Canada. Si l'Institut ou les vétérinaires étaient d'avis que la décision de l'Agence était erronée, ils auraient dû en demander le contrôle judiciaire, ce qu'ils n'ont pas fait.

II. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (le juge Barakett), 2007 QCCS 1791 (CanLII)*

[11] Le juge Barakett a rejeté les requêtes en irrecevabilité des recours en garantie présentées par l'Agence. Selon lui, pour l'application de l'art. 216 du *Code de procédure civile* du Québec, un recours en garantie exige un rapport juridique entre le demandeur et le tiers et un lien assez étroit, entre le recours en garantie et l'instance principale, pour que les deux recours ne puissent être jugés par des tribunaux différents sans risque de jugements contradictoires. Le juge de première instance a conclu que l'existence d'un tel rapport juridique entre l'Institut, les vétérinaires et l'Agence avait été établie. L'Agence, par sa faute, avait contribué au préjudice allégué par les exploitants d'abattoirs et en était donc, à première vue, solidairement responsable avec l'Institut et les vétérinaires. De plus, les recours en garantie et l'action principale étaient liés puisqu'ils mettaient en cause les mêmes faits et qu'il y aurait un risque de jugements contradictoires si les

should the claims proceed separately. The motion judge found that, in any event, the presence of the Agency was necessary to permit a complete solution of the question involved in the action within the meaning of art. 216.

[12] Barakett J. rejected the Agency's argument — based on the fact that administrative decisions of a federal board are presumed to be legal and valid unless quashed on judicial review by the Federal Court — that such a decision cannot be the basis for a finding of civil liability against the federal Crown. He noted that a decision of a federal board can constitute a civil fault and form the basis for an action in damages in the Superior Court even if it is lawful and valid.

[13] Finally, Barakett J. held that the Agency acted as principal of its veterinarians and that, in any event, a finding that it did not so act would not on its own justify dismissing the recourses in warranty at this preliminary stage. Relying on ss. 12 and 13 of the *Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6, he held that the Agency acted as *de facto* principal with respect to its employees. He also found support for the view that the Agency could be sued in its own name in the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, and in s. 15 of the *Canadian Food Inspection Agency Act*.

B. *Quebec Court of Appeal (Rochette, Pelletier and Vézina J.J.A.), 2008 QCCA 1726 (CanLII)*

[14] Rochette J.A., writing for a unanimous Court of Appeal, upheld the judgment on the motions. Rochette J.A. rejected the Agency's argument that the motion judge had erred in leaving the issue of the Superior Court's jurisdiction to the judge who would hear the case on the merits. He concluded that Barakett J. had in fact held that the Superior Court had jurisdiction at this preliminary stage.

demandes étaient instruites séparément. Le juge de première instance a aussi conclu que, quoi qu'il en soit, la présence de l'Agence s'imposait pour permettre une solution complète du litige au sens de l'art. 216.

[12] Le juge Barakett a rejeté l'argument de l'Agence qu'en raison de la présomption de légalité et de validité applicable aux décisions administratives d'un office fédéral, hormis les cas d'annulation par la Cour fédérale à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire, ces décisions ne peuvent pas servir de fondement à la responsabilité civile de l'État fédéral. Il a fait remarquer que, malgré son caractère légal et valide, la décision d'un office fédéral peut constituer une faute civile et servir de fondement à une action en dommages-intérêts intentée devant la Cour supérieure.

[13] Enfin, le juge Barakett a conclu que l'Agence avait agi à titre de commettant des vétérinaires et que, de toute façon, une conclusion contraire ne justifierait pas à elle seule le rejet des recours en garantie à ce stade préliminaire. Se fondant sur les art. 12 et 13 de la *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6, le juge Barakett a conclu que l'Agence avait exercé de fait le rôle de commettant à l'égard de ses employés. Il estimait aussi que la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, et l'art. 15 de la *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments* appuyaient l'opinion selon laquelle l'Agence pouvait être poursuivie devant les tribunaux sous son propre nom.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Rochette, Pelletier et Vézina), 2008 QCCA 1726 (CanLII)*

[14] Dans un arrêt unanime de la Cour d'appel, le juge Rochette a confirmé le jugement sur les requêtes. Il a rejeté l'argument de l'Agence portant que le juge de première instance avait commis une erreur en laissant au juge chargé d'instruire l'affaire sur le fond le soin de trancher la question de la compétence de la Cour supérieure. Selon lui, le juge Barakett a en fait conclu que la Cour supérieure avait compétence à ce stade préliminaire.

[15] Rochette J.A. commented that the motion judge had rightly pointed out that the Institute and the veterinarians were challenging the Agency's decision and measures on the basis not that they were unlawful or that they exceeded the Agency's jurisdiction, but that they were [TRANSLATION] "unjustified, excessive and wrongful" (para. 29). The recourses in warranty, viewed as a whole, and the nature of the particular conclusions being sought showed that the Institute and the veterinarians were seeking a remedy in the form of damages and were not, at least at this stage, contesting the validity of the Agency's decision.

[16] Rochette J.A. also agreed with the motion judge that a decision of the Agency could constitute a fault in Quebec civil law even if it were valid. A federal agency can incur civil liability even if its action is lawful. What the Agency was really claiming was a virtually absolute immunity from prosecution — one that would apply even at the stage of a motion to dismiss — with respect to an allegedly wrongful decision it has made unless a court of competent jurisdiction has declared that decision invalid. Rochette J.A. went on to reject the Agency's argument that the recourses in warranty constituted a collateral attack on its decision. The legality of the Agency's decision and measures was not being challenged in the Superior Court. The Agency was not arguing that there was a statutory appeal process of which the Institute and the veterinarians had failed to avail themselves. Moreover, the approach proposed by the Agency would result in the dismissal of countless proceedings for damages based on wrongful administrative decisions that could not be characterized as unreasonable. It would also erode the concurrent jurisdiction the Superior Court has with the Federal Court in such matters. Similarly, the recourses of the Institute and the veterinarians could not be characterized as a collateral attack on the interlocutory injunction by which the Federal Court had ordered the veterinarians to return to work.

[15] Le juge Rochette a fait remarquer que le juge de première instance avait signalé à juste titre que l'Institut et les vétérinaires contestaient la décision et les mesures prises par l'Agence non pas parce qu'elles étaient illégales ou qu'elles outrepassaient sa compétence, mais parce qu'elles étaient « injustifiées, excessives et fautives » (par. 29). Les recours en garantie considérés dans leur ensemble et la nature des conclusions précises recherchées montrent que l'Institut et les vétérinaires voulaient obtenir une réparation sous la forme de dommages-intérêts et qu'ils ne contestaient pas, du moins à ce stade, la validité de la décision prise par l'Agence.

[16] Le juge Rochette partageait aussi l'opinion du juge de première instance selon laquelle une décision de l'Agence pourrait, même en étant valide, constituer une faute en droit civil québécois. La responsabilité civile d'un organisme fédéral peut être engagée même si la mesure qu'il a prise est légale. En fait, l'Agence réclamait une immunité quasi absolue — susceptible d'être invoquée même au stade d'une requête en irrecevabilité — contre toute poursuite à l'égard d'une décision prétendument fautive de sa part à moins qu'une cour compétente n'ait annulé cette décision. Le juge Rochette a aussi rejeté l'argument de l'Agence selon lequel les recours en garantie constituaient une contestation indirecte de sa décision. La légalité de la décision et des mesures prises par l'Agence n'était pas contestée en Cour supérieure. L'Agence ne faisait pas valoir que la loi prévoyait une procédure d'appel dont l'Institut et les vétérinaires ne s'étaient pas prévalus. De plus, si elle était retenue, l'approche proposée par l'Agence entraînerait le rejet d'innombrables instances introduites pour réclamer des dommages-intérêts découlant de décisions administratives fautives, mais qui ne peuvent être qualifiées de déraisonnables. Elle minerait aussi la compétence concurrente que la Cour supérieure partage avec la Cour fédérale en la matière. De même, les recours de l'Institut et des vétérinaires ne pouvaient pas être considérés comme une contestation indirecte de l'injonction interlocutoire de la Cour fédérale enjoignant aux vétérinaires de retourner au travail.

[17] Finally, regarding the motion judge's remarks to the effect that the Agency's presence was necessary to permit a complete solution of the question, Rochette J.A. noted that, while it is true that the "necessary presence" criterion applies to the forced impleading of a new defendant rather than to a recourse in warranty, those remarks were made in *obiter* and did not vitiate the judge's other findings.

III. Relevant Statutory Provisions

[18] *Canadian Food Inspection Agency Act*, S.C. 1997, c. 6

12. The Agency is a separate agency under the *Public Service Labour Relations Act*.

13. (1) The President has the authority to appoint the employees of the Agency.

(2) The President may set the terms and conditions of employment for employees of the Agency and assign duties to them.

(3) The President may designate any person or class of persons as inspectors, analysts, graders, veterinary inspectors or other officers for the enforcement or administration of any Act or provision that the Agency enforces or administers by virtue of section 11, in respect of any matter referred to in the designation.

15. Actions, suits or other legal proceedings in respect of any right or obligation acquired or incurred by the Agency, whether in its own name or in the name of Her Majesty in right of Canada, may be brought or taken by or against the Agency in the name of the Agency in any court that would have jurisdiction if the Agency were not an agent of Her Majesty.

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50

2. In this Act,

. . .

"liability", for the purposes of Part 1, means

(a) in the Province of Quebec, extracontractual civil liability, and

(b) in any other province, liability in tort;

[17] Enfin, le juge Rochette a étudié les commentaires du juge de première instance selon lesquels la présence de l'Agence était nécessaire pour permettre une solution complète du litige. À son avis, même s'il est vrai que le critère de la « présence nécessaire » s'applique à la mise en cause forcée d'un nouveau défendeur, plutôt qu'à un recours en garantie, ces remarques incidentes n'ont pas affecté la validité des autres conclusions du juge Barakett.

III. Dispositions législatives pertinentes

[18] *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, ch. 6

12. L'Agence est un organisme distinct au sens de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*.

13. (1) Le président nomme les employés de l'Agence.

(2) Le président fixe les conditions d'emploi des employés de l'Agence et leur assigne leurs fonctions.

(3) Le président peut, aux fins qu'il précise, désigner, individuellement ou par catégorie, les inspecteurs — vétérinaires ou non —, analystes, classificateurs ou autres agents d'exécution pour l'application ou le contrôle d'application des lois ou dispositions dont l'Agence est chargée aux termes de l'article 11.

15. À l'égard des droits et obligations qu'elle assume sous le nom de Sa Majesté du chef du Canada ou sous le sien, l'Agence peut ester en justice sous son propre nom devant tout tribunal qui serait compétent si elle n'avait pas la qualité de mandataire de Sa Majesté.

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

. . .

« responsabilité » Pour l'application de la partie 1 :

a) dans la province de Québec, la responsabilité civile extracontractuelle;

b) dans les autres provinces, la responsabilité délictuelle.

3. The Crown is liable for the damages for which, if it were a person, it would be liable

- (a) in the Province of Quebec, in respect of
 - (i) the damage caused by the fault of a servant of the Crown, or
 - (ii) the damage resulting from the act of a thing in the custody of or owned by the Crown or by the fault of the Crown as custodian or owner; and
- (b) in any other province, in respect of
 - (i) a tort committed by a servant of the Crown, or
 - (ii) a breach of duty attaching to the ownership, occupation, possession or control of property.

10. No proceedings lie against the Crown by virtue of subparagraph 3(a)(i) or (b)(i) in respect of any act or omission of a servant of the Crown unless the act or omission would, apart from the provisions of this Act, have given rise to a cause of action for liability against that servant or the servant's personal representative or succession.

Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991

1376. The rules set forth in this Book apply to the State and its bodies, and to all other legal persons established in the public interest, subject to any other rules of law which may be applicable to them.

1457. Every person has a duty to abide by the rules of conduct which lie upon him, according to the circumstances, usage or law, so as not to cause injury to another.

Where he is endowed with reason and fails in this duty, he is responsible for any injury he causes to another person by such fault and is liable to reparation for the injury, whether it be bodily, moral or material in nature.

He is also liable, in certain cases, to reparation for injury caused to another by the act or fault of another person or by the act of things in his custody.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

216. Any party to a case may implead a third party whose presence is necessary to permit a complete solution of the question involved in the action, or against whom he claims to exercise a recourse in warranty.

3. En matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour :

- a) dans la province de Québec :
 - (i) le dommage causé par la faute de ses préposés,
 - (ii) le dommage causé par le fait des biens qu'il a sous sa garde ou dont il est propriétaire ou par sa faute à l'un ou l'autre de ces titres;
- b) dans les autres provinces :
 - (i) les délits civils commis par ses préposés,
 - (ii) les manquements aux obligations liées à la propriété, à l'occupation, à la possession ou à la garde de biens.

10. L'État ne peut être poursuivi, sur le fondement des sous-alinéas 3a)(i) ou b)(i), pour les actes ou omissions de ses préposés que lorsqu'il y a lieu en l'occurrence, compte non tenu de la présente loi, à une action en responsabilité contre leur auteur, ses représentants personnels ou sa succession.

Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991

1376. Les règles du présent livre s'appliquent à l'État, ainsi qu'à ses organismes et à toute autre personne morale de droit public, sous réserve des autres règles de droit qui leur sont applicables.

1457. Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

216. Toute partie engagée dans un procès peut y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige, ou contre qui elle prétend exercer un recours en garantie.

IV. Analysis

A. *Jurisdiction of the Quebec Superior Court*

[19] The Agency contends that the Court of Appeal failed to consider the substance of the case before it in that, rather than examining the facts that gave rise to the case, it merely accepted the submissions of the Institute and the veterinarians that their recourses in warranty were concerned not with the legality or the validity of the Agency's decision, but with their view that the decision was "unjustified, excessive and wrongful". In the Agency's opinion, the Institute and the veterinarians were essentially seeking to attack the legality and validity of the Agency's decision by way of judicial review in the Superior Court, but in the guise of an action for damages.

[20] The Agency submits that the Court of Appeal also failed to consider the fact that in federal administrative law, a review of the legality or validity of a decision of a federal board, commission or other tribunal is within the exclusive jurisdiction of the Federal Court pursuant to s. 18 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. It argues that the decision in *Welbridge Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*, [1971] S.C.R. 957, if properly interpreted, stands for the proposition that a government decision, even one that is unlawful for administrative law purposes, does not necessarily constitute a fault giving rise to a civil claim. The Agency adds that *Welbridge* confirms that a party alleging the illegality of an administrative decision must first contest the decision by way of judicial review and cannot, as a collateral attack on the decision, bring an action for damages with respect to its consequences.

[21] For the reasons set out in the companion case of *TeleZone*, these arguments must fail. In *TeleZone*, Binnie J. concludes that s. 18 of the *Federal Courts Act*, which grants exclusive jurisdiction to the Federal Court to hear and determine applications for judicial review of decisions of the federal Crown and its agents, does not have the legal effect of ousting the jurisdiction of the provincial superior courts to deal with private law claims against the federal Crown. Successfully

IV. Analyse

A. *Compétence de la Cour supérieure du Québec*

[19] L'Agence soutient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte du fond de l'affaire dont elle était saisie. En effet, plutôt que d'examiner les faits à l'origine de l'affaire, elle aurait simplement accepté les observations de l'Institut et des vétérinaires selon lesquelles leurs recours en garantie ne visaient ni la légalité, ni la validité de la décision de l'Agence, mais concernaient plutôt leur opinion que cette décision était « injustifié[e], excessiv[e] et fautiv[e] ». D'après l'Agence, l'Institut et les vétérinaires voulaient essentiellement contester la légalité et la validité de sa décision en procédant à un contrôle judiciaire devant la Cour supérieure, sous le couvert d'une action en dommages-intérêts.

[20] Selon l'Agence, la Cour d'appel a aussi oublié que, en droit administratif fédéral, l'examen de la légalité ou de la validité de la décision d'un office fédéral relève de la compétence exclusive de la Cour fédérale en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7. L'Agence plaide que, selon une bonne interprétation de l'arrêt *Welbridge Holdings Ltd. c. Greater Winnipeg*, [1971] R.C.S. 957, une décision de l'administration publique, même si elle est illégale en droit administratif, ne constitue pas nécessairement une faute ouvrant droit à un recours civil. Toujours selon l'Agence, l'arrêt *Welbridge* confirme qu'avant de plaider l'illégalité d'une décision administrative, une partie doit d'abord la contester par voie de contrôle judiciaire et ne peut pas l'attaquer indirectement en engageant une action en dommages-intérêts fondée sur les conséquences de cette décision.

[21] Pour les motifs exposés dans l'arrêt connexe *TeleZone*, ces arguments doivent être rejetés. Dans *TeleZone*, le juge Binnie conclut que l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui confère à la Cour fédérale le pouvoir exclusif d'instruire et de trancher les demandes de contrôle judiciaire des décisions de l'État fédéral et de ses mandataires, n'exclut pas la compétence des cours supérieures provinciales de connaître des recours de droit privé intentés contre l'État fédéral. Il n'est pas nécessaire de contester avec

challenging an administrative decision of a federal board on judicial review is not a requirement for bringing an action for damages with respect to that decision. The principle formulated by the Federal Court of Appeal in *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, namely that the only remedy for damage resulting from an action of a federal administrative agency lies in an application to the Federal Court for judicial review, should no longer be seen as shielding the federal Crown from civil liability in respect of all damage caused by its agents.

[22] This is not a case in which the courts below relied on the legal characterization of the dispute by the parties rather than on the substance of the dispute. As the motion judge found, the Agency and the Institute and the veterinarians were, *prima facie*, civilly liable for the damage the slaughterhouse operators claimed to have sustained. The motion judge also found, and the Court of Appeal agreed, that in calling the Agency in warranty, the Institute and the veterinarians were contesting the Agency's decision on the basis not that it was unlawful or invalid, but that it was "unjustified, excessive and wrongful". There was sufficient support for such a finding in the facts that gave rise to these proceedings in the courts below. Thus, the recourse in warranty could not be characterized as an attack on the legality or the validity of the Agency's decision in the guise of an action for damages.

B. *Liability of the Federal Crown in Quebec Civil Law*

[23] The Agency also contends that the illegality or the invalidity of a federal government action cannot be the basis for an action in damages in Quebec civil law. It argues that as long as the Federal Court has not quashed the Agency's decision on judicial review, that decision remains legal and valid. Thus, the recourses in warranty of the Institute and the veterinarians amount to a collateral attack on the legality and validity of the decision.

succès la décision administrative d'un office fédéral par voie de contrôle judiciaire avant d'intenter une action en dommages-intérêts à l'égard de cette décision. Le principe énoncé par la Cour d'appel fédérale dans *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, selon lequel le seul recours possible par suite d'un préjudice découlant d'un acte d'un organisme administratif fédéral est une demande de contrôle judiciaire présentée à la Cour fédérale, ne devrait plus être considéré comme mettant l'État fédéral à l'abri de toute responsabilité civile pour les dommages causés par ses mandataires.

[22] Il ne s'agit pas ici d'un cas où les tribunaux d'instance inférieure se sont fondés sur la qualification juridique du litige par les parties plutôt que sur le fond du litige. Comme l'a décidé le juge Barakett, l'Agence, l'Institut et les vétérinaires étaient, à première vue, responsables au civil du préjudice que les exploitants d'abattoirs prétendaient avoir subi. Le juge de première instance a aussi conclu — et la Cour d'appel lui a donné raison — qu'en exerçant des recours en garantie contre l'Agence, l'Institut et les vétérinaires ne contestaient pas la validité et la légalité de la décision de l'Agence, mais alléguaient qu'elle était « injustifié[e], excessiv[e] et fautiv[e] ». Les faits à l'origine de ces instances devant les tribunaux inférieurs étaient suffisamment une conclusion en ce sens. Par conséquent, on ne pouvait pas considérer les recours en garantie comme une contestation de la légalité et de la validité de la décision de l'Agence engagée sous le couvert d'une action en dommages-intérêts.

B. *Responsabilité de l'État fédéral en droit civil québécois*

[23] L'Agence soutient également que l'illégalité ou l'invalidité d'une mesure de l'administration fédérale ne peut servir de fondement à une action en dommages-intérêts en droit civil québécois. Elle plaide que, tant que la Cour fédérale n'a pas annulé la décision de l'Agence à l'issue d'une procédure de contrôle judiciaire, cette décision demeure légale et valide. Ainsi, les recours en garantie de l'Institut et des vétérinaires équivalent à une contestation indirecte de la légalité et de la validité de cette décision.

[24] As the Court of Appeal observed, this position would give the Agency a virtually absolute immunity from being proceeded against in damages — an immunity that would apply even at the preliminary stage of a motion to dismiss — unless its decision were to be quashed on judicial review by the court of competent jurisdiction. Apart from being incompatible with the decision in *TeleZone*, the Agency's position is inconsistent with the law regarding the civil liability of the federal Crown in the province of Quebec.

[25] Civil liability of the federal Crown for wrongful acts of its agents is governed by the law of the jurisdiction where the acts were committed. In Quebec, the combined effect of the *Crown Liability and Proceedings Act* and the relevant provisions of the *Civil Code of Québec* is that the federal Crown is subject to the rules respecting civil liability set out in art. 1457 *C.C.Q.*

[26] Section 3 of the *Crown Liability and Proceedings Act* provides that in Quebec, the Crown is liable for damages in respect of damage caused by the fault of its servant for which it would be liable if it were a person. Section 2 of the same statute provides that “liability” means “extracontractual civil liability” in Quebec and “liability in tort” in the common law provinces. By virtue of art. 1376 *C.C.Q.*, Quebec's rules of civil liability apply to wrongful acts by government agencies unless a party can show that other rules of law, such as those of public law, prevail over the civil law rules (*Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 31). Therefore, in civil liability cases, the Superior Court of Quebec generally has jurisdiction over the parties and over the subject matter of the dispute.

[27] The fact that the federal Crown is subject to Quebec's rules of extracontractual civil liability where damage allegedly caused by the fault of its agents is concerned does not preclude it from invoking its immunity. For example, it remains open to the federal Crown to argue that a particular

[24] Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel, cette position, si elle était acceptée, accorderait à l'Agence une immunité quasi absolue contre toute poursuite en dommages-intérêts — une immunité susceptible d'être invoquée même au stade préliminaire de la requête en irrecevabilité — à moins que sa décision ne soit annulée par la cour compétente dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire. Outre le fait qu'elle est incompatible avec l'arrêt *TeleZone*, la position de l'Agence n'est pas conforme au droit applicable à la responsabilité civile de l'État fédéral dans la province de Québec.

[25] La responsabilité civile de l'État fédéral pour les actes fautifs de ses mandataires est régie par le droit du ressort où ces actes ont été commis. Au Québec, vu l'effet combiné de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif* et des dispositions applicables du *Code civil du Québec*, l'État fédéral est assujéti aux règles de responsabilité civile établies à l'art. 1457 *C.c.Q.*

[26] D'après l'article 3 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, au Québec, en matière de responsabilité, l'État est assimilé à une personne pour la réparation du préjudice causé par la faute de ses préposés. Aux termes de l'art. 2 de cette loi, la « responsabilité » s'entend de la « responsabilité civile extracontractuelle » au Québec et de la « responsabilité délictuelle » dans les provinces de common law. Conformément à l'art. 1376 *C.c.Q.*, les règles québécoises de responsabilité civile s'appliquent aux fautes de l'administration publique, à moins qu'une partie ne puisse démontrer que d'autres règles de droit, comme celles du droit public, priment les règles du droit civil (*Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 31). Par conséquent, la Cour supérieure du Québec a, en règle générale, compétence sur les parties et sur l'objet du litige dans le domaine de la responsabilité civile.

[27] Toutefois, l'assujettissement de l'État fédéral aux règles de responsabilité civile extracontractuelle du Québec, dans le cas de dommages prétendument causés par la faute de ses mandataires, ne l'empêche pas d'invoquer son immunité. Par exemple, l'État fédéral peut toujours arguer qu'une décision

decision was made by its agents acting in a policy rather than an operational capacity, which would not normally attract liability. However, such arguments are more appropriately dealt with at the hearing on the merits, not on a motion to dismiss at a preliminary stage.

[28] The Court of Appeal relied on the approach taken in *Montambault v. Hôpital Maisonnette-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893 (C.A.). In *Montambault*, Deschamps J.A., as she then was, held that the issue of whether a government agency can invoke its immunity from civil liability for an administrative decision requires a thorough study of the case, including questions of fact, which can be completed, supported and argued only at the stage of the hearing on the merits. The ruling in *Montambault* represents a sound approach to determining whether government agencies are immune from civil liability in Quebec, and it remains open to the Agency to make further submissions on this point at trial.

V. Conclusion

[29] The Superior Court of Quebec has jurisdiction over the parties and over the subject matter of the dispute. I would therefore dismiss this appeal with costs to the Institute and the veterinarians. The slaughterhouse operators are not seeking costs in this appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Department of Justice, Ottawa.

Solicitors for the respondent the Professional Institute of the Public Service of Canada: De Grandpré Chait, Montréal.

Solicitors for the respondents Dany Beauregard et al.: Béland, Ferland, Brosseau, Montréal.

Solicitors for the respondents Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole and Supraliment S.E.C.: Stein Monast, Québec.

en particulier a été prise par ses mandataires dans l'exercice d'une fonction politique, et non d'une fonction opérationnelle, ce qui, en temps normal, n'engage pas sa responsabilité. Cependant, il est préférable d'examiner ces arguments lors de l'instruction sur le fond, plutôt que dans le cadre d'une requête en irrecevabilité au début de l'instance.

[28] La Cour d'appel s'est fondée sur l'approche adoptée dans *Montambault c. Hôpital Maisonnette-Rosemont*, [2001] R.J.Q. 893 (C.A.). Dans *Montambault*, la juge Deschamps, maintenant juge de notre Cour, a conclu que la question de savoir si un organisme public peut invoquer son immunité contre toute responsabilité civile découlant d'une décision administrative requiert une étude poussée du dossier, y compris des questions de fait, qui ne peut être complétée, étayée et débattue que lors de l'audience au fond. L'arrêt *Montambault* établit une méthode judicieuse pour décider si des organismes publics sont à l'abri de la responsabilité civile au Québec. L'Agence conserve la faculté de présenter d'autres observations à ce sujet au procès.

V. Conclusion

[29] La Cour supérieure du Québec a compétence sur les parties et sur l'objet du litige. Je suis donc d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens en faveur de l'Institut et des vétérinaires. Les exploitants d'abattoirs ne demandent pas les dépens afférents au présent pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante : Ministère de la Justice, Ottawa.

Procureurs de l'intimé l'Institut professionnel de la fonction publique du Canada : De Grandpré Chait, Montréal.

Procureurs des intimés Dany Beauregard et autres : Béland, Ferland, Brosseau, Montréal.

Procureurs des intimées Olymel S.E.C., Exceldor coopérative avicole et Supraliment S.E.C. : Stein Monast, Québec.

Dennis Manuge *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: MANUGE v. CANADA

2010 SCC 67

File No.: 33103.

2010: January 20, 21; 2010: December 23.

Present: Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for constitutional remedies, declaratory relief and damages arising from establishment, modification and application of long-term disability benefits plan — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

In 2002, M was injured and was awarded a monthly disability pension under the *Pension Act* in addition to his salary as a member of the Canadian Forces. In 2003, he was given an involuntary, medically required release and was approved to receive long-term disability benefits under the Canadian Forces' disability plan. For 24 months following his release, M received both a disability pension and long-term disability benefits, but, pursuant to s. 24(a)(iv) of the plan, the amount he received from his disability pension was deducted monthly from the amount he received for long-term disability. M brought an action in the Federal Court seeking, among other relief, constitutional remedies, declaratory relief and damages in relation to these deductions. The Federal Court certified the proceeding as a class action. The Federal Court of Appeal allowed the Crown's appeal based on *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, concluding that the lawfulness of a decision or administrative activity like s. 24(a)(iv) of the plan can only be challenged by judicial review.

Held: The appeal should be allowed.

Dennis Manuge *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ : MANUGE c. CANADA

2010 CSC 67

N^o du greffe : 33103.

2010 : 20, 21 janvier; 2010 : 23 décembre.

Présents : Les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Cour fédérale — Procédure — Action intentée en Cour fédérale contre la Couronne fédérale pour obtenir des réparations constitutionnelles, des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts par suite de la constitution, de la modification et de l'application d'un régime de prestations d'invalidité de longue durée — Le demandeur peut-il engager une action sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

En 2002, M a subi une blessure et s'est vu accorder une pension mensuelle d'invalidité au titre de la *Loi sur les pensions* en plus de son salaire de membre des Forces canadiennes. En 2003, il a été libéré contre son gré pour des raisons médicales et il est devenu admissible à des prestations d'invalidité de longue durée dans le cadre du régime de prestations d'invalidité des Forces canadiennes. M a touché à la fois une pension d'invalidité et des prestations d'invalidité de longue durée pendant 24 mois après sa libération, mais, conformément à l'al. 24a)(iv) du régime, le montant de sa pension d'invalidité était déduit chaque mois de ses prestations d'invalidité de longue durée. M a intenté une action en Cour fédérale pour obtenir notamment des réparations constitutionnelles, des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts relativement à ces déductions. La Cour fédérale a autorisé l'action comme recours collectif. La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de la Couronne sur le fondement de *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, concluant que la légalité d'une décision ou d'une activité administrative telle celle prévue à l'al. 24a)(iv) du régime ne peut être contestée que par voie de contrôle judiciaire.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

In accordance with *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, the Federal Court has jurisdiction to entertain the action. At their core, the pleadings represent a claim for alleged breaches of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the action need not, therefore, be stayed in favour of an application for judicial review.

Cases Cited

Applied: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; **overruled:** *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287; **referred to:** *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the statute law in relation to veterans' benefits, S.C. 2000, c. 34.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15(1), 24.
Canadian Forces Members and Veterans Re-establishment and Compensation Act, S.C. 2005, c. 21.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 2, 17(1), 18, 18.1, 18.4(2).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 334.1, 334.12, 334.16.
National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 39(1).
Pension Act, R.S.C. 1985, c. P-6.

Authors Cited

Canada. Department of National Defence and Canadian Forces. Ombudsman. *Unfair Deductions From SISIP Payments to Former CF Members*. Ottawa: The Department, 2003 (online: www.ombudsman.forces.gc.ca/rep-rap/sr-rs/sis-rar/doc/sis-rar-eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Noël and Blais J.J.A.), 2009 FCA 29, [2009] 4 F.C.R. 478, 384 N.R. 313, 73 C.C.P.B. 1, [2009] F.C.J. No. 73 (QL), 2009 CarswellNat 160, setting aside a decision of Barnes J., 2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416, 329 F.T.R. 167, 71 C.C.P.B. 112, [2008] F.C.J. No. 787 (QL), 2008 CarswellNat 1495. Appeal allowed.

Selon *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, la Cour fédérale est compétente pour connaître de l'action. Au fond, les actes de procédure correspondent à un recours fondé sur de prétendues violations du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il n'est pas nécessaire de suspendre l'action en faveur d'une demande de contrôle judiciaire.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; **arrêt renversé :** *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287; **arrêts mentionnés :** *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1), 24.
Loi portant modification de la législation concernant les avantages pour les anciens combattants, L.C. 2000, ch. 34.
Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, ch. N-5, art. 39(1).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 2, 17(1), 18, 18.1, 18.4(2).
Loi sur les mesures de réinsertion et d'indemnisation des militaires et vétérans des Forces canadiennes, L.C. 2005, ch. 21.
Loi sur les pensions, L.R.C. 1985, ch. P-6.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 334.1, 334.12, 334.16.

Doctrine citée

Canada. Ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes. Ombudsman. *Déductions injustes des paiements du RARM effectués à d'ex-membres des FC*. Ottawa : Le ministère, 2003 (en ligne : www.ombudsman.forces.gc.ca/rep-rap/sr-rs/sis-rar/doc/sis-rar-fra.pdf).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Noël et Blais), 2009 CAF 29, [2009] 4 R.C.F. 478, 384 N.R. 313, 73 C.C.P.B. 1, [2009] A.C.F. n° 73 (QL), 2009 CarswellNat 161, qui a annulé une décision du juge Barnes, 2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416, 329 F.T.R. 167, 71 C.C.P.B. 112, [2008] A.C.F. n° 787 (QL), 2008 CarswellNat 2779. Pourvoi accueilli.

Peter J. Driscoll, Michael Sobkin, Ward K. Branch and Daniel F. Wallace, for the appellant.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine and Bernard Letarte, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — For 24 months following his involuntary, medically required release from the Canadian Forces, Dennis Manuge received both a disability pension and long-term disability benefits. Pursuant to the terms of the relevant policies, the amount Mr. Manuge received for his disability pension was deducted monthly from the amount he received for long-term disability. Mr. Manuge brought proceedings in the Federal Court seeking constitutional remedies, damages, declarations and restitution in relation to these deductions. His complaint is not with the deductions *per se*, but with the fact that they have not been universally applied to everyone who received Canadian Forces disability benefits.

[2] The question in this appeal is whether Mr. Manuge, before commencing the action, must first seek judicial review of the provision of the disability benefit plan that authorized the deductions. Following *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, heard with this appeal, it is clear that the Federal Court has jurisdiction to entertain the action. However, *TeleZone* also states that there is a residual discretion to stay an action that is essentially a veiled application for judicial review. The Crown suggests that the claim in this case is such an application. With respect, given what I see as the essential character of that claim, the discretion to grant a stay should not be exercised.

Background

[3] Dennis Manuge is a former member of the Canadian Forces. He served from 1994 until 2003.

Peter J. Driscoll, Michael Sobkin, Ward K. Branch et Daniel F. Wallace, pour l'appelant.

Christopher M. Rupar, Alain Préfontaine et Bernard Letarte, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Dennis Manuge a touché à la fois une pension d'invalidité et des prestations d'invalidité de longue durée pendant 24 mois après avoir été libéré contre son gré des Forces canadiennes pour des raisons médicales. Conformément aux polices applicables, le montant de la pension d'invalidité de M. Manuge était déduit chaque mois de ses prestations d'invalidité de longue durée. Il a intenté une action en Cour fédérale pour obtenir des réparations constitutionnelles, des dommages-intérêts, des jugements déclaratoires et la restitution des sommes d'argent ainsi déduites. Il ne se plaint pas des déductions comme telles, mais du fait qu'elles n'ont pas été imposées à toutes les personnes qui touchaient des prestations d'invalidité des Forces canadiennes.

[2] La question qui se pose en l'espèce est de savoir si M. Manuge doit solliciter le contrôle judiciaire de la disposition du régime de prestations d'invalidité autorisant les déductions avant d'intenter son action. Selon la décision rendue dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, instruite en même temps que le présent appel, la Cour fédérale est manifestement compétente pour connaître de l'action. L'arrêt *TeleZone* reconnaît toutefois aussi l'existence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action qui constitue essentiellement une demande voilée de contrôle judiciaire. La Couronne soutient que c'est précisément le cas de l'action intentée en l'espèce. Étant donné l'essence de la demande, telle que je la perçois, j'estime, avec égards, que le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'action ne devrait pas être exercé.

Le contexte

[3] Dennis Manuge a servi dans les Forces canadiennes de 1994 à 2003. En 2002, il a subi

In 2002, he was injured to such an extent that he was unable to continue with his regular duties. Pursuant to the *Pension Act*, R.S.C. 1985, c. P-6, Mr. Manuge was awarded a monthly disability pension known as a “VAC benefit” — calculated in relation to his injury, not his pre-disability earnings — in the amount of \$386.28. He was awarded this benefit in addition to his monthly Canadian Forces salary of \$3,942. Mr. Manuge tried to continue his work, but in December 2003 was given an involuntary, medically required release. For 24 months following his release, Mr. Manuge received benefits under both the *Pension Act* and the Canadian Forces’ Service Income Security Insurance Plan Long Term Disability Plan (“SISIP LTD Plan”). Under s. 24(a)(iv) of the SISIP LTD Plan, however, each of the 24 monthly LTD benefit payments he received was reduced, from an amount equal to 75 percent of his pre-release monthly income, by the amount of the *Pension Act* benefit he also received.

[4] The SISIP LTD Plan was issued in 1969, as part of a document entitled SISIP Policy 901102, pursuant to s. 39(1) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5. Section 39(1) grants the Chief of the Defence Staff discretion to dispose of “[n]on-public property acquired by contribution” for the benefit of members of the Canadian Forces or their dependants.

[5] In 1976, Part III(B) of the SISIP Policy was amended to include s. 24(a)(iv), which reduces monthly benefits payable under the SISIP LTD Plan by the value of any monthly benefits received under the *Pension Act* (like the VAC benefit that Mr. Manuge received):

24. Other Relevant Sources of Income

a. The monthly benefit payable at Section 23 shall be reduced by the sum of:

. . .

une blessure grave à un point tel qu’il n’était plus en mesure d’exercer ses fonctions habituelles. Conformément à la *Loi sur les pensions*, L.R.C. 1985, ch. P-6, on a accordé à M. Manuge une pension mensuelle d’invalidité (« prestation d’ACC ») de 386,28 \$, dont le montant a été établi en fonction de sa blessure, et non du revenu qu’il gagnait avant de devenir invalide. Il touchait cette pension en plus de son salaire mensuel des Forces canadiennes de 3 942 \$. M. Manuge a essayé de continuer à travailler, mais il a été libéré contre son gré des Forces canadiennes pour des raisons médicales en décembre 2003. Dans les 24 mois suivant sa libération, M. Manuge a touché à la fois des prestations en application de la *Loi sur les pensions* et des prestations du Régime d’assurance-revenu militaire pour invalidité de longue durée (le « RARM IP »). Conformément à l’al. 24a)(iv) du RARM IP, les 24 prestations mensuelles qu’il a reçues en vertu de ce régime — qui devaient à l’origine correspondre à 75 p. 100 de son revenu mensuel antérieur à sa libération — ont été réduites du montant de la prestation qu’il recevait en même temps au titre de la *Loi sur les pensions*.

[4] Le RARM IP a été constitué en 1969, dans le cadre de la Police du RARM n° 901102, en application du par. 39(1) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5. Ce paragraphe confère au chef d’état-major de la défense le pouvoir discrétionnaire de disposer des « biens non publics reçus en don » au profit des membres des Forces canadiennes ou des personnes à leur charge.

[5] En 1976, la partie III(B) de la Police du RARM a été modifiée par l’ajout de l’al. 24a)(iv), qui réduit les prestations payables chaque mois dans le cadre du RARM IP d’un montant correspondant à toute prestation mensuelle reçue au titre de la *Loi sur les pensions* (comme la prestation d’ACC versée à M. Manuge) :

24. Autres sources de revenu

a. Le montant de la prestation mensuelle versée selon l’article 23 doit être réduit du total des montants suivants :

. . .

(iv) the total monthly income benefits payable to the member under the Pension Act

[6] In 2000, the *Act to amend the statute law in relation to veterans' benefits*, S.C. 2000, c. 34, came into force. This Act allows members who have suffered a disability during service, but who can still work, to collect a *Pension Act* disability benefit while also receiving their salaries. Mr. Manuge claims that because s. 24(a)(iv) reduces only those payments made pursuant to the SISIP LTD Plan, those members who were able to continue their service — and thus were not receiving SISIP LTD benefits — did not have their primary source of income reduced by the value of the *Pension Act* benefits they also received.

[7] The *Canadian Forces Members and Veterans Re-establishment and Compensation Act*, S.C. 2005, c. 21 (the “New Veterans Charter”), came into force on April 1, 2006. That Act replaced monthly benefits under the *Pension Act* with a one-time, lump sum payment. The lump sum payment is not a “monthly benefit” within the meaning of s. 24(a)(iv) of the SISIP LTD Plan, and is therefore not deducted from SISIP LTD benefits. The effect of the enactment of the New Veterans Charter is that members injured on or after April 1, 2006, and entitled to both a SISIP LTD benefit and a lump sum payment, are not subject to a reduction of their SISIP LTD benefits. Those, like Mr. Manuge, who were subject to a reduction before the enactment of the New Veterans Charter, are not entitled to compensation for amounts previously deducted. Nor are those injured before April 1, 2006, entitled to a lump sum payment. Instead, they continue to receive monthly *Pension Act* benefits which, pursuant to s. 24(a)(iv), result in a reduction of their SISIP LTD benefits.

(iv) de la prestation de revenu mensuelle totale versée au membre en vertu de la *Loi sur les pensions* . . .

[6] La *Loi portant modification de la législation concernant les avantages pour les anciens combattants*, L.C. 2000, ch. 34, est entrée en vigueur en 2000. Cette loi permet aux membres des Forces canadiennes ayant été frappés d'une invalidité durant le service, mais qui peuvent néanmoins continuer à travailler, de toucher une prestation d'invalidité sous le régime de la *Loi sur les pensions* tout en recevant leur solde. Selon M. Manuge, puisque l'al. 24a)(iv) ne prévoit que la réduction des paiements versés au titre du RARM IP, les membres aptes à poursuivre leur service — qui ne touchaient donc pas de prestations au titre du RARM IP — n'ont pas vu leur source principale de revenu réduite du montant des prestations qu'ils recevaient en même temps sous le régime de la *Loi sur les pensions*.

[7] La *Loi sur les mesures de réinsertion et d'indemnisation des militaires et vétérans des Forces canadiennes*, L.C. 2005, ch. 21 (la « nouvelle Charte des anciens combattants »), entrée en vigueur le 1^{er} avril 2006, a remplacé les prestations mensuelles au titre de la *Loi sur les pensions* par un paiement forfaitaire. Le paiement en question ne constitue pas une « prestation de revenu mensuelle » au sens de l'al. 24a)(iv) du RARM IP et n'entraîne donc pas de réduction des prestations versées en vertu du RARM IP. L'adoption de la nouvelle Charte des anciens combattants a pour effet de mettre les membres blessés le 1^{er} avril 2006 ou après cette date, qui ont droit à la fois à des prestations du RARM IP et à un paiement forfaitaire, à l'abri d'une réduction de leurs prestations mensuelles du RARM IP. Ceux, comme M. Manuge, dont les prestations ont été réduites avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Charte des anciens combattants, n'ont droit à aucune indemnisation relativement à ces réductions antérieures. De plus, les membres blessés avant le 1^{er} avril 2006 n'ont pas droit à un paiement forfaitaire. Ils reçoivent encore, au titre de la *Loi sur les pensions*, des prestations mensuelles entraînant une réduction de leurs prestations du RARM IP en application de l'al. 24a)(iv).

[8] On March 15, 2007, Mr. Manuge filed a statement of claim with the Federal Court, challenging the reduction to his SISIP LTD benefits on a variety of grounds and seeking constitutional remedies, damages, restitution and declarations. He later applied to the Federal Court for the certification of his action as a class action pursuant to rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106. He purports to represent approximately 4000 other former Canadian Forces members similarly affected by s. 24(a)(iv).

[9] In his statement of claim, Mr. Manuge alleges that

- (i) section 24(a)(iv) is unlawful, *ultra vires* and contrary to the *Pension Act*;
- (ii) the Crown has breached the public law obligations owed to Mr. Manuge and the class under the *Pension Act*;
- (iii) section 24(a)(iv) infringes s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1;
- (iv) the Crown has been unjustly enriched;
- (v) the Crown is a fiduciary and has breached the fiduciary duties owed to Mr. Manuge and the class; and that
- (vi) the Crown has acted in bad faith.

[10] Mr. Manuge seeks declaratory relief and, pursuant to s. 24 of the *Charter*, damages equal to the amount “unlawfully and wrongfully deducted” pursuant to s. 24(a)(iv) from the SISIP LTD benefits paid to the class. In the alternative, he seeks damages in that amount. In the further alternative, he seeks an order for restitution. Finally, Mr. Manuge claims “liability and general damages” for

[8] Le 15 mars 2007, M. Manuge a déposé à la Cour fédérale une déclaration dans laquelle il invoquait plusieurs moyens pour contester la réduction de ses prestations du RARM IP et demandait des réparations constitutionnelles, des dommages-intérêts, la restitution de sommes d’argent et des jugements déclaratoires. Il a par la suite demandé à la Cour fédérale d’autoriser son action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Il dit représenter environ 4 000 autres anciens membres des Forces canadiennes pour lesquels l’al. 24a)(iv) a eu des conséquences semblables.

[9] Dans sa déclaration, M. Manuge soutient que

- (i) l’alinéa 24a)(iv) est illégal, *ultra vires* et contraire à la *Loi sur les pensions*;
- (ii) la Couronne a manqué aux obligations de droit public que lui impose la *Loi sur les pensions* envers M. Manuge et le groupe;
- (iii) l’alinéa 24a)(iv) enfreint le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n’est pas justifié au regard de l’article premier;
- (iv) la Couronne a bénéficié d’un enrichissement injustifié;
- (v) la Couronne agissait à titre fiduciaire et a manqué à ses obligations fiduciaires envers M. Manuge et le groupe;
- (vi) la Couronne a agi de mauvaise foi.

[10] M. Manuge sollicite des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts fondés sur l’art. 24 de la *Charte* équivalant au montant [TRADUCTION] « déduit illégalement et injustement » en application de l’al. 24a)(iv) des prestations versées au groupe au titre du RARM IP. Subsidiairement, il réclame des dommages-intérêts de ce montant ou, à défaut, une ordonnance de restitution. Enfin, M. Manuge

discrimination, breach of fiduciary duties and bad faith, and seeks punitive, exemplary and aggravated damages, interest, and costs of the action.

[11] Mr. Manuge relies on various government documents to support his contention that the scheme as a whole operates unfairly and that the amendments to the SISIP LTD Plan were made in bad faith. Among those documents is a special report prepared by the Ombudsman for the Department of National Defence and Canadian Forces in October 2003 entitled *Unfair Deductions From SISIP Payments to Former CF Members*. In that report, the Ombudsman highlighted the disparate treatment experienced by serving Canadian Forces members and those released for medical reasons as follows:

Serving CF members receiving disability pensions through VAC under the *Pension Act* do not have their income reduced because of the pension they receive to compensate them for their disability. It simply does not seem fair that injured and ill members who are released from the CF for medical reasons should have their disability insurance benefit paid, which is intended to replace their income as CF members, reduced because of the same pension benefits. [p. 14]

The Ombudsman sent follow-up letters to the Minister of National Defence in 2005 and 2007, stating that the deduction of benefits under the *Pension Act* from SISIP LTD Plan benefits was unfair to former members like Mr. Manuge.

[12] The Crown opposed certification of Mr. Manuge's claim as a class action. Relying on *Canada v. Grenier*, 2005 FCA 348, [2006] 2 F.C.R. 287, the Crown argued that an action was not the appropriate procedure for attacking the validity or lawfulness of a federal administrative decision, which can only be done by way of an application for judicial review. In the Crown's view, in establishing and modifying the SISIP LTD Plan, the Chief of

réclame une [TRADUCTION] « déclaration de responsabilité et des dommages-intérêts généraux » pour discrimination, manquement à des obligations fiduciaires et mauvaise foi, ainsi que des dommages-intérêts punitifs, exemplaires et majorés, les intérêts et les dépens de l'action.

[11] M. Manuge se fonde sur différents documents de l'administration publique pour appuyer sa prétention que le régime dans son ensemble est inéquitable et que le RARM IP a été modifié de mauvaise foi. Au nombre de ces documents figure un rapport spécial achevé par l'ombudsman du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes en octobre 2003 qui a pour titre *Déductions injustes des paiements du RARM effectués à d'ex-membres des FC*. L'ombudsman souligne comme suit dans ce rapport la différence de traitement entre les membres actifs des Forces canadiennes et ceux qui ont été libérés pour raisons médicales :

Les membres actifs des FC qui touchent une pension d'invalidité par l'entremise d'ACC aux termes de la *Loi sur les pensions* ne voient pas leur revenu réduit en raison de la pension qu'ils reçoivent en guise d'indemnisation pour leur invalidité. Que les membres des FC blessés ou malades libérés pour des raisons médicales voient leur prestation d'assurance invalidité, laquelle vise à remplacer leur revenu à titre de membres des FC, réduite en raison des mêmes prestations de retraite n'apparaît tout simplement pas juste. [p. 17]

Dans des lettres de suivi envoyées au ministre de la Défense nationale respectivement en 2005 et en 2007, l'ombudsman affirmait que la réduction des prestations du RARM IP d'un montant correspondant aux prestations reçues en vertu de la *Loi sur les pensions* était inéquitable envers les anciens membres des Forces canadiennes comme M. Manuge.

[12] La Couronne s'est opposée à l'autorisation de l'action de M. Manuge comme recours collectif. Se fondant sur *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348, [2006] 2 R.C.F. 287, la Couronne a fait valoir que la validité ou la légalité d'une décision administrative fédérale ne pouvait pas être attaquée par voie d'action, mais uniquement par voie de contrôle judiciaire. La Couronne affirme que le chef d'état-major de la défense agissait à titre d'« office fédéral » au

the Defence Staff was acting as a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning of s. 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. The Crown took the position that each of the claims pleaded in the statement of claim would have to be determined based on the validity of the decision to include *Pension Act* benefits in the list of SISIP LTD Plan deductions in s. 24(a)(iv).

[13] On Mr. Manuge’s motion for certification in the Federal Court, Barnes J. noted that the decision to include s. 24(a)(iv) in the SISIP LTD Plan was made years ago by the Chief of the Defence Staff, and that what Mr. Manuge was challenging was the lawfulness of the policy as reflected in s. 24(a)(iv) and the corresponding action to reduce his monthly income under the Plan (2008 FC 624, [2009] 1 F.C.R. 416). Barnes J. accepted that, “on its face” (para. 15), Mr. Manuge’s claim falls within s. 18(3) of the *Federal Courts Act*, and that “each and every occasion that Mr. Manuge and the other proposed class members are subject to the offset of VAC benefits from their SISIP income, they have a fresh claim to relief and a corresponding right to judicially attack the lawfulness of the policy giving rise to the reduction in benefits” (para. 18). However, he found that this case is unlike *Grenier* for two reasons: the decision at issue is not discrete in a temporal sense; and the action cannot be seen as a true collateral attack aimed at avoiding the short time bar on judicial review (paras. 15 and 18). As such, he concluded that the concerns about collateral attack, finality, and deference to the administrative decision maker animating *Grenier* did not “obviously apply” in this case (para. 21).

[14] He went on to hold that “the strictness of the *ratio* in *Grenier* can be mitigated in appropriate cases by the authority to convert an application for judicial review into an action” pursuant to s. 18.4(2) of the *Federal Courts Act* (para. 21). He concluded, applying the test in *Hunt v. Carey Canada Inc.*,

sens de l’art. 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, lorsqu’il a établi et modifié le RARM IP. Selon la Couronne, le sort de chacune des allégations faites dans la déclaration dépend de la validité de la décision d’inclure les prestations reçues en vertu de la *Loi sur les pensions* dans la liste des déductions aux prestations du RARM IP prévues à l’al. 24a)(iv).

[13] Lors de l’examen de la demande d’autorisation du recours collectif présentée par M. Manuge à la Cour fédérale, le juge Barnes a signalé que la décision d’ajouter l’al. 24a)(iv) au RARM IP avait été prise de nombreuses années auparavant par le chef d’état-major de la défense, et que M. Manuge contestait en fait la légalité de la politique sous-jacente à l’al. 24a)(iv) et la réduction correspondante de son revenu mensuel dans le cadre du régime (2008 CF 624, [2009] 1 R.C.F. 416). Le juge Barnes a admis que le recours de M. Manuge relève « à première vue » (par. 15) du par. 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* et que « chaque fois que les prestations d’ACC de M. Manuge et des autres membres du groupe proposé sont déduites de leur revenu du RARM, lui et les autres membres du groupe disposent d’un nouveau recours et du droit correspondant de contester en justice la légalité de la politique donnant lieu à la diminution de leurs prestations » (par. 18). Il a cependant conclu que la présente affaire se distingue de l’affaire *Grenier* pour deux raisons : en l’espèce, la décision en litige n’est pas figée dans le temps et l’action ne peut être perçue comme une véritable contestation indirecte visant à éluder le court délai fixé pour le dépôt d’une demande de contrôle judiciaire (par. 15 et 18). Il est donc arrivé à la conclusion que les préoccupations relatives aux contestations indirectes, au caractère définitif des décisions administratives et à la déférence dont il faut faire preuve envers les décideurs administratifs, sur lesquelles repose *Grenier*, « n’interviennent pas naturellement » dans la présente affaire (par. 21).

[14] Il a ajouté que « la rigueur du *ratio decidendi* de l’arrêt *Grenier* peut être atténuée, dans les cas qui s’y prêtent, par le pouvoir de convertir en action une demande de contrôle judiciaire » en vertu du par. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (par. 21). Appliquant le critère établi dans *Hunt c. Carey*

[1990] 2 S.C.R. 959, that the pleadings disclosed a reasonable cause of action, and certified the action as a class action.

[15] The Federal Court of Appeal, applying *Grenier*, allowed the Crown's appeal. It concluded that the lawfulness of a decision or administrative activity like s. 24(a)(iv) of the SISIP LTD Plan could only be challenged in judicial review proceedings (2009 FCA 29, [2009] 4 F.C.R. 478). In such proceedings, the monthly decision to reduce the benefits could be declared invalid or unlawful. Liability stemming from an unlawful decision could be assessed separately in a legal action for damages. The court further held that Barnes J. could not notionally use s. 18.4(2) of the *Federal Courts Act* to convert the proceedings into an action.

[16] The Federal Court of Appeal gave Mr. Manuge 30 days to serve and file an application for judicial review and suspended his action until a final decision had been made on that application. The court noted that Mr. Manuge could apply, should he wish to do so, for certification of his application for judicial review as a class proceeding (see rules 334.1 and 334.12 of the *Federal Courts Rules*). Mr. Manuge applied for judicial review on March 4, 2009. He also appealed the decision of the Federal Court of Appeal to this Court.

Analysis

[17] Following *TeleZone*, there is no question that the Federal Court has jurisdiction to entertain Mr. Manuge's claim as an action for damages: *Federal Courts Act*, s. 17(1); *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21; *TeleZone*, at paras. 19-23 and 43-46; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, at para. 17; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648, at para. 16. Mr. Manuge's pleadings

Canada Inc., [1990] 2 R.C.S. 959, le juge Barnes a conclu que les actes de procédure révélaient une cause d'action valable et a autorisé l'action comme recours collectif.

[15] Appliquant *Grenier*, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de la Couronne. Elle a conclu que la légalité d'une décision ou d'une activité administrative telle celle prévue à l'al. 24a)(iv) du RARM IP ne peut être contestée que par voie de contrôle judiciaire (2009 CAF 29, [2009] 4 R.C.F. 478). La décision mensuelle de diminuer les prestations pouvait être déclarée nulle ou illégale dans une instance de contrôle judiciaire. La responsabilité découlant d'une décision illégale pouvait être examinée séparément, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts. La Cour d'appel a aussi décidé que le juge Barnes ne pouvait pas utiliser le par. 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* pour jouer avec les notions de façon à transformer le recours en action.

[16] La Cour d'appel fédérale a donné 30 jours à M. Manuge pour signifier et déposer une demande de contrôle judiciaire et elle a suspendu l'action de M. Manuge jusqu'à ce qu'une décision définitive soit rendue sur cette demande. Elle a fait remarquer que M. Manuge pouvait demander, s'il le voulait, que sa demande de contrôle judiciaire soit autorisée comme recours collectif (voir les règles 334.1 et 334.12 des *Règles des Cours fédérales*). M. Manuge a présenté une demande de contrôle judiciaire le 4 mars 2009. Il a aussi interjeté appel devant notre Cour de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Analyse

[17] Suivant l'arrêt *TeleZone*, il ne fait aucun doute que la Cour fédérale a compétence pour instruire le recours de M. Manuge sous forme d'action en dommages-intérêts : *Loi sur les Cours fédérales*, par. 17(1); *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21; *TeleZone*, par. 19-23 et 43-46; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, par. 17; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65,

disclose claims against the Crown seeking remedies that the Federal Court has authority to grant in an action.

[18] But under *TeleZone*, there is a residual discretion to stay an action if it is premised on public law considerations to such a degree that, in Binnie J.'s words, "in its essential character, it is a claim for judicial review with only a thin pretence to a private wrong" (para. 78). The Crown's argument, in essence, is that Mr. Manuge's action should be stayed on that basis.

[19] The exercise of the discretion to stay an action in this context is dependent on an identification of the essential character of the claim as an assertion of either private law or public law rights. I agree with the Crown that some of Mr. Manuge's claims raise issues that are amenable to judicial review. However, the question is not just whether some aspects of Mr. Manuge's pleadings could be addressed under ss. 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, but what, in their essential character, his claims are for.

[20] In my view, with respect, the discretion to grant a stay should not be exercised in this case. In the context of deciding the certification motion, Barnes J. has already addressed the question of whether the claims alleged reasonable causes of action (paras. 39-41). He concluded that the "allegations of unlawfulness, *ultra vires* and a breach of subsection 15(1) of the Charter easily meet the legal threshold of a reasonable cause of action" (para. 39). Further, he was not prepared to find that it was plain and obvious that Mr. Manuge could not succeed in his "rather sparse" allegations of breach of fiduciary duty and unjust enrichment (paras. 40-41). The Crown does not ask us to interfere with these findings. Assuming that such reasonable causes of action exist, their presence rebuts the Crown's suggestion that Mr. Manuge's claims for

[2010] 3 R.C.S. 648, par. 16. Les actes de procédure de M. Manuge révèlent des causes d'action contre la Couronne, et la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder les réparations demandées dans le cadre d'une action.

[18] *TeleZone* reconnaît toutefois l'existence du pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une action qui repose sur des considérations de droit public à un point tel que, pour reprendre les propos du juge Binnie, « il s'agit essentiellement d'une demande de contrôle judiciaire qui n'a que superficiellement l'apparence d'un recours délictuel de droit privé » (par. 78). La Couronne soutient essentiellement qu'il y a lieu de suspendre l'action de M. Manuge pour cette raison.

[19] La décision du tribunal d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire de suspendre une action dans ce contexte dépend de l'essence du recours selon qu'il s'agit de la revendication de droits relevant du droit privé ou du droit public. Je suis d'accord avec la Couronne que certaines des prétentions de M. Manuge soulèvent des questions qui se prêtent au contrôle judiciaire. Cependant, il ne s'agit pas seulement d'établir si certains éléments plaidés par M. Manuge peuvent être examinés sous le régime des art. 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, mais de déterminer quelle est l'essence de ses demandes.

[20] Je suis d'avis, avec égards, que le pouvoir discrétionnaire de suspendre l'action ne doit pas être exercé en l'espèce. Lors de l'examen de la requête en autorisation du recours collectif, le juge Barnes a traité la question de savoir si les demandes révélaient des causes d'action valables (par. 39-41). Il a conclu que les « allégations d'illégalité, d'invalidité et de violation du paragraphe 15(1) de la Charte satisfont facilement au seuil juridique d'une cause d'action valable » (par. 39). En outre, le juge Barnes n'était pas disposé à conclure qu'il était manifeste et évident que M. Manuge ne parviendrait pas à établir ses allégations « plutôt clairsemées » de manquement aux obligations fiduciaires et d'enrichissement injustifié (par. 40-41). La Couronne ne nous demande pas de modifier ces conclusions. Si l'on tient pour acquis que de telles causes d'action

damages disclose “only a thin pretence to a private wrong” (*TeleZone*, at para. 78).

[21] At their core, Mr. Manuge’s claims are less about assessing the exercise of delegated statutory authority or the decision-making process that led to the promulgation or “monthly application” of s. 24(a)(iv), and more about s. 15(1) of the *Charter*. He pleads that the scheme violates s. 15(1) of the *Charter* because it draws a distinction, based on the degree and extent of disability, between the claimants who are allegedly adversely affected because they are unable to continue to serve and are thus subject to the s. 24(a)(iv) deduction — and those who are able to continue to serve and who are not subject to the deduction. He also alleges that the scheme violates s. 15(1) by subjecting those injured prior to April 1, 2006, to less advantageous treatment than those injured on or after April 1, 2006. It is essentially for these alleged breaches that Mr. Manuge seeks constitutional remedies and damages. As *TeleZone* states, “[i]f the plaintiff has a valid cause of action for damages, he or she is normally entitled to pursue it” (para. 76).

[22] In my view, therefore, the residual discretion should not be exercised to stay Mr. Manuge’s class action in the Federal Court.

[23] It is worth noting that the pleadings are far from models of legal clarity. I would, accordingly, emphasize that nothing in these reasons should be read as precluding the Crown from challenging any of them in the usual manner by seeking, for example, particulars or other clarifications.

[24] I would allow the appeal and reinstate the order of Barnes J. certifying Mr. Manuge’s class action.

valables existent, leur présence réfute la prétention de la Couronne que les demandes de dommages-intérêts de M. Manuge n’ont « que superficiellement l’apparence d’un recours délictuel de droit privé » (*TeleZone*, par. 78).

[21] Au fond, les prétentions de M. Manuge ne concernent pas tant l’appréciation de l’exercice d’un pouvoir délégué d’origine législative ou du processus décisionnel ayant mené à l’adoption ou à « l’application mensuelle » de l’al. 24a)(iv) qu’une prétendue violation du par. 15(1) de la *Charte*. M. Manuge fait valoir que le régime enfreint ce paragraphe en établissant une distinction, fondée sur la gravité et l’étendue de l’invalidité, entre les membres du groupe demandeur — qui seraient lésés parce qu’ils ne sont plus en mesure de servir et qu’ils subissent de ce fait la déduction prévue à l’al. 24a)(iv) — et ceux qui sont toujours aptes au service et ne sont pas assujettis à la déduction. Il allègue aussi que le régime viole le par. 15(1) en réservant aux militaires blessés avant le 1^{er} avril 2006 un traitement moins avantageux qu’à ceux blessés le 1^{er} avril 2006 ou après cette date. C’est essentiellement en raison de ces prétendues violations que M. Manuge sollicite des réparations constitutionnelles et des dommages-intérêts. Comme l’indique *TeleZone*, « [s]i le demandeur a une cause d’action valide en dommages-intérêts, il est normalement admis à exercer son recours à ce titre » (par. 76).

[22] Je suis donc d’avis que le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre le recours collectif intenté par M. Manuge en Cour fédérale ne devrait pas être exercé.

[23] Il faut souligner que les actes de procédure sont loin d’être des modèles de clarté juridique. Par conséquent, je tiens à préciser que les présents motifs ne sauraient être interprétés comme empêchant la Couronne de contester l’un ou l’autre de ces actes de procédure de la manière habituelle en demandant, notamment, des précisions ou d’autres éclaircissements.

[24] Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir l’ordonnance du juge Barnes autorisant le recours collectif de M. Manuge.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

*Solicitors for the appellant: McInnes Cooper,
Halifax.*

*Procureurs de l'appelant : McInnes Cooper,
Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Department of
Justice, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée : Ministère de la Justice,
Ottawa.*

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Judicial review — Standard of review — Whether decision maker had duty to consult and accommodate — If so, whether decision maker discharged this duty — Lands Act, R.S.Y. 2002, c. 132; Territorial Lands (Yukon) Act, S.Y. 2003, c. 17.

BECKMAN V. LITTLE SALMON/CARMACKS FIRST NATION, 103.

BANKRUPTCY AND INSOLVENCY

1. Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

CENTURY SERVICES INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 379.

2. Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

CENTURY SERVICES INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 379.

COMMERCIAL LAW

1. Priorities — Unregistered provincial security interest taken in farm equipment owned by debtor — Bank Act security subsequently taken in same goods without notice of existing security — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

BANK OF MONTREAL V. INNOVATION CREDIT UNION, 3.

COMMERCIAL LAW — (Concluded)

2. Priorities — Unregistered provincial security interest taken in subsequently acquired property — Bank Act security subsequently taken in same property without notice of existing security — Collateral acquired by debtor after execution of both security agreements — Property seized by Bank on default — Whether priority should be given to provincial security interest or Bank Act security interest — Bank Act, S.C. 1991, c. 46, ss. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, c. P-6.2, ss. 20(3), 66.

ROYAL BANK OF CANADA V. RADIUS CREDIT UNION LTD., 38.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Aboriginal peoples — Aboriginal rights — Land claims — Duty of Crown to consult and accommodate in the context of a modern comprehensive land claims treaty — Treaty provides Aboriginal right of access for hunting and fishing for subsistence in their traditional territory — Application by non-Aboriginal for an agricultural land grant within territory approved by Crown — Whether Crown had duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — If so, whether Crown discharged its duty — Constitution Act, 1982, s. 35.

BECKMAN V. LITTLE SALMON/CARMACKS FIRST NATION, 103.

2. Charter of Rights — Search and Seizure — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether reasonable expectation of privacy existed in the information obtained from the digital recording ammeter — Whether installation of digital recording ammeter violated the rights of the accused to be secure against unreasonable search and seizure — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, c. E-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

R. v. GOMBOC, 211.

3. Division of powers — Criminal law — Assisted reproduction — Whether ss. 8 to 19, 40 to 53, 60, 61 and 68 of

CONSTITUTIONAL LAW — (Concluded)

Assisted Human Reproduction Act, S.C. 2004, c. 2, exceed legislative authority of Parliament under s. 91(27) of Constitution Act, 1867.

REFERENCE RE ASSISTED HUMAN REPRODUCTION ACT, 457.

COURTS

1. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Whether Supreme Court of Canada has jurisdiction to order release of exhibits for forensic testing on a motion ancillary to an application for leave to appeal — If so, whether it is in interests of justice to make such an order.

R. v. HAY, 206.

2. Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against federal Crown in Ontario Superior Court of Justice seeking damages for breach of contract, negligence and unjust enrichment arising from decision rejecting application for telecommunications licence — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Ontario Superior Court of Justice without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. TELEZONE INC., 585.

3. Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown and federal official in Superior Court of Ontario seeking constitutional remedies and damages for wrongful or false imprisonment and for intentional or negligent infliction of emotional and mental distress — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action in Superior Court of Ontario without first proceeding by way of judicial review in Federal Court — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18; Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, s. 21.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. MCARTHUR, 626.

4. Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from licensing decisions — Plaintiff not seeking judicial review of licensing decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

PARRISH & HEIMBECKER LTD. v. CANADA (AGRICULTURE AND AGRI-FOOD), 639.

5. Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for damages for various torts arising from decisions prohibiting sale of drug — Plaintiff

COURTS — (Concluded)

not seeking judicial review of decisions — Whether plaintiff entitled to seek damages by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

NU-PHARM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 648.

6. Jurisdiction — Provincial superior courts — Action brought against Crown servants and union in Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourses in warranty against federal agency — Whether defendants entitled to bring recourses in warranty in Superior Court of Quebec without first proceeding by way of judicial review before Federal Court.

CANADIAN FOOD INSPECTION AGENCY v. PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA, 657.

7. Federal Court — Procedure — Plaintiff bringing action in Federal Court against federal Crown for constitutional remedies, declaratory relief and damages arising from establishment, modification and application of long-term disability benefits plan — Whether plaintiff entitled to proceed by way of action without first proceeding by way of judicial review — Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, ss. 17, 18.

MANUGE v. CANADA, 672.

CRIMINAL LAW

1. Powers of Court of Appeal — Trial judge misdirecting himself on question of law — Court of Appeal did not err in substituting conviction instead of ordering a new trial — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 686(4)(b)(ii).

R. v. LUTOSLAWSKI, 60.

2. Defences — Entrapment — Conduct of police officer not constituting entrapment.

R. v. IMORO, 62.

3. Reasonable verdict — Accused convicted on charges of sexual assault with a weapon and unlawful confinement — Whether correct standard of review was applied — Whether evidence admissible — Whether test for assessing reasonable doubt applied properly.

R. v. LEE, 99.

4. Defences — Provocation — Objective and subjective components to provocation — Whether estranged wife's relationship with another man after separating from accused amounted to "insult" sufficient to deprive accused of power of self-control — Whether there was air of reality to accused

CRIMINAL LAW — (Concluded)

acting on sudden at time of killing — Definition of “insult” — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 232.

R. v. TRAN, 350.

5. Barristers and Solicitors — Court-appointed counsel — Fixing counsel fees — Counsel appointed by Supreme Court of Canada under Criminal Code — Parties disagreeing about counsel rates to be paid by Attorney General — Whether provincial legal aid tariff should apply or whether assessment of what is fair and reasonable in the circumstances is correct method of determining fees — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 694.1.

R. v. WHITE, 374.

CROWN LAW

1. Honour of the Crown — Duty to consult and accommodate Aboriginal peoples — Whether Crown has duty to consult and accommodate prior to making decisions that might adversely affect Aboriginal rights and title claims.

BECKMAN v. LITTLE SALMON/CARMACKS FIRST NATION, 103.

2. Crown liability — Civil liability — Action brought against Crown servants and union in Superior Court of Quebec alleging civil liability — Defendants bringing recourse in warranty against federal agency alleging that cause of damage was agency’s decision — Whether decision of federal agency can constitute fault in Quebec even if it is lawful and valid — Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C. 1985, c. C-50, ss. 2, 3; Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1376, 1457.

CANADIAN FOOD INSPECTION AGENCY v. PROFESSIONAL INSTITUTE OF THE PUBLIC SERVICE OF CANADA, 657.

DAMAGES

Quantum — Moral prejudice — Spouse killing former spouse and their two children before committing suicide — Relatives of victims bringing civil liability action against murderer’s succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims’ successions — Trial judge allowing personal damages claim for solatium doloris and loss of moral support and dismissing action by successions — Whether compensation for solatium doloris and loss of support adequate.

DE MONTIGNY v. BROSSARD (SUCCESSION), 64.

EXTRADITION

1. Surrender — Convention refugees — Principle of “non-refoulement” — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugees to Republic of Hungary — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugees whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

NÉMETH v. CANADA (JUSTICE), 281.

2. Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice’s refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

NÉMETH v. CANADA (JUSTICE), 281.

3. Surrender — Convention refugees — Principle of “non-refoulement” — Minister of Justice ordered extradition of Convention refugee to Romania — Whether Minister of Justice had legal authority to surrender for extradition refugee whose refugee status had not ceased or been revoked — If so, whether Minister reasonably exercised his authority to surrender — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 115.

GAVRILA v. CANADA (JUSTICE), 342.

4. Surrender — Evidence — Burden of proof — Convention refugees sought for extradition — Statutory grounds justifying Minister of Justice’s refusal to make surrender order — Whether s. 44(1)(b) of Extradition Act makes risk of persecution mandatory ground of refusal of surrender — Whether Minister of Justice erred by imposing on refugees the burden of showing that they would suffer persecution if extradited — Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(b).

GAVRILA v. CANADA (JUSTICE), 342.

HUMAN RIGHTS

Compensation — Punitive damages — Autonomous nature — Death of perpetrator of illegal and intentional acts — Relatives of victims claiming punitive damages from murderer’s succession both personally and in their capacity as heirs and liquidators of victims’ successions — Whether absence of award of compensatory damages bars claim for punitive damages — Whether death of perpetrator of intentional wrong

HUMAN RIGHTS — (Concluded)

precludes award of punitive damages against his succession — Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 49 — Civil Code of Québec, R.S.Q., c. C-1991, art. 1621.

DE MONTIGNY V. BROSSARD (SUCCESSION), 64.

POLICE

Powers — Search powers — Warrantless request by police to electric utility company for installation of digital recording ammeter to measure flow of electricity into a residence suspected of housing a marijuana grow operation — Information from digital recording ammeter indicating pattern consistent with grow operation — Observations of police and information from digital recording ammeter basis for warrant to search residence — Whether police search powers exercised in manner that infringed right of accused to be secure against unreasonable search — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. GOMBOC, 211.

TRUSTS

Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

CENTURY SERVICES INC. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL), 379.

INDEX

DOMMAGES-INTÉRÊTS

Quantum — Préjudice moral — Conjoint tuant son ex-conjointe, ainsi que leurs deux enfants, avant de se suicider — Membres de la famille des défunt(e)s intentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défunt(e)s une action en responsabilité civile contre la succession du meurtrier — Juge de première instance accueillant le recours personnel en dommages-intérêts pour solatium doloris et perte de soutien moral et rejetant le recours successoral — Les indemnités pour solatium doloris et perte de soutien moral sont-elles adéquates?

DE MONTIGNY C. BROSSARD (SUCCESSION), 64.

DROIT ADMINISTRATIF

Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Le décideur avait-il l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, s'est-il acquitté de cette obligation? — Loi sur les terres, L.R.Y. 2002, ch. 132; Loi du Yukon sur les terres territoriales, L.Y. 2003, ch. 17.

BECKMAN C. PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/
CARMACKS, 103.

DROIT COMMERCIAL

1. Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur du matériel agricole appartenant au débiteur — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquemment sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

BANQUE DE MONTRÉAL C. INNOVATION CREDIT UNION, 3.

2. Priorité de rang — Sûreté provinciale non enregistrée sur des biens à venir — Garantie régie par la Loi sur les banques prise subséquemment sur les mêmes biens sans que la sûreté préexistante soit connue — Biens acquis par le débiteur après la

DROIT COMMERCIAL — (Fin)

conclusion des deux contrats de sûreté — Saisie par la banque par suite du défaut du débiteur — Ordre de priorité entre la sûreté provinciale et la garantie régie par la Loi sur les banques — Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46, art. 427(2), 428, 435(2) — Personal Property Security Act, 1993, S.S. 1993, ch. P-6.2, art. 20(3), 66.

BANQUE ROYALE DU CANADA C. RADIUS CREDIT UNION
LTD., 38.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Autochtones — Droits ancestraux — Revendications territoriales — Obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder les Autochtones dans le contexte d'un traité récent relatif à des revendications territoriales globales — Traité accordant aux Autochtones l'accès à leur territoire traditionnel pour y pratiquer la chasse et la pêche de subsistance — Approbation, par la Couronne, d'une demande de concession de terres agricoles dans ce territoire présentée par un non-Autochtone — La Couronne avait-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones? — Si oui, la Couronne s'est-elle acquittée de cette obligation? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

BECKMAN C. PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/
CARMACKS, 103.

2. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — Existait-il une attente raisonnable de respect de la vie privée à l'égard des renseignements fournis par l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur? — L'installation de l'ampèremètre numérique muni d'un enregistreur portait-elle atteinte aux droits de l'accusé à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives? — Charte canadienne des droits et libertés,

DROIT CONSTITUTIONNEL — (Fin)

art. 8 — Electric Utilities Act, S.A. 2003, ch. F-5.1 — Code of Conduct Regulation, Alta. Reg. 160/2003.

R. C. GOMBOC, 211.

3. Partage des pouvoirs — Droit criminel — Procréation assistée — Les articles 8 à 19, 40 à 53, 60, 61 et 68 de la Loi sur la procréation assistée, L.C. 2004, ch. 2, excèdent-ils la compétence législative que confère au Parlement l'art. 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867?

RENVOI RELATIF À LA LOI SUR LA PROCRÉATION ASSISTÉE, 457.

DROIT CRIMINEL

1. Pouvoirs de la Cour d'appel — Le juge du procès s'est fondé sur des considérations erronées sur une question de droit — La Cour d'appel n'a pas fait erreur en consignat un verdict de culpabilité au lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 686(4)b)(ii).

R. C. LUTOSLAWSKI, 60.

2. Moyens de défense — Provocation policière — La conduite du policier ne constitue pas de la provocation policière.

R. C. IMORO, 62.

3. Verdict raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle armée et de séquestration — Y a-t-il eu application de la bonne norme de contrôle? — La preuve était-elle recevable? — Le critère d'appréciation du doute raisonnable a-t-il été appliqué correctement?

R. C. LEE, 99.

4. Moyens de défense — Provocation — Composantes objective et subjective de la provocation — La liaison de l'ex-épouse avec un autre homme après sa séparation d'avec l'accusé constituait-elle une « insulte » suffisante pour priver ce dernier du pouvoir de se maîtriser? — Était-il vraisemblable que l'accusé ait agi sous l'impulsion du moment lors de la perpétration de l'homicide? — Définition d'« insulte » — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 232.

R. C. TRAN, 350.

5. Avocats et procureurs — Avocat désigné par la Cour — Fixation des honoraires des avocats — Avocat désigné par la Cour suprême du Canada en vertu du Code criminel — Désaccord entre les parties quant aux honoraires devant être payés aux avocats par le procureur général — Doit-on appliquer le tarif de l'aide juridique provinciale ou est-ce que l'examen de

DROIT CRIMINEL — (Fin)

ce qui est juste et raisonnable dans les circonstances constitue la bonne méthode pour déterminer les honoraires payables? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 694.1.

R. C. WHITE, 374.

DROIT DE LA COURONNE

1. Honneur de la Couronne — Obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones — La Couronne a-t-elle l'obligation de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de prendre des décisions susceptibles d'avoir des conséquences négatives sur leurs revendications de titre et de droits?

BECKMAN C. PREMIÈRE NATION DE LITTLE SALMON/ CARMACKS, 103.

2. Responsabilité de la Couronne — Responsabilité civile — Action en responsabilité civile intentée contre des préposés de l'État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale au motif que le préjudice découlerait de la décision de l'agence — La décision légale et valide d'une agence fédérale peut-elle néanmoins constituer une faute au Québec? — Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 2, 3; Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1376, 1457.

AGENCE CANADIENNE D'INSPECTION DES ALIMENTS C. INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 657.

DROITS DE LA PERSONNE

Réparation — Dommages-intérêts punitifs — Caractère autonome — Décès de l'auteur d'actes illicites et intentionnels — Membres de la famille des défunt(e)s présentant personnellement et en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions des défunt(e)s une demande de dommages-intérêts punitifs contre la succession du meurtrier — L'absence d'octroi de dommages-intérêts compensatoires rend-elle irrecevable une demande de dommages-intérêts punitifs? — Le décès de l'auteur d'actes fautifs intentionnels empêche-t-il la condamnation de sa succession à des dommages-intérêts punitifs? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 49 — Code civil du Québec, L.R.Q., ch. C-1991, art. 1621.

DE MONTIGNY C. BROSSARD (SUCCESSION), 64.

EXTRADITION

1. Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d'extradition de réfugiés au sens de la Convention — Motifs prévus par la Loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d'extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l'art. 44(1)b) de la Loi sur l'extradition, un motif obligatoire de refuser l'extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant aux réfugiés le fardeau de prouver qu'ils seraient persécutés s'ils étaient extradés? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)b).

NÉMETH C. CANADA (JUSTICE), 281.

2. Remise — Réfugié au sens de la Convention — Principe de non-refoulement — Extradition vers la République hongroise de réfugiés au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l'extradition de réfugiés dont la qualité de réfugié n'a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d'ordonner l'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

NÉMETH C. CANADA (JUSTICE), 281.

3. Remise — Preuve — Fardeau de la preuve — Demande d'extradition d'un réfugié au sens de la Convention — Motifs prévus par la loi justifiant le refus du ministre de la Justice de prendre un arrêté d'extradition — Le risque de persécution constitue-t-il, au sens de l'art. 44(1)b) de la Loi sur l'extradition, un motif obligatoire de refuser l'extradition? — Le ministre de la Justice a-t-il commis une erreur en imposant au réfugié le fardeau de prouver qu'il serait persécuté s'il était extradé? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)b).

GAVRILA C. CANADA (JUSTICE), 342.

4. Remise — Réfugiés au sens de la Convention — Principe de non-refoulement — Extradition vers la Roumanie d'un réfugié au sens de la Convention ordonnée par le ministre de la Justice — Le ministre de la Justice était-il légalement habilité à ordonner l'extradition d'un réfugié dont la qualité de réfugié n'a pas été perdue ou révoquée? — Si oui, le ministre a-t-il exercé de manière raisonnable son pouvoir d'ordonner l'extradition? — Loi sur l'extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 115.

GAVRILA C. CANADA (JUSTICE), 342.

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ

1. Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en

FAILLITE ET INSOLVABILITÉ — (Fin)

faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

CENTURY SERVICES INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 379.

2. Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

CENTURY SERVICES INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 379.

FIDUCIES

Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

CENTURY SERVICES INC. C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL), 379.

POLICE

Pouvoirs — Pouvoirs de perquisition — Demande faite sans mandat par les policiers au fournisseur d'électricité d'installer un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur pour mesurer la consommation d'électricité d'une habitation dans laquelle ils soupçonnaient l'existence d'une culture de marijuana — Données enregistrées par l'ampèremètre numérique révélant des cycles compatibles avec une installation de culture — Mandat de perquisition obtenu sur le fondement des observations des policiers et des renseignements enregistrés par l'ampèremètre — La façon dont les policiers ont exercé leurs pouvoirs de perquisition a-t-elle porté atteinte au droit de l'accusé à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. GOMBOC, 211.

TRIBUNAUX

1. Cour suprême du Canada — Compétence — La Cour suprême a-t-elle compétence pour ordonner la production de pièces aux fins d'analyses médico-légales à la suite d'une requête en ce sens accompagnant une demande d'autorisation d'appel? — Dans l'affirmative, est-il dans l'intérêt de la justice qu'une telle ordonnance soit rendue?

R. C. HAY, 206.

2. Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour inexécution de contrat, négligence et enrichissement injustifié à la suite du rejet d'une demande de licence de télécommunications — La demanderesse a-t-elle le droit d'intenter une action en Cour supérieure de justice de l'Ontario sans engager d'abord une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. TELEZONE INC., 585.

3. Compétence — Cours supérieures provinciales — Action intentée contre la Couronne et un fonctionnaire fédéral devant la Cour supérieure de l'Ontario en vue d'obtenir des réparations constitutionnelles et des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal ou séquestration et trouble émotionnel et souffrance morale infligés délibérément ou par négligence — Le demandeur peut-il engager une action devant la Cour supérieure de l'Ontario sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18; Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. 1985, ch. C-50, art. 21.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MCARTHUR, 626.

4. Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions concernant des permis — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions concernant les permis — La demanderesse

TRIBUNAUX — (Fin)

peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

PARRISH & HEIMBECKER LTD. C. CANADA (AGRICULTURE ET AGROALIMENTAIRE), 639.

5. Cour fédérale — Procédure — Action en dommages-intérêts intentée contre la Couronne fédérale devant la Cour fédérale pour plusieurs délits découlant de décisions d'interdire la vente d'un médicament — Demanderesse ne demandant pas le contrôle judiciaire des décisions — La demanderesse peut-elle engager une action en dommages-intérêts sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

NU-PHARM INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 648.

6. Compétence — Cours supérieures provinciales — Action en responsabilité civile intentée contre des préposés de l'État et un syndicat devant la Cour supérieure du Québec — Exercice par les défendeurs de recours en garantie contre une agence fédérale — Les défendeurs peuvent-ils exercer un recours en garantie devant la Cour supérieure du Québec sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire en Cour fédérale?

AGENCE CANADIENNE D'INSPECTION DES ALIMENTS C. INSTITUT PROFESSIONNEL DE LA FONCTION PUBLIQUE DU CANADA, 657.

7. Cour fédérale — Procédure — Action intentée en Cour fédérale contre la Couronne fédérale pour obtenir des réparations constitutionnelles, des jugements déclaratoires et des dommages-intérêts par suite de la constitution, de la modification et de l'application d'un régime de prestations d'invalidité de longue durée — Le demandeur peut-il engager une action sans procéder d'abord par voie de contrôle judiciaire? — Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 17, 18.

MANUGE C. CANADA, 672.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing & Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>

En vente auprès de :
Éditions et Services de dépôts
Travaux publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publications.gc.ca>